

LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA EN EL VOCABULARIO DE LOS JURISTAS ROMANOS CLÁSICOS

[Liability without fault in the vocabulary of the classical roman jurists]

Francisco VALENZUELA ARÁNGUIZ*
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el estudio de los usos lingüísticos empleados por los juristas clásicos para denotar la existencia e inexistencia de responsabilidad. Corroborada la ausencia en latín clásico de la voz *responsabilitas* el análisis se centra en el empleo de los verbos *tenere*, *praestare* y *debere*, en especial, para determinar la imputación de responsabilidad en diversas hipótesis de ausencia de culpa, describiendo el uso de la expresión *sine culpa* en un sentido incluyente y otro excluyente. Con base en lo anterior, se propone el empleo preferente de la categoría y denominación *responsabilidad sin culpa* y el abandono de la expresión *responsabilidad objetiva* por no resultar adecuado para la descripción del fenómeno según nos es informado por las fuentes históricas.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the linguistic uses the classical jurists employed to signal the existence or inexistence of liability. Corroborated the absence of the word *responsabilitas* in the classic Latin, the analysis focused on the uses given to the verbs *tenere*, *praestare* and *debere*, in particular, to determine the liability attribution on various hypothesis of not at fault events, describing the use of the term *sine culpa* in an inclusive and an exclusive way. Based on the above, we propose the preferred use of the category and denomination *liability without fault*, and to dismiss the use of the term *strict liability*, since it is not suited to describe the phenomenon as informed by the historical sources.

*Profesor de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Piso 2º, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso. Correo electrónico: francisco.valenzuela.a@pucv.cl. ORCID: 0000-0003-1664-7426.

PALABRAS CLAVE

Culpa – *responsabilitas* – responsabilidad *sine culpa* – responsabilidad objetiva – terminología jurídica romana.

KEY WORDS

Fault – *responsabilitas* – liability *sine culpa* – strict liability – roman legal terminology.

RECIBIDO el 30 de abril de 2021 y ACEPTADO el 9 de julio de 2021

INTRODUCCIÓN

Dentro de los muchos eventos de los que puede derivar la responsabilidad, la comisión de un hecho con *culpa* ha resultado ser un factor capital, inaugurando con ello una preeminencia casi exclusiva de la *culpa* o del elemento culpabilista –como nosotros preferimos llamarlo– en la imputación de responsabilidad; tratamiento que desemboca y es acentuado en la cultura medieval, y que con posterioridad es construido teóricamente y elevado a condición *sine qua non* de la responsabilidad por los iusracionalistas modernos¹.

Lo anterior explica que el concepto de culpa sea un elemento imprescindible en el análisis de la responsabilidad en nuestra cultura jurídica, transformando las reflexiones sobre la responsabilidad a menudo en culpacentristas al estar el propio concepto de responsabilidad, en cuanto fenómeno, continuamente monopolizado por el rol de la culpa en ésta.

Con base en estos presupuestos es que la investigación que presentamos propone el estudio de criterios de imputación de responsabilidad que prescindan del elemento culpa y sus denominaciones.

Queremos en este momento indicar que un examen como el que proponemos no ha sido llevado a cabo por la doctrina. Primero, porque normalmente la responsabilidad sin culpa es tratada como un apéndice, a veces ni siquiera deslindado sistemáticamente, del comentario general sobre la responsabilidad y, segundo, porque en los casos en que se trata propiamente el problema de la responsabilidad sin culpa, el análisis es hecho centrándose en uno solo de los ámbitos en que dicha responsabilidad puede operar, ya sea restringiendo su análisis al campo de los hechos lícitos o al de los ilícitos². La desconexión que avisamos, aunque puede fundarse en sólidos argumentos, también ha impedido el estudio general de las formas y usos lingüísticos de la jurisprudencia clásica para referirse a este especial tipo de responsabilidad y también ha dificultado la “costrucción” de un concepto general de responsabilidad sin culpa. Al efecto y con fines preparatorios, debemos anticipar que, a nuestro entender, un concepto general de responsabili-

¹ Un tratamiento completo del tema puede verse en AEDO, Cristian, *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters, 2018), pp. 43-210.

² Es ejemplo del primer tipo SERRANO-VICENTE, Martín, *Custodiam praestare: la prestación de custodia en el derecho romano* (Tébar, Madrid, 2006); y del segundo ROSSO, Gianfranco, *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016).

dad sin culpa permite identificarla como una especie agravada de responsabilidad que deriva del tipo negocial celebrado entre las partes, de un pacto expreso o de un simple hecho, en que la imputación del deber jurídico de indemnizar o la imposición de una pena es realizada con independencia del comportamiento del responsable, al cual, en consecuencia, le es negada la posibilidad de probar haber actuado diligentemente con la finalidad de eximirse de la misma³.

I. LOS NOMINA DE LA RESPONSABILIDAD

Iniciaremos con algunas reflexiones con relación a la terminología jurídica que constituye el vocabulario y las categorías con que se describe, en derecho romano clásico, el fenómeno hoy mentado con la voz responsabilidad. En este ámbito, hemos verificado que el fenómeno jurídico de la responsabilidad ha recibido en la historia del derecho romano diferentes aproximaciones conceptuales y lingüísticas. Con ello queremos prevenir al lector de una consideración meramente anecdótica o etimológica del término responsabilidad, pues estamos convencidos que la historia de las denominaciones y categorías son esenciales para nuestra ciencia⁴ y porque, buena parte de los problemas a los que nos enfrentamos cuando hablamos de responsabilidad se derivan de ser nuestro propio lenguaje técnico no más que la superposición de múltiples discusiones sobre palabras⁵.

Como es conocido, los juristas romanos no entregaron una definición del concepto de responsabilidad. Lo anterior tiene dos causas: el no haber existido en el vocabulario jurídico romano la palabra responsabilidad, como veremos, y el no ser la *definitio* una técnica frecuente en la aproximación metodológica entre los juristas romanos clásicos⁶. Explicaremos estas cuestiones.

³ Aunque la definición es nuestra, igualmente han relevado la imposibilidad de prueba liberatoria, para hipótesis específicas, GUZMÁN, Alejandro, *La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla "Periculum est emptoris"*, en *Revista Chilena de Derecho* 24/1 (1997), p. 185; CANNATA, Carlo, *Sull problema della responsabilità nel diritto privato romano*, en *IVRA*, 43 (1992), p. 59; D'ORS, Álvaro, *Litem suam facere*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 48 (1982), p. 393. Adicionalmente, y a pesar que no podemos tratar aquí esto con la extensión que merece, queremos destacar que la definición propuesta no contiene referencia a los fundamentos de la responsabilidad sin culpa, porque, a nuestro entender, no es posible hallar un único fundamento común para las diversas hipótesis de responsabilidad que se agrupan en esta categoría.

⁴ Sobre la relación entre lenguaje, jurisprudencia y dogmática en derecho romano puede verse BIONDI, Biondo, *La terminologia romana como prima dommatica giuridica*, en *Scritti giuridici*, (Milano, Giuffrè, 1963), I, pp.180-212. Una afirmación específica de la relación antedicha puede verse en Robaye: "*Le langage est bien plus qu'un simple significant et la structure linguistique modele les concepts juridiques*". ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode*, en *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis, Revue d'histoire du droit*, 58 (Países Bajos, Kluwer Academic Publishers, 1990), p. 354. En razón de la conexión de sus objetos de estudio, como indica Devoto, "*La relazione fra i linguisti e i culture del diritto romano, specialmente del periodo più arcaico, sono, o dovrebbero essere, molto strette*". DEVOTO, Giacomo, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, en *Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia, Serie II* (Pisa, Scuola Normale Superiore, 1933), II, p. 225.

⁵ ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), p. 345.

⁶ Como reflejo de esta reticencia de la jurisprudencia clásica por las definiciones, recuérdese

1. *El verbo latino 'respondere'*

Debemos partir constatando que el término responsabilidad, como sustantivo, es inexistente en el latín antiguo y medieval, en los que no existe la voz *responsabilitas*⁷. El vocablo más próximo surge con relación a una actividad y, por lo tanto, se construye como forma verbal: *respondere*. Luego, con raíz en la forma verbal se construye un sustantivo, *responsum*, que designa el resultado de la acción, es decir, la respuesta misma. Pues bien, en este intento de reconstrucción del vocabulario de la responsabilidad en el derecho romano clásico, es significativo el hecho que en textos capitales para la materia, como lo son, por ejemplo, los de Ulpiano en D. 13,6,5,2–10, el verbo *respondere* aparezca solo una vez (*veteres responderunt*) y sea empleado para aludir a un acto de comunicación y no en sentido jurídico-técnico.

Ahora bien, este uso primario deriva, en parte, de la propia estructura gramatical del verbo. Este se compone de una mezcla entre la partícula *re* y *spondeo*, donde *spondeo* significa al acto solemne de una promesa o aseveración, que era importante fuente de las obligaciones⁸. Con la partícula *re*, se quiere poner de relieve el hecho de una doble promesa⁹ cuyo efecto es generar una relación interpersonal que tiene por objeto precisamente el cumplimiento de dicha promesa, y ante su falta, como consecuencia, quedar sujeto a algún tipo de sanción.

Como se ve, ya este primer uso natural o atécnico queda comprendido en la propia etimología del verbo, pues es la respuesta que se da en el contexto de la *sponsio*, la que hace nacer la obligación. Sin embargo, entre todos los usos del término, para nosotros, cobra importancia dogmática aquel que se da en un contexto procesal, pues allí, *respondere* dejó de ser el mero acto procesal consistente en responder –contestar– frente al demandante, y se transformó en dar respuesta

la cébre expresión de Javoleno en D. 50,17,202 (*Iavolenus 11 epist.*): “*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*”. En el mismo sentido: “*Although Roman lawyers are universally recognized as having had a genius for law and, at least in their classical age, reached a remarkable degree of rationality and consistency in their use of legal categories, one thing they never showed much interest in was definitions. They preferred to explain with examples rather than a definition. As a result, the only way we can discover the meaning of such concepts is by looking at the usage jurists made of the corresponding words*”. DESCHEEMAERKER, Eric, *The Division of Wrongs: A Historical Comparative Study* (Oxford, Oxford University Press, 2009), p. 50.

⁷ Han destacado esta ausencia, SCHIPANI, Sandro, *Schede sull'origine del termine responsabilità. Contributo per una riflessione sui problema dell'elaborazione del concetto sistematico generale designato da tale termine*, en SCHIPANI, Sandro, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extraccontractuale* (Turín, Giappichelli, 2009), p. 3; VILLEY, Michel, *Esbozo histórico sobre el término responsable*, en *Ius et Veritas*, 46 (2013), p. 53. Igualmente DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad*, en *Estudios de Deusto*, 50/1 (2002), p. 36.

⁸ Se vincula con el concepto jurídico de *sponsio*, particularmente con la respuesta afirmativa que pronuncia el promitente frente a la pregunta formulada, y que tiene un efecto generador de obligaciones. DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, cit. (n. 7), p. 17: “*spondeo*, derivado del griego *spendo*, se corresponde con el sentido jurídico de este último vocablo, esto es, el de comprometerse solemnemente, hacerse garante de”.

⁹ FRANZINI, Roberto, *Responsabilità*, en *Lessico di etica pubblica*, 3/1 (2012), p. 183: “*composti della particella re— (che nei composti sta talvolta a indicare l'azione contraria, dunque indietro, di contro, di nuovo, ecc.)*”.

por el hecho del cual la acción surge, vinculando la causa por la que se debe y el objeto debido y, por tanto, adquiriendo un significado sustantivo¹⁰.

Como se dijo, la palabra latina *responsabilitas* no existió en el latín clásico. A lo cual debemos ahora agregar que es de origen moderno y aparece en contextos muy aislados, en cambio, prolifera la utilización de términos que aluden al sujeto pasivo de ella, es decir, al responsable: *responsalis* o *responsabilis*. Es en el lenguaje moderno no latino de los últimos dos siglos donde el término responsabilidad se impone, sobre todo gracias a su amplitud¹¹. Surgen las voces *responsabilité*, *risponsabilità* y, entre nosotros, *responsabilidad*. Por su parte, los sustantivos inglés *liability*¹² y alemán *Haftung*¹³ obedecen a un desarrollo diferente, más cercano al de

¹⁰ De este modo, nos parece acertado lo dicho por De Angel Yágüez: “habida cuenta de que el verbo latino *respondeo* expresa dos grandes significados (el de deber de reparar y el de contestar), quizá quepa entender que el primero, el deber de reparar, no es sino una forma de contestar a una interpelación (la del que tiene derecho a ser resarcido)”. DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, cit. (n. 7), p. 10. Un análisis completo con comentarios de los diferentes usos antiguos y modernos del término *respondere* puede verse en SCHIPANI, Sandro, *Schede*, cit. (n. 7), p. 3 y ss. En especial, para la función de garantía, véase p. 10.

¹¹ SCHIPANI, Sandro, SCHIPANI, Sandro, *Schede*, cit. (n. 7), p. 28; SCHIPANI, Sandro, *Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità. Tratto da Illecito e pena privata in età repubblicana*, en *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano, Copanello 4-7 giugno 1990* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992), p. 259. En igual sentido Rosso, quien refiriéndose a la ductilidad del término señala: “En ello radica su fuerza, y en ello yace también su flexibilidad. Evoca la idea de obligación o deber derivado de un hecho, sin que efectivamente exista y sin indicación del por qué, del qué y del cómo, cuestiones que quedan entregadas a diversas instituciones. Sin embargo, y no obstante su diversidad, estas pueden ser justamente agrupadas bajo el término responsabilidad, aprovechando la imprecisión o márgenes que entrega”. ROSSO, Gianfranco, cit. (n. 2), p. 6.

¹² El sustantivo inglés *liability* tiene su origen en la forma verbal *liable*, que significa *obliged by law* (s. XV); *exposed or subject to* (s. XVI), que a su vez deriva del verbo latino *ligare*, que significa unir, de donde proviene su sentido para dar cuenta de una ligazón –por no decir obligación– que establece la carga de responder. HOAD, T. F., *The Concise Oxford Dictionary of English Etymology* (Oxford, Oxford University Press, 2003). Deliberadamente omitimos aquí mención al término *responsibility*, el que, aunque existente, es de infrecuente uso en el lenguaje jurídico inglés, y cuyo origen latino en el verbo *respondere* es evidente. Caso especial es el del término *accountability*, cuyo origen es *accountable*, es decir, aquél sujeto a rendir cuentas de algo, de donde por extensión designa el responder de los actos en general. Con todo, creemos que el término es muy restringido para dar cuenta del sinfín de situaciones que originan responsabilidad, y por eso mismo, se impuso en el vocabulario jurídico el término *liability*, el que es profusamente usado dando lugar a expresiones como: *absolute liability*, *derivative liability*, *employer liability*, *parental liability*, etc. y, especialmente para nosotros, *strict liability*, que es el término con que la doctrina angloparlante habla acerca de la responsabilidad *sine culpa*, preferido incluso por sobre la infrecuente –pero precisa– formulación *liability without fault*.

¹³ El sustantivo alemán *Haftung*, por su parte, deriva del verbo *haften*, cuyo significado general es unir, adherir, de donde, como en el idioma inglés, sirva para designar la existencia de responsabilidad. A partir del sustantivo *Haftung* se construyen una serie de términos relativos a la responsabilidad. Entre los cuales: *Haftungsrecht*, *Erfolgshaftung*, *Haftungsfähigkeit*, *Umwelthaftungsgesetz* y, de importancia para nosotros, *Gefährdungshaftung* (responsabilidad por el riesgo), como opuesta a *Verschuldenshaftung* (responsabilidad basada en la culpa). KÖBLER, Gerhard, *Etymologisches Rechtswörterbuch* (Mohr, Tübingen, 1995), pp. 175-176. Finalmente, también son usadas, las expresiones *objektive Haftung* y *subjective Haftung*, aunque en general se privilegia la utilización del vocabulario específico para cada caso de responsabilidad.

nuestra voz obligación pero, sin embargo, sirven en dichas lenguas para denotar el fenómeno de la responsabilidad¹⁴.

2. *La moderna distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva*

A la voz responsabilidad cuyo sentido hemos perfilado en líneas anteriores, se suelen añadir en la doctrina romanista y civilista los calificativos de subjetiva y objetiva, para diferenciar en apariencia dos tipos diversos de responsabilidad. No creemos que esta categorización sea intrínsecamente errónea, pero sí algo ambigua, por lo que vale la pena precisarla y, ante todo, tener muy presente que se trata de una nomenclatura que es ajena a las fuentes¹⁵. Por supuesto, la inexistencia en derecho romano de la denominación responsabilidad objetiva o responsabilidad subjetiva deriva de la propia inexistencia del término *responsabilitas*, como ya vimos, pero incluso en casos en que se emplean otros usos lingüísticos para aludir a la responsabilidad (por ejemplo *debere, tenere o praestare*, como veremos) ella jamás es adjetivada como objetiva o subjetiva. Con todo, la inexistencia de la categoría, desde el punto de vista terminológico, no debe llevarnos a concluir que la idea o noción de lo que ahora llamamos con dicho nombre no existiese, aunque mentado de manera diversa¹⁶.

Una cuestión distinta de la denominación es si la responsabilidad en el derecho romano clásico fue por regla general subjetiva u objetiva. Sobre este punto, aunque no sea objeto directo de nuestra intervención, debemos advertir, con Cannata¹⁷, que el solo deseo de determinar si en derecho romano la responsabilidad era objetiva o subjetiva revela una intención de carácter sistematizante muy propia de la dogmática moderna, pero ajena al pensamiento de los juristas romanos¹⁸.

¹⁴ Resulta al menos curioso que las expresiones latinas presentes en las fuentes para aludir a la responsabilidad, en particular la utilización del verbo *tenere*, aparezcan más cercanas al vocabulario moderno de las lenguas inglesas y alemana que a los usos en lenguas romances. En cualquier caso, como se dijo, no escasearon motivos para que el verbo *respondere* se impusiera y adquiriera en época moderna una significación de carácter técnico-jurídica que no tuvo en las fuentes romanas.

¹⁵ En el mismo sentido Rosso: “Los juristas romanos desconocieron las categorías responsabilidad subjetiva y objetiva”. ROSSO, Gianfranco, cit. (n. 2), p. 123. También Salazar: “la calificación de responsabilidad objetiva o subjetiva no es puramente romana”. SALAZAR, María, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el receptum nautarum, cauponum et stabulariorum: entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial* (Dykinson, Madrid, 2007), p. 28.

¹⁶ La necesidad de examinar separadamente estas dos cuestiones; la existencia de una idea, concepto o institución y la historia de su o sus denominaciones, es puesta de relieve, aunque para otra discusión, por Guzmán. GUZMÁN, Alejandro, *Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* (2003), p. 409.

¹⁷ CANNATA, Carlo, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966), I, p. 17.

¹⁸ En todo caso, debemos sincerar que cualquier categorización—incluso la por nosotros propuesta—padece el mismo defecto, pues se trata de una aproximación extrínseca al fenómeno de la responsabilidad, en un intento de dar orden, sistematizar y dotar de carácter abstracto a una realidad que fue eminentemente concreta y particular, atendido el tantas veces resaltado carácter casuístico del derecho romano. Así, con Robaye, podemos expresar que los juristas tenían por objeto la solución de casos concretos y no el establecer reglas que tuviesen vocación

La historia de la adjetivización de la voz responsabilidad, que la califica como subjetiva u objetiva, es reciente. Si tomamos por base lo ya dicho con relación al origen del vocablo responsabilidad y, además, seguimos a Guzmán en su investigación lingüística a propósito de la construcción de la denominación derecho subjetivo, podemos establecer que la nomenclatura no pudo aparecer en el vocabulario jurídico sino hacia fines del siglo XVIII, pues, por una parte, antes de aquel momento el término responsabilidad no existía como tal y, porque, solo en dicho momento los términos subjetivo y objetivo empiezan a ser entendidos en el modo en que modernamente hacemos para calificar al término *ius* como *subiective sumto* (derecho considerado subjetivamente) y *obiective sumto* (derecho considerado objetivamente)¹⁹. Dado que fuera este paso, creemos que dicha adjetivización pasó luego a servir para nominar y diferenciar entonces dos tipos diversos de responsabilidad, una fundada en la subjetividad del agente, y la otra, fuera de dicha subjetividad, fundada en la realidad, y entonces denominada objetiva.

Pero, expuesto como ha sido el contenido de la denominación, debemos formular algunos reparos a su utilización. Se ha señalado que el carácter objetivo de la responsabilidad alude a situaciones de hecho: a una cosa riesgosa o a situaciones peligrosas. Por ende, se suele sostener que un criterio objetivo de responsabilidad es aquel que permite al juez tomar en consideración únicamente la realidad del daño, sin poner en relación los actos del agente con un estándar de comportamiento²⁰. Dicho positivamente, se trataría de casos en que un sujeto es responsable frente a otro cuando un evento dañoso sea atribuible al primero en virtud del simple nexo causal. Sin perjuicio de ello, esta conceptualización no vale para todos los casos; en particular, en materia de responsabilidad por custodia, no es posible establecer un nexo de causalidad entre la conducta del responsable y el hecho que provoca la imposibilidad de cumplir la prestación –hurto–²¹ y, tampoco es posible establecer un nexo de causalidad en algunos casos de responsabilidad sin culpa con fuente en hechos ilícitos, como lo es la responsabilidad por daños

de generalidad y abstracción. ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), p. 351. En el mismo sentido SALAZAR, María, cit. (n. 15), p. 28. Para profundizar, aunque la literatura que se ocupa de la relación entre casuismo y sistema es amplísima, a modo ejemplar, puede verse: CARDILLI, Riccardo, *Sistema y allgemeiner teil. Consideraciones críticas sobre el peligro de abstracción*, en ADAME GODDARD, Jorge y HEREDIA VÁZQUEZ, Horacio (eds.) *Estudios latinoamericanos de derecho romano* (Ciudad de México, Unam, 2017); CUENA BOY, Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, Universidad de Cantabria, 1998), y VACCA, Letizia, *Metodo casistico e sistema prudenziale* (Turín, Cedam, 2016), éste último con amplia referencia a la bibliografía existente. Entre nosotros ha tratado el tema GUZMÁN, Alejandro, *Dialéctica, casuística, sistemática en la jurisprudencia romana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5 (1990), pp. 17-31.

¹⁹ GUZMÁN, Alejandro, *Historia*, cit. (n. 16), p. 422.

²⁰ ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), p. 354. En igual sentido Rosso, quien entiende como responsabilidad objetiva “simplemente aquellas situaciones de responsabilidad en que un sujeto podría ser obligado jurídicamente a soportar las consecuencias de un hecho respecto al cual no ha participado o en su participación no hay culpa que pudiese imputársele”. ROSSO, Gianfranco, cit. (n. 2), p. 7.

²¹ CANNATA, Carlo, *Sull problema*, cit. (n. 3), p. 5.

ocasionados por animales, como en la *actio de pauperie* y en el *Edictum de feris*, al menos en ciertas hipótesis.

A pesar que hemos señalado casos para los que dicha explicación no es aplicable, podemos entender la referencia y el sentido con que se practica, y estimamos no porta siempre una ambigüedad extrema. Sin embargo, esto último sí ocurre en otros casos, en donde se dice que la responsabilidad es de tipo objetivo, puesto que son, justamente, las características especiales de un sujeto el presupuesto ineludible de la responsabilidad en dichas hipótesis. Por ejemplo, la actividad comercial que desarrolla una persona es determinante en la responsabilidad de los sastres o lavaderos, navieros, posaderos y estableros²².

También induce a error el adjetivo que califica a la responsabilidad como subjetiva, la que ha sido conceptualizada como aquel sistema de responsabilidad en que un daño le es imputado a un sujeto si su comportamiento resulta no adecuado a un cierto estándar de conducta²³. Ahora, el error en que se ha caído es creer que la subjetividad depende de la persona del agente, pues parece natural y obvio, y así lo hacen muchos autores, conectar este carácter subjetivo con algún elemento volitivo, interno o intencional. Empero, se debe establecer que lo subjetivo no siempre alude a la voluntad o la intención del agente, pues solo en determinados casos aquella cobra relevancia para el derecho.

Desde luego, el carácter subjetivo es homologable a la voluntad en aquellos ilícitos civiles cuyo tipo requiere la presencia de *dolus*, como transmite D. 48,8,14 (*Callistratus 6 de cogn.*)²⁴. Pero lo mismo no ocurre tratándose de delitos cuyo tipo requiere únicamente la presencia de *culpa*, como es el caso del delito de daños de la ley Aquilia, en donde lo subjetivo guarda relación con el hecho de ser necesario analizar la conducta del agente, pero sin necesidad de examinar su ánimo o intencionalidad²⁵. En estos casos la conducta del agente será valorada en comparación a un modelo abstracto, a cuya adecuación se sujetará el juicio de cumplimiento o incumplimiento²⁶.

²² Con todo, al menos para estos últimos, entendemos que lo determinante no es el sujeto en sí, individualmente considerado, sino la actividad comercial por éste desarrollada, lo que en alguna medida aminora la crítica que aquí formulamos. Por su parte, Mattioli, siguiendo a Cannata, señala que la terminología aparece como “*non troppo felice*” y que resulta engañosa “*irrigidendo in uno schema artificiale una realtà più complessa e articolata*”. MATTIOLI, Fabiana, *Ricerche sulla formazione della categoria dei quasi delitti* (Boloña, Bononia University Press, 2010), pp. 13 n. 3 y 297. También han destacado la ambigüedad de la distinción GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa, *Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva*, en *Roma e America, Diritto Romano Comune*, 8 (1999), p. 117.

²³ ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), p. 354.

²⁴ D. 48,8,14 (*Callistratus 6 de cogn.*): “*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*”. En igual sentido D. 50,17,79 (*Papinianus 32 quaest.*).

²⁵ La distinción entre dolo y culpa ha sido destacada adecuadamente por Cannata, quien pone acento en el hecho de investigarse en materia de dolo la intencionalidad del agente, en cambio, y así lo dice expresamente, la culpa es un hecho, que acontece en un plano fáctico y no en la psiquis humana; por eso, conocido que sea el hecho –la conducta– puede ser comparada con el modelo abstracto que le sirve de guía. CANNATA, Carlo, *Sull problema*, cit. (n. 3), p. 78.

²⁶ MACCORMAK, *Dolus, culpa, custodia and Diligentia. Criteria of Liability or Content of Obligation*, en *Index, Quaderni camerti di studi romanistici*, 22 (Jovene, Napoli, 1994), pp. 202-203. Además, el

La asociación del concepto de culpa con una valoración subjetiva de la conducta ha permitido que incluso se la vincule, a nuestro entender erradamente, con el estado de ánimo del deudor, nosotros diríamos, con la intención. Así autores del talante de Arangio-Ruiz, sostienen que a los juristas clásicos ha importado poco el estado de ánimo del deudor, a diferencia de los justinianeos²⁷ y que evitaban la búsqueda de la responsabilidad en torno a un factor subjetivo²⁸. No obstante, el mismo autor reconoce que el criterio de la culpa no es el único que puede determinar la existencia de responsabilidad; esta también viene mediada por una base objetiva, como lo es la asunción de un determinado riesgo profesional, industrial o familiar²⁹.

A pesar de lo dicho, la nomenclatura responsabilidad objetiva ha gozado de una aceptación generalizada en la doctrina romanista y privatista actual; no obstante, aún existen detractores de su uso. Robaye, enfatiza en distinguir que la llamada responsabilidad subjetiva consiste en imputar el daño mediante la apreciación de un comportamiento no adecuado a un estándar, y no por la indagación psicológica del agente, como ya dijimos; en cambio, un régimen de responsabilidad objetiva es aquel en que tal imputación se efectúa tomando en cuenta únicamente la realidad del daño, sin referencia a un estándar de conducta³⁰. Además, señala que el contenido de ambas categorías no es claro, resultando problemático delinear una distinción entre ellos, por lo cual propone su abandono³¹.

criterio abstracto con el que se compara la actuación del agente puede concretarse por medio de pactos entre las partes, quienes, por ejemplo, tratándose de un arrendamiento de animales de carga, pueden fijar un límite a esta, como se puede ver en D.19,2,30,2 (*Alfenus 3 Dig. a paulo epit.*). En este sentido, la propia responsabilidad subjetiva es objetiva, CANNATA, Carlo, *Sull problema*, cit. (n. 3), p. 28: “*in quanto il giudice, nel determinarla non scenderà mai a considerare problema di volontà, ma si limiterà a valutare dei fatti secondo loro coerenza con modelli astratti, costanti ed estranei alle qualità personali della parte in questione*”. También VOCI, Pascuale, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 56 (1990), p. 31, y LUCREZI, Francesco, *La responsabilità aquiliana tra criterio oggettivo e soggettivo, nell'esperienza antica e moderna*, en *Index*, 30 (Napoli, Jovene, 2002), p. 201.

²⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (1935 reimpr., Napoli, Jovene, 1958), p. 6. Asimismo, al explicar el sistema gayano de responsabilidad presente en las *Res cottidianae* expresa que a diferencia del sistema clásico dolo-custodia en estas “*non si ha più un'alternativa fra responsabilità per dolo e per custodia, ma tutta una graduatoria fondata sopra lo stato d'animo dell'inadempiente e sopra l'atteggiamento spirituale da lui tenuto verso le cose e gl'interessi affidatigli*”. *Ibid.*, p. 65 y 210. Igualmente, Talamanca, quien señala que el criterio subjetivo “*è quello per cui il debitore risponde in base alla valutazione dell'elemento psicologico in relazione all'evento dannoso*”. TALAMANCA, Mario, *Elementi di Diritto Privato Romano*² (Milán, Giuffrè, 2013), p. 326.

²⁸ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, cit. (n. 27), p. 195.

²⁹ “*É note che, di fronte alla dottrina dominante, che fonda la responsabilità sugli elementi soggettivi del dolo e della colpa, una tendenza sempre più largamente rappresentata tende a superare questi limiti, per cercare alla responsabilità una base oggettiva: soprattutto si fa leva, a questo riguardo, sopra il concetto del rischio professionale, industriale, familiare*”. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, cit. (n. 27), p. 7.

³⁰ ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), p. 353.

³¹ En su reemplazo propone una nueva clasificación que distingue entre criterios p u r a m e n t e o b j e t i v o s , que son aquellos que no toman en consideración la conducta del agente (los antiguamente llamados criterios objetivos) y los criterios r e l a t i v a m e n t e o b j e t i v o s , que son aquellos que implican el análisis del comportamiento del agente sin que

Entre los civilistas cercanos a nosotros se mantienen las mismas advertencias; Barros Bourie señala que “Para evitar una asociación impropia con un concepto subjetivo de la culpa, en este libro se prefiere hablar de responsabilidad estricta”³². Es decir, propone utilizar las categorías de responsabilidad por culpa y responsabilidad estricta, prescindiendo de la nomenclatura y clasificación aquí criticada.

Por nuestra parte, creemos que las objeciones que se han formulado a la categoría y denominación de responsabilidad objetiva-subjetiva no son fácilmente corregibles, ni aun por medio de una clarificación de sentido como la propuesta por Robaye. A ello se debe sumar que la utilización de esta nomenclatura tampoco tiene la virtud de atraer beneficios que, por así decirlo, logren compensar las críticas y nos hagan tolerarlas, más allá de ser una forma consagrada en el uso. En fin, por lo dicho, proponemos el abandono definitivo de esta nomenclatura y su reemplazo por el binomio que distingue entre responsabilidad con culpa y responsabilidad sin culpa; denominación que creemos es, a pesar de su amplitud —o quizás gracias a ella— menos ambigua³³.

Pues bien, explicada la ausencia de la voz responsabilidad en las fuentes y desechada así las categorías y nomenclatura de responsabilidad subjetiva y objetiva toca averiguar de qué modo los juristas romanos refrieron tales ideas en ausencia de dicho lenguaje. Con tal fin estudiaremos los usos lingüísticos que se emplean en las fuentes por los juristas para aludir a la responsabilidad y a las hipótesis que determinan su existencia.

3. El sujeto de la responsabilidad: el giro ‘*teneri est*’

En primer lugar, se suele aludir a la responsabilidad, en el contexto del derecho pretorio, con una variedad de giros lingüísticos estructurados con base en el verbo *tenere* en combinación con el verbo *esse*; comúnmente bajo las formas *tenetur* y *actione teneri est*, cuyo sentido es indicar que alguno está tomado o sujeto (a una acción procesal), y de allí, el sentido jurídico de estar determinada persona sometida a un deber de pagar o restituir una cosa, en definitiva, como diríamos

importe su voluntad (los antiguamente llamados criterios subjetivos). ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), pp. 356-357.

³² BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), p. 470. Esta denominación —como se sabe— proviene del concepto inglés *strict liability*. En dicho ámbito lingüístico igualmente es usual referir el concepto bajo el término *situational liability*. Pero al igual que en nuestro idioma, parece ser que el término más fiel a la idea es el de *no-fault liability*, aún cuando en él, el concepto de culpa tenga un lugar central, lo que puede ser criticado. DESCHEEMAER, Eric, cit. (n. 6), p. 69, n. 1: “*Terminology pertaining to liability not based on fault can be difficult. No-fault liability is deceiving in that it suggests that no fault is actually present in the defendant’s conduct, whereas what matters is whether the defendant needs to have been at fault to be bound; but still it is a received phrase. Strict liability is better in this respect, but it still conjures (negatively) the idea of fault as being liability even without fault. The term situational liability emphasizes the idea of liability arising from the occurrence of a certain event, not only even without fault, but without the question of fault coming into the picture in the first place. In this work, the terms strict, no-fault, and situational liability will be used as synonyms to describe situations where the law imposes liability independently of fault.*”

³³ En el mismo sentido Salazar: “es preferible hablar de responsabilidad *sine culpa*”. SALAZAR, María, cit. (n. 15), p. 28.

nosotros, de responder³⁴. Así, en D. 4,9,3,1 (*Ulpianus 14 ad ed.*) donde se señala “*At hoc edicto omnimodo, qui recipit, tenetur*”; en D. 19,2,13,1 (*Ulpianus 32 ad ed.*) se señala *tenetur primus navicularius* (es responsable el dueño de la primera nave); también en D. 13,6,10 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*) donde *tenebitur* se emplea como contrario de la expresión *nihil praestare*, señalando que el comodatario responde por la pérdida culpable de la cosa; por su parte D. 47,2,76 (*Pomponius 21 ad q. muc.*) utiliza la forma *commodati an teneatur*, pero lo que es más relevante, establece que dicha responsabilidad “*in culpa aestimatio erit*”, es decir, aquella sujeción a la acción del comodato, que nosotros entendemos equivalente a la responsabilidad, queda, por mandato expreso del texto, modulada por la presencia de culpa.

En igual sentido, pero en materia de actos ilícitos, aparece el vocabulario construido con base en el verbo *tenere* para indicar que se queda sujeto, es decir, que se es responsable según las disposiciones de un cuerpo normativo: en D. 9,2,5 pr. (*Ulpianus 18 ad ed.*) se dice “*ergo et Cornelia tenebitur*”; igual en D. 9,2,5,3 (*Ulpianus 18 ad ed.*) donde mediante la expresión *an Aquilian teneatur* se indica que se es responsable en virtud de lo establecido en la *lex Aquilia de damno*.

También se suele aludir a la responsabilidad con el verbo *tenere*, pero formulado ahora en un sentido negativo, para indicar que la responsabilidad no tiene lugar: en D. 45,1,91,1 (*Paulus 17 ad plant.*) se dice “*non tenetur, quia nihil fecit*”; en D. 45,1,23 (*Pomponius 9 ad sab.*) que señala “*non aliter post mortem eius tenearis mihi*”; en D. 13,6,23 pr. (*Pomponius 21 ad q. muc.*) que señala “*non teneris commodati*”, es decir, que no se responde según la acción del comodato; lo mismo en D. 13,6,5,13 (*Ulpianus 28 ad ed.*) donde se exime la responsabilidad al señalar “*qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam*”; igualmente en D. 9,2,28 pr. (*Paulus 10 ad sab.*) al señalar “*nihil tenentur*”. En el mismo sentido, es de importancia D. 2,1,7,4 (*Ulpianus 3 ad ed.*), pues en él la expresión es utilizada con relación a lo que nosotros denominaríamos factores de atribución de responsabilidad, destacando que en los delitos pretorios se responde únicamente por dolo, de modo que por impericia, orden de autoridad o caso fortuito no se responde (*non tenetur*)³⁵.

Con todo, esta forma de aludir a la responsabilidad en las fuentes romanas, en el sentido de estar sujeto, cogido o tomado, por motivos inciertos, no fue la que perduró en el vocabulario jurídico³⁶.

³⁴ Han destacado la utilización del verbo *tenere* en este sentido: CARDILLI, Riccardo, *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a.C. – II sec. d.C.) (Milano, Giuffrè, 1995), p. 1 y, DE ROBERTIS, Francesco, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alla scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale I–II* (Bari, 1981-1982), p. 12.

³⁵ D. 2,1,7,4 (*Ulpianus 3 ad ed.*): “*Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod, si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore insuss vel casu aliquis fecerit, non tenetur*”.

³⁶ Para Schipani se impuso el verbo *respondere*, entre otras causas, porque da cuenta del significado procesal del término y aportan una mejor singularización del sujeto responsable. SCHIPANI, Sandro, *Schede*, cit. (n. 7), p. 11. No puede dejar de verse una conexión entre lo que expresan el verbos latinos *tenere* y *obligare*, del que deriva el concepto técnico *obligatio* que, como vimos, nutre algunas formas de aludir a la responsabilidad en lengua extranjera. Sobre el punto conviene enfatizar, como lo ha hecho Cannata, en que el problema o fenómeno de la responsabilidad es preexistente al concepto de obligación. CANNATA, Carlo, *Sull problema*,

4. El verbo *praestare* y su relación con la responsabilidad

Un segundo término con el que se suele indicar el fenómeno de la responsabilidad es el verbo latino *praestare*.

El término se compone de la partícula *prae* y del verbo *stare*, de donde su traducción literal sea estar delante de. No obstante, el término en las fuentes jamás es usado con el sentido de denotar una posición física con respecto a algo o alguien, sino en un sentido simbólico para señalar que algo se pone a disposición, se procura, proporciona o concede³⁷. Mas en estas expresiones el término tiene un carácter atécnico, no indicativo de responsabilidad.

En este momento conviene destacar el carácter multívoco del verbo *praestare* y su utilización profusa en las fuentes³⁸, pues en él se combinan, luego, dos sentidos: el atécnico al que aludimos y otro de significación técnica, y que sirve para aludir a la exigencia de ejecución de una cierta prestación. Esta última función cumple, por ejemplo, en D. 19,2,58,2 (*Labeo 4 post. a iav. epit.*)³⁹. Y en estos casos, al adquirir el término un sentido técnico, es abandonada definitivamente la noción espacial que su raíz etimológica portaba. Veamos a continuación los usos del término.

El verbo que nos ocupa ha sido usado de manera amplia con referencia a cualquier objeto: se habla de prestar *certam quantitatem* en D. 2,14,52,3 (*Ulpianus 1 opin.*) y D. 27,2,4 (*Iulianus 21 Dig.*); con relación a objetos concretos como *praestare rem* en D. 14,5,6 (*Ulpianus 2 disp.*); *praestare corpus* en D. 13,1,8 pr. (*Ulpianus 27 ad ed.*)⁴⁰; *praestare materiam* en D. 34,2,35,1 (*Paulus 14 resp.*); *praestare partus* en D. 31,77,17 (*Papinianus 8 resp.*); *praestare sumptum* en D. 30,39 pr. (*Ulpianus 21 ad sab.*); *praestare fundum* en D. 6,1,57 (*Alfenus 6 Dig.*)⁴¹; *praestare fructus* en D. 7,6,5,6 pr. (*Iulianus 35 Dig.*)⁴²; *praestare poenam* en D. 14,2,10,1 (*Labeo 1 pith. a paulo epit.*)⁴³. También este uso referido a objetos aparece en las fuentes de una manera genérica o, si se quiere, en un sentido omnicompreensivo: *praestare tot* en D. 36,2,26,2 (*Papinianus 9 resp.*); *omnia praestare debet* en D. 19,1,24,2 (*Iulianus 15 Dig.*)⁴⁴; y *praestare totum* en D. 24,3,25 pr. (*Paulus 36 ad ed.*).

No obstante lo anterior, en ocasiones el verbo *praestare* no aparece referido a

cit. (n. 3), p. 1. El concepto técnico de *obligatio* habría nacido vinculado a la institución de la *spōncio*, poco antes de la emisión de las XII Tablas. En materia de actos ilícitos su nacimiento sería muy posterior, en la segunda mitad del siglo II a.C. con la *Lex Aquilia de damno*. Un buen tratamiento del tema puede verse en AEDO, Cristian, *Obligatio: in iura consistunt*, en *Revista Chilena de Derecho*, 40/3 (2013), pp. 953-988.

³⁷ Con estos sentidos se usa en D. 1,2,2,35 (*Pomponius l.S. enbir.*) y D. 43,20,1,13 (*Ulpianus 70 ad ed.*).

³⁸ Cannata contabiliza la presencia de la voz *praestare* en el Digesto en 2.775 oportunidades. CANNATA, Carlo, *Sull problema*, cit. (n. 3), p. 20.

³⁹ D. 19,2,58,2 (*Labeo 4 post. a iav. epit.*): “*Quidam in municipio balineum praestandum annuis viginti nummis conduxerat et ad refectionem fornacis fistularum similiumque rerum centum nummi ut praestarentur ei, convenerat: conductor centum nummos petebat. Ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisfacere?*”.

⁴⁰ Lo mismo en D. 46,3,95,9 (*Papinianus 28 quaest.*).

⁴¹ Lo mismo en D. 18,1,59 (*Celsus 8 Dig.*) y D. 40,5,24,2 (*Ulpianus 5 fideic.*).

⁴² Lo mismo en D. 19,1,3,1 (*Pomponius 9 ad sab.*) y D. 22,1,38,10 (*Paulus 6 ad plaut.*).

⁴³ Lo mismo en D. 2,15,16 (*Hermogenianus 1 iuris epit.*).

⁴⁴ Y luego, *praestare omnia* en D. 21,1,57 pr. (*Paulus 5 quaest.*).

un determinado objeto, en dichas oportunidades el sentido propio del *praestare* es el de responder, digámoslo así, directamente, sin necesidad de aludir a la causa o cosa de la que responde. Tal efecto se produce a consecuencia de combinarse el verbo *praestare* con el verbo *debere* bajo el giro *praestare debere* en diversas formas, de manera que con dicho giro se expresa la existencia de un auténtico deber de responder. Así aparece en D. 19,2,51,1 (*Iavolenus 11 epist.*) donde el pasaje “*praestari tamen tibi a conductore debet*” configura la responsabilidad del arrendatario que ha construido un obra defectuosa; luego en D. 21,1,4,3 (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.*), donde la forma *praestare debeat* sirve para establecer la responsabilidad del vendedor de un esclavo de nula inteligencia; en D. 19,1,10 (*Ulpianus 46 ad sab.*) en donde se dice que el vendedor que debe la cosa por dos causas responde de dos evicciones: “*palam est, duas evictiones eum praestare debere*”; en D. 18,4,13 (*Paulus 14 ad plaut.*) en donde se señala que quien cede la herencia *praestare debet* su calidad de heredero; en D. 18,4,4 (*Ulpianus 32 ad ed.*), donde se establece que el cedente de un crédito *praestare debere* de la existencia del deudor, lo que equivale a decir que responde de la existencia del crédito y; finalmente, en D. 18,6,4,1 (*Ulpianus 28 ad sab.*) donde se presenta en un giro negativo o excluyente al señalar circunstancias de las que no se responde: “*neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere*”.

Otras veces el verbo *praestare* aparece en conexión al verbo *cogere*, como en D. 21,2,74,3 (*Hermogenianus 2 iuris epist.*) donde el giro *praestare cogitur* se emplea para significar que se está obligado a responder solo de la existencia del crédito cedido –y del dolo– mas no del pago de dicho crédito y, en forma negativa, en D. 17,2,52,3 (*Ulpianus 31 ad ed.*) donde se señala “*socii non cogentur praestare*” para indicar que el socio queda liberado, es decir, que la pérdida es social. Finalmente, sin relación a otra forma verbal, como en D. 15,1,21,1 (*Ulpianus 29 ad ed.*), donde la expresión *praestare pupillum* hace responsable al pupilo –a su patrimonio, peculio– de lo obrado con dolo por el tutor.

De todos los usos observados, tiene especial relevancia para nosotros la expresión *praestare damnum*, presente con la forma *damnum praestari* en D. 17,1,32 (*Iulianus 3 ad urs. ferocem*), para aludir al hecho de haberse rendido caución para responder del daño que causa adir una herencia; con la forma *damnum praestare deberet* en D. 9,2,52,3 (*Alfenus 2 Dig.*), en que se establece responsabilidad para el vendedor si se rechaza la compra a prueba de un animal que causa daño a un esclavo del comprador; finalmente, bajo la forma *damnum praestare* en D. 47,2,62,3 (*Africanus 8 quaest.*), se hace responsable al dueño del esclavo entregado en prenda por los hurtos cometidos por éste, si dicho vicio era conocido del pignorante y desconocido del acreedor prendario⁴⁵.

En otros usos el giro *praestare damnum* denota una responsabilidad acentuada, pues con él se expresa que se presta o responde de todo daño; en D. 32,26 (*Paulus 2 ad ner.*) se señala que se presta *omne damnum* al encontrarse en mora el deudor. A estos pasajes se atribuye el significado de pagar el valor del daño, de resarcir, es decir, en nuestros términos, de responder.

⁴⁵Tiene el mismo sentido la expresión *praestare detrimentum*, presente en D. 10,3,20 (*Pomponius 13 ad sab.*) y en D. 24,3,25,2 (*Paulus 36 ad ed.*).

Conviene destacar que, el término *praestare* –del mismo modo que ocurría con el verbo *tenere*– aparece utilizado con el sentido que hemos llamado negativo, así, en la última hipótesis analizada en D. 9,2,52,3 (*Alfenus 2 Dig.*), para excluir la responsabilidad, se dice *non debere praestari*. En D. 18,4,4 (*Ulpianus 32 ad ed.*) se señala que el cedente de un crédito *non debere praestare*, es decir, no responde, de la solvencia del deudor; en D. 21,1,33 pr. (*Ulpianus 1 ad ed. aedil. curul.*) se señala que “*praestare venditor non debet*” para excluir su responsabilidad por la venta de un esclavo que enferma o del peculio que disminuye; en D. 27,8,1,11 (*Ulpianus 36 ad ed.*) en donde se señala “*non debent [...] praestare*”, para excluir la responsabilidad de los magistrados en el nombramiento de tutores; en D. 5,3,40 pr. (*Paulus 20 ad ed.*) en donde con el giro “*nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare*” se excluye la responsabilidad del poseedor de una herencia reivindicada por la muerte de alguno de los esclavos que la integraban y; en D. 6,1,16 pr. (*Paulus 21 ad ed.*) donde se señala “*non enim [...] possessor praestare debet*” a fin de excluir la responsabilidad del poseedor por caso fortuito.

También este sentido negativo o liberatorio se logra aludiendo a un contenido vacío o abstracto del *praestare*: en los giros *nihil praestare* de D. 13,6,10 pr. (*Ulpianus 29 ad sab.*), en que se libera de responsabilidad al comodatario que usó la cosa para el fin convenido sin culpa; en el *praestare nihil* de D. 19,2,60 pr. (*Labeo 5 post. a iav. epit.*) que señala “*nihil locatori conductorem praestitutum*”; “*nihil [...] praestare debere*” en D. 27,2,4 (*Iulianus 21 Dig.*) y D. 24,3,30,1 (*Iulianus 16 Dig.*) y; “*nihil amplius heres praestare*” en D. 34,3,4 (*Pomponius 7 ex plaut.*). Sobre estos usos debemos cuidarnos de entender la expresión como simplemente cuantitativa, pues revela un sentido de mayor alcance; que no se responde o que nada se debe.

Además, se debe tener presente, que más allá de los usos particulares del verbo *praestare*, que hemos analizado en detalle, como bien ha señalado Cannata, este verbo se configura como el adecuado para indicar el régimen de responsabilidad de un determinado sujeto, y precisamente, el criterio de dicha responsabilidad. Tal es el sentido en las expresiones *dolum, culpam, custodiam, casus y periculum praestare*, y con tal significado aparece el verbo cuando analizamos el contenido de las obligaciones al distinguir entre obligaciones de *dare, facere y praestare*, especialmente en D. 44,7,3 (*Paulus 2 inst.*)⁴⁶. En este sentido, en la materia que nos ocupa, son especialmente relevantes las expresiones *prestare custodiam y praestare omne periculum*, de las que trataremos a continuación.

En primer término, debemos admitir que la responsabilidad por custodia es un difícil problema del derecho de obligaciones que ha dividido a la doctrina⁴⁷.

⁴⁶ D. 44,7,3 (*Paulus 2 inst.*): “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”.

⁴⁷ Son fundamentales las ya clásicas obras de METRO, Antonio, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966) y ROBAYE, René, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987). También, recientemente y con abundante bibliografía, a la que remitimos, SERRANO-VICENTE, Martín, cit. (n. 2). Entre nosotros, AEDO, Cristian, *La responsabilidad por custodia: ¿responsabilidad estricta o por culpa?*, en MONDACA MIRANDA, Alexis y AEDO BARRERA, Cristián, *Nuevos horizontes del derecho privado* (Librotecnia, Santiago, 2013), pp. 25-56.

Sin perjuicio de ello, y si se sigue a la tesis mayoritaria, comúnmente denominada objetivista, es posible entender la custodia en sentido técnico o jurídico⁴⁸ como la “responsabilidad que deriva de la pérdida de una cosa mueble que se tiene y se debe a otro, causada por un hurto (*furtum*) o robo (*vi bona rapta, rapiña*)”⁴⁹. Por lo demás, según la visión de estos autores, lo decisivo para calificarla como “responsabilidad sin culpa”⁵⁰, es que, sujeto que sea el deudor a una acción, no le asiste la posibilidad de rendir prueba en orden a acreditar que efectivamente custodió, guardó y conservó diligentemente la cosa, para así exonerarse.

Aunque los textos donde la custodia cumple este rol son abundantes, sirvan de ejemplo, por lo significativas, las expresiones “*periculum custodiae praestat*” en D. 19,2,40⁵¹ y con ocasión de los servicios del *nauta, caupo* o *stabularius* la expresión “*custodiae nomine tenentur*” presente en D. 4,9,5 *pr.* (*Gaius 5 ad ed. provinc.*)⁵².

En segundo lugar, es necesario analizar el giro *praestare omne periculum*. Esta expresión, que traducida literalmente equivale a prestar todo peligro, reviste un significado de especial importancia para nosotros; con ella se quiere señalar que se responde más allá de la culpa, incluso por caso fortuito y fuerza mayor, es decir, comprende toda responsabilidad⁵³.

El giro *omne periculum* en relación con el verbo *praestare*, en un sentido positivo o incluyente, lo hallamos en D. 2,14,7,15 (*Ulpianus 4 ad ed.*) bajo la forma *omne*

⁴⁸ Con custodia en sentido técnico aludimos al hecho que el *prestare custodiam* opera como criterio de imputación de responsabilidad. Debe tenerse presente que esta es solo una de las maneras en que se ha identificado la función desarrollada por la custodia en las fuentes. Así, Metro ha establecido que todos los usos de las voces *custodiam* y de *custodire* pueden ser reconducidos a tres grandes categorías: a una actividad de vigilancia y conservación de las cosas; a un poder sobre las cosas y las personas y; a un especial tipo de responsabilidad por el incumplimiento. Es esta última forma, la custodia técnica, la que constituye criterio de responsabilidad. METRO, Antonio, cit. (n. 47), p. 3. En el mismo sentido Robaye: “*les textes nous invitent à considérer que la custodia est également comprise comme un critère de responsabilité, c’est-à-dire comme une condition d’imputation du dommage au débiteur, que nous appelons custodie technique (ou juridique)*”. ROBAYE, René, *Responsabilité objective ou subjective*, cit. (n. 4), p. 348.

⁴⁹ GUZMÁN, Alejandro, *La responsabilidad objetiva*, cit. (n. 3), p.183. Sostienen esta postura objetivista JÖRS, P. y KUNDEL, W., *Römisches Privatrecht*⁶ (trad. esp. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, L. Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1937), p. 174, KASER, Max, *Das Römische Privatrecht* (Munich, C. H. Beck, 1971), I, p. 425, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, cit. (n. 27), p. 162, y METRO, Antonio, cit. (n. 47), p. 96.

⁵⁰ Bajo la visión de este grupo de autores la responsabilidad por custodia es “una responsabilidad impuesta a una persona que se encontraba en una relación jurídica con independencia de su culpa”. AEDO, Cristian, *La responsabilidad por custodia*, cit. (n. 47), p. 29. Lo mismo para Talamanca quien señala que la custodia es una “*responsabilità oggettiva per l’impossibilità di restituire la cosa derivante da furto, e che si basa su una valutazione tipica della possibilità e dell’impegno richiesto al debitore, cui la cosa è affidata*”.

⁵¹ D. 19,2,40 (*Gaius 5 ad ed. provinc.*): “*Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*”.

⁵² D. 4,9,5 *pr.* (*Gaius 5 ad ed. provinc.*): “*Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiantur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur; nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*”.

⁵³ En el mismo sentido Cannata, quien sostiene que comprende “*ogni responsabilità possibile*”. CANNATA, Carlo, *Sull problema*, cit. (n. 3), p. 63.

*periculum praestet*⁵⁴; igualmente en D.13,6,5,3 (*Ulpianus 28 ad ed.*) donde el giro aparece bajo la forma *omne periculum praestandum*, sirviendo para configurar una responsabilidad superior en caso de *aestimatio rei*⁵⁵. Similar es el sentido de otras expresiones que podemos sintetizar como responder en todo caso, basados en lo señalado en D. 4,9,3,1 (*Ulpianus 14 ad ed.*) donde se dice “*at hoc Edicto, omnimodo, qui receperit tenetur*”. El pasaje es especialmente relevante, porque la frase transcrita se inserta a continuación de una descripción de las responsabilidades derivadas de las acciones de *locatio–conductio* y *depositum*, y se señala que en ellas se responde por culpa y por dolo, respectivamente, para luego señalar que en el caso de la acción pretoria introducida por este edicto se responde en todo caso, es decir, más allá del dolo y la culpa, señalando expresamente que se responde sin culpa: “*etiamsi sine culpa eius res perit*”⁵⁶.

Con todo, a pesar de la presencia en las fuentes del rico acervo lingüístico construido sobre la base de los verbos *tenere*, *praestare* y *debere*, se impuso históricamente la palabra responsabilidad.

5. Otras formas de mentar la ausencia de responsabilidad

Junto a las formas estudiadas de aludir el concepto de responsabilidad encontramos en las fuentes algunas menciones que llamaremos negativas; se trata de expresiones que denotan en un caso concreto que el deber de responder no nace, es decir, denotan –permítasenos la expresión– irresponsabilidad. Lo anterior lo logran sirviéndose ya no de las expresiones estudiadas –*tenere*, *praestare debere*– en sentido negativo, sino ocupando otras formulaciones.

Tal propósito cumple el uso del adjetivo *securus* en combinación con el verbo *essere*. En D. 18,1,35,4 (*Gaius 10 ad ed. provinc.*) se señala *securus esse* y en Inst. 3,23,3, se señala *securus est*; en ambos casos para excluir la responsabilidad del vendedor; en D. 44,7,1,4 (*Gaius 2 aur.*) se señala *securus est* respecto del comodatario; D. 44,7,1,5 (*Gaius 2 aur.*) emplea el giro *securus est* para excluir, esta vez, la responsabilidad del depositario; e Inst. 3,14,4 con relación al pignoratario. En todos estos casos, la seguridad a que se refieren los pasajes citados corresponde a la imposibilidad de dirigir una acción en contra de un sujeto (vendedor, comodatario, depositario, etc.) y, por tanto, el efecto, desde la óptica de la responsabilidad, es que ésta no nace.

Finalmente, cabe destacar que este giro *securus est* admite únicamente un sentido negativo o excluyente, como hemos visto en los textos recién analizados. De manera que no encontramos en el vocabulario de los juristas la expresión

⁵⁴ D. 2,14,7,15 (*Ulpianus 4 ad ed.*): “*Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam*”.

⁵⁵ D.13,6,5,3 (*Ulpianus 28 ad ed.*): “*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit*”.

⁵⁶ Por otro lado, el mismo giro *omne periculum* lo encontramos en D. 18,6,4,1 (*Ulpianus 28 ad sab.*) pero en este caso sin aparecer vinculado al verbo *praestare*, sino al verbo *pertinere*, para decir que todo peligro pertenece a una de las partes. En este caso el riesgo se pone de parte del comprador –acreedor– de modo que sirve no para atribuir responsabilidad, sino para excluirla, y por eso podemos calificar a este uso como negativo o excluyente.

opuesta, que se formularía bajo el giro *securus non est o insecurest*, y que habría servido como vía indirecta para denotar la existencia de responsabilidad.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CON CULPA Y RESPONSABILIDAD SIN CULPA.

Como se dijo, preferiremos utilizar las categorías terminológicas de responsabilidad con culpa y responsabilidad sin culpa. Lo que, sin embargo, requiere algunos comentarios adicionales en orden a justificar su preferencia y el contenido de la distinción.

Un primer e importante aspecto a tratar es el establecimiento del criterio de distinción: la presencia o ausencia de culpa en la imputación de la responsabilidad. La culpa, a efectos de lo aquí discutido, podemos definirla, como falta de adecuación a un estándar abstracto de comportamiento exigible. Junto a esta previa conceptualización debemos destacar en la historia del término una característica medular, se trata de una palabra que no aparece en las leyes de republicanas, ni tampoco en el Edicto, por lo que se ha sostenido que el concepto de culpa es un concepto creado y utilizado solo por los juristas⁵⁷.

Una primera afirmación que debemos analizar es aquella que sostiene que la culpa propia no genera responsabilidad: “*sua culpam damnum est*”. El concepto de culpa, entonces, en un primer momento, no aparece asociado a un criterio de imputación de responsabilidad a un tercero, sino más bien describe un hecho que perjudica a quien lo realiza, quien debe soportar las perjudiciales consecuencias del mismo, que se dice haber tenido lugar *culpa sua*. Se trata de la vinculación causal que une un evento dañoso o desafortunado a la acción u omisión de un sujeto⁵⁸, constituyendo una hipótesis de exclusión de responsabilidad. Así lo vemos en materia de denuncia de obra ruinosa en D. 39,2,44 pr. (*Africanus 9 quaest.*)⁵⁹. Se establece que quien retarda el ejercicio de la “*cautio de damno infecto*” no obtiene reparación; se dice “*mea culpa damnum sim passus*”, para aludir a que el daño se ha producido por su culpa⁶⁰.

Este uso del término culpa, para indicar formas en que el perjudicado no obtiene indemnización por ser responsable —permítasenos la expresión— de su

⁵⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincezo, cit. (n. 27), pp. 224-225.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 227.

⁵⁹ D. 39,2,44 pr. (*Africanus 9 quaest.*): “*Cum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres, noluit et priusquam praetor adiretur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt: potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim. at si cum praetor ut promitteres decrevisset et te non promittente ire me in possessionem inuissset et prius, quam eo venissem, corruerunt, perinde omnia seruanda esse existimavi, atque si posteaquam in possessionem venissem damnum datum esset*”.

⁶⁰ Otros casos en que no se logra configurar la responsabilidad por haber acedido el perjuicio *culpa sua* del eventual legitimado a reclamarlo puede verse en D. 21,2,56,3 (*Paulus 2 ad ed. aedil. curul.*). El texto trata sobre la usucapión, y señala que aquel que habría podido usucapir pero ha dejado de poseer, no puede reclamar del vendedor la evicción de la cosa, porque lo ha hecho con culpa suya: “*culpa sua hoc fecisse videtur*”; también en D. 38,6,2 (*Iulianus 27 Dig.*); D. 4,1,7 pr. (*Marcellus 3 Dig.*); D. 46,3,95,11 (*Papinianus 28 quaest.*) y D. 1,15,3,1 (*Paulus l.S. de off. praef. vig.*).

propio daño, encuentra una formulación general en D. 50,17,203 (*Pomponius 8 ad q. muc.*): “*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*”⁶¹.

El tránsito desde una noción de culpa vinculada al propio actuar a considerarla una medida de juzgar el comportamiento ajeno con vistas a establecer —o no— el deber de responder (criterio de imputación) solo se habría desarrollado en época clásica a partir de la *lex Aquilia*⁶². Entendiendo por culpable en este sentido el acto descuidado o mal ejecutado que causa daño a terceros, y que presenta un valor dogmático crucial pues permite analizar su presencia con una similar valoración en el ámbito de los actos lícitos (pactos, contratos y formas cuasicontractuales), como en el de los ilícitos (delitos y cuasidelitos).

En contra de tal opinión se expresa Arangio-Ruíz, para quien el concepto técnico de culpa, diferenciado del dolo, aparece muy tardíamente. El autor sostiene que al inicio lo que nosotros llamamos culpa no se encuentra en ningún modo diferenciado del caso fortuito. Según este autor, en época clásica, el sistema de responsabilidad se constituía con base en dos criterios responsabilidad: el dolo y el caso fortuito⁶³.

A su vez, contrariamente a lo sostenido por Arangio-Ruíz, Schipani afirma que la culpa no se agota ni puede comprenderse como una mera afirmación del nexo de causalidad. Para él, la culpa supone una falla en la conducta, no en la voluntad⁶⁴.

Con todo, se debe advertir que en el derecho romano el concepto de culpa fue, por su carácter casuista, un criterio de solución para resolver problemas concretos de imputación de responsabilidad o exclusión de la misma en casos determinados

⁶¹ El texto es importante también por otro motivo, el cual es que el concepto jurídico de daño queda íntimamente ligado a la atribución de la responsabilidad. Faltando ésta, y debiendo soportar el perjuicio el sujeto que lo sufre es dogmáticamente impropio hablar de la existencia de daño.

⁶² Aunque reconocemos cierta discusión sobre la idoneidad del término *criterio de imputación*, lo aceptamos. Con todo, debe admitirse que esta no es una expresión que se halle directamente en las fuentes. No obstante, si se utiliza el verbo *imputare* en el sentido de asignación o exclusión de responsabilidad. En D. 1,18,6,7 *pr.* (*Ulpianus 1 opin.*) donde tiene el sentido de poner de cargo, aunque para excluir, al señalar *no imputar* la muerte, y consecuentemente considerarla *casus*; en D. 4,3,1,6 (*Ulpianus 11 ad ed.*) en el sentido de poner algo de cargo de una persona *imputarse a sí mismo*, o sea, soportar.

⁶³ A su entender, forma parte de estos excepcionales casos de responsabilidad por caso fortuito la responsabilidad por custodia y otros casos de responsabilidad como el presente en D. 3,5,10 (*Pomponius 21 ad q. muc.*): “*Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem incundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*”.

⁶⁴ SCHIPANI, Sandro, *Análisis de la culpa en Justiniano 4,3*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, y BUERES, Jesús (dirs.), *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Attilio Anibal Alterini* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997), p. 127: “Pero si queremos escoger en modo unitario el significado de la culpa, incluyendo todas las facetas vistas, debemos entender que ella se refiere a una conducta voluntaria prohibida sea por lo más de normas de prudencia, pericia, diligencia, sea también, más genéricamente, por otras disposiciones, cuya violación muestra la conducta reprochable”.

pero, como bien señala Aedo, no se articuló en torno a una cláusula general de responsabilidad, lo que ocurrió solamente en iusnaturalismo racionalista⁶⁵.

Otro sentido en el que se emplea el término culpa, es para referirse a todo acto o hecho indebido o simplemente antijurídico, así en D. 38,2,24 (*Iulianus 65 Dig.*), en que se dice “*is qui extra hanc culpam fuerit [...]*” para referirse a aquel de los dos patronos que no haya exigido al liberto la promesa de no contraer matrimonio.

Un giro de relevancia para nosotros es el de *praestare culpam*, que normalmente significa responder por culpa; con este sentido se ve en D. 13,6,5,2 (*Ulpianus 28 ad ed.*), en donde se establece que el comodatario *culpam praestandam*. Pero existen algunos usos infrecuentes del giro *praestare culpam*, como en D. 13,6,5,13 (*Ulpianus 28 ad ed.*), donde la expresión significa contribuir con culpa a un resultado desfavorable⁶⁶.

Entonces toca preguntarnos ¿qué ocurre si no se configura el elemento culpa?. Sobre ello debemos señalar que la verificación de la existencia de una responsabilidad que no involucre una valoración del comportamiento del agente dañador, o del deudor incumplidor, es antigua entre los romanistas, aunque éstos discutan sus alcances⁶⁷. Los civilistas modernos, en cambio, suelen considerar, equivocadamente, que el origen histórico de la responsabilidad sin culpa se halla en la Revolución Industrial o, al menos, que se habría impuesto como una necesidad solo desde aquella época. Jossierand inaugura esta línea de pensamiento al criticar el principio procesal *actori incumbit probatio*, pues en razón de él muchas veces la víctima ve dificultado o impedido el resarcimiento⁶⁸, puesto que con los nuevos

⁶⁵ AEDO, Cristian, *El problema del concepto de la culpa en la lex Aquilia: Una mirada funcional*, en *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 27/1 (2014), p. 51. En el mismo sentido, pero de manera general para el derecho romano, Rosso: “no hubo construcción de principios generales fundantes, sino simplemente desarrollo de criterios a la medida de cada caso verídico o ficto que se presentaba. No sorprende entonces que los juristas generalmente no hayan definido los términos; sólo los utilizaron, acomodándolos a las circunstancias” y, “En otras palabras, se trató de un derecho más práctico que conceptual, no siendo a mi juicio adecuado aludir a los conceptos (por ejemplo, de dolo o de culpa), sino más bien al sentido y alcance, que en una visión de conjunto, les habría dado la jurisprudencia romana”. Rosso, Gianfranco, cit. (n. 2), p. 13.

⁶⁶ En cualquier caso la distinción, aunque válida, no es sustancial, porque el giro alude a que con culpa se produjo el evento dañoso, lo que a su vez, resulta ser precisamente el fundamento de la responsabilidad por culpa. ARANGIO-RUIZ, Vincezo, cit. (n. 27), p. 97.

⁶⁷ Entre los autores que destacan la existencia de responsabilidad sin culpa en derecho romano se cuentan Villey: “Y la culpa no es tampoco una condición necesaria. Los juristas romanos no experimentaron dificultad en reconocer múltiples casos de responsabilidad sin culpa”. VILLEY, Michel, cit. (n. 7), p. 59. Misma observación formula Rodríguez-Ennes: “no cabe, por tanto, tildar de novedoso el abandono de la culpa como criterio único de imputación de la responsabilidad”. RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *La recepción de la noción romana de responsabilidad objetiva en el Derecho Civil español*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998), p. 235.

⁶⁸ JOSSEIRAND, Louis, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (Paris, Arthur Rousseau, 1897), p. 7. Con mayor acierto la bibliografía reciente ha sostenido que se trata de un proceso objetivizador, pero no de la aparición de una nueva forma de responsabilidad: “desde la segunda mitad del siglo XIX, aunque le pese a los defensores de la culpa, entre los que me cuento, día a día se ha ido minando el sistema de la responsabilidad subjetiva, como consecuencia en general del advenimiento del maquinismo y del progreso”. Rosso, Gianfranco, cit. (n. 2), p. 2.

desarrollos mecánicos e industriales los infortunios devienen en anónimos⁶⁹. Esta línea de pensamiento es seguida incluso por algunos romanistas; Giménez-Candela señala que “históricamente, la creación del concepto de responsabilidad objetiva, parece unido al desarrollo del maquinismo, producido por la revolución industrial”⁷⁰. En cambio, nosotros queremos poner el acento en lo siguiente; una cuestión es que la conceptualización y la denominación de un fenómeno sean producidos en un determinado periodo histórico y otra, muy distinta, que dicho fenómeno jurídico haya tenido o no presencia en otro tiempo⁷¹.

Ahora, como la historia del derecho y de sus instituciones es “en buena medida” una historia de sus palabras, debemos examinar en este apartado la presencia de la expresión *sine culpa* en las fuentes de derecho romano clásico. Todos los usos de este giro pueden ser agrupados en dos sentidos del término: uno que llamaremos negativo o excluyente y otro, que llamaremos positivo o incluyente.

1. La expresión ‘*sine culpa*’ en sentido negativo o excluyente

En un sentido negativo la expresión aparece en contextos donde se analiza la conducta del deudor y entonces, viene a expresar la idea de que quien actúa *sine culpa* no es responsable; precisamente, por no ser imputable desde la óptica de la culpabilidad el acto que ocasiona el perjuicio.

El primer pasaje que analizaremos en el contexto del uso de la expresión *sine culpa* en sentido negativo es D. 14,2,10,1 (*Labeo 1 pith. a paulo epit.*)⁷² en donde se

⁶⁹ “En effet, les machines se substituant presque partout à l’homme ou au cheval, la production et la circulation se développant sans cesse dans des proportions inattendues, les accidents se multiplièrent; et non seulement ils se multiplièrent mais encore, ce qui est plus curieux et plus essentiel, ils changèrent de caractère, désormais ils eurent le plus souvent une origine obscure, une cause incertaine qui ne permirent pas aux responsabilités de se dégager facilement: en devenant industriel et mécanique, l’accident devint aussi anonyme”. JOSSEMAN, Louis, cit. (n. 68), p. 7.

⁷⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa, cit. (n. 22), p. 119.

⁷¹ Recuérdese lo que ya hemos dicho sobre la necesidad de diferenciar la historia de la institución jurídica y la historia de sus denominaciones. Por lo demás, debe evitarse el error de entender la relación de la responsabilidad objetiva con la responsabilidad subjetiva como un tránsito en términos evolutivos, atribuyendo al régimen de responsabilidad objetivista o sin culpa el carácter de primitivo y el de evolucionado al subjetivista o por culpa, o viceversa. Tal ha sido la postura, aunque morigerada, de RODRIGUEZ ENNES, Luis, *Estudio sobre el edictum de feris* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992), p. 52. Cfr. Cannata, quien rechaza la noción de una responsabilidad objetiva inicial para el derecho penal: “L’idea che una responsabilità penale puramente oggettiva fosse propria delle epoche primordiali di ogni cultura giuridica non corrisponde alla realtà storica”. CANNATA, Carlo, *Sull problema*, cit. (n. 3), p. 3, n. 199. Vinculado a lo anterior, y atendida la perfecta compatibilidad de regímenes de imputación de la responsabilidad con culpa y sin culpa que defendemos, nos parece poco útil la discusión sobre qué tipo de responsabilidad se conoció históricamente primero en el derecho romano, pues en cualquier caso el general de imputabilidad nunca habría sido uno solo, y solamente cabría hablar de un criterio general con relación a otros excepcionales. Para esta discusión véase SCHIPANI, Sandro, *Responsabilità ex lege aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa* (Turín, Giappichelli, 1969), pp. 5 y ss.

⁷² D. 14,2,10,1 (*Labeo 1 pith. a paulo epit.*): “Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriorem, cum id scire te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis perit, cum id sine dolo et culpa

presenta el giro “*sine culpam et dolo*”. Tal expresión sirve para excluir la responsabilidad del arrendador que transportó la carga en un barco diferente del pactado, si el barco donde debía ser transportada zozobra –al igual que el barco sustituto– sin culpa ni dolo de los marineros y; en segundo lugar, hacia el final del pasaje, donde se establece igual solución –*idem dicemus*– para el caso que la zozobra de la nave se debiera a un vicio o desperfecto de ésta, que haya tenido lugar “*sine dolo malo et culpam*” del transportista.

Gayo también emplea el giro *sine culpa* en sentido negativo en Gai. 3,211⁷³. El texto es relevante, primero, porque se encuentra en materia de actos ilícitos y, segundo, porque su formulación tiene vocación de generalidad, y podemos establecer que contribuye a fundar la regla consistente en que sin culpa no existe responsabilidad.

Estos usos continúan en Paulo: D. 45,1,37 (*Paulus 12 ad sab.*)⁷⁴. En él la expresión *sine culpa* se utiliza para establecer que el deudor queda liberado por la pérdida de la cosa debida en tales condiciones; de modo que la regla puede construirse como “*sine culpa [...] nihil [...] debetur*”⁷⁵.

La tendencia se mantiene, y los usos mencionados llegan consolidados al vocabulario de un jurista tardío como Ulpiano en D. 50,17,23 (*Ulpianus 29 ad sab.*)⁷⁶. Ulpiano señala una serie de situaciones, que hoy nosotros agrupamos bajo el concepto de *casus*, junto a otros infortunios, y a las muertes que se producen *sine culpa*, para finalizar señalando que de estas circunstancias *nullo praestantur*; es decir, de nada se responde. Finalmente, junto a los fragmentos ya expuestos, es de relevancia en este sentido negativo el de D. 30,47,4 (*Ulpianus 22 ad sab.*)⁷⁷. En él

nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conducisisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem debebendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. Idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius”.

⁷³ Gai. 3,211: “*Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnum committit*”.

⁷⁴ D. 45,1,37 (*Paulus 12 ad sab.*): “*Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur*”.

⁷⁵ El mismo sentido negativo lo portan otras expresiones similares. En D. 6,1,16,1 (*Paulus 21 ad ed.*) Paulo se sirve de la expresión “*culpa non intelligitur*” para excluir la responsabilidad.

⁷⁶ El texto es célebre en el ámbito del derecho de obligaciones, pues con base en él buena parte de la doctrina romanista ha construido el régimen de responsabilidad clásico, sea reafirmando sus expresiones, o criticándolas, por interpoladas u otras razones. Sin embargo, en este momento, lo que nos ocupa es su parte final. D. 50,17,23 (*Ulpianus 29 ad sab.*): “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, mandatam, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum, et culpam recipit; sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolum praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*”.

⁷⁷ D. 30,47,4 (*Ulpianus 22 ad sab.*): “*si res aliena vel hereditaria sine culpa heredis perierit, vel non*

no solo se emplea el giro *sine culpa* para excluir responsabilidad, sino que se señala expresamente que la ausencia de culpa es causa de la liberación de responsabilidad, y que el contrario, es decir, la concurrencia de ésta justificaría la adopción de la solución inversa; la imputación de responsabilidad⁷⁸.

2. La expresión ‘*sine culpa*’ en sentido positivo o incluyente

En este apartado trataremos de aquellos textos en que el giro *sine culpa* sirve para fundar la responsabilidad; seamos insistentes, aun sin existir dolo o culpa por parte del responsable.

Un primer caso de empleo en este sentido vemos en D. 13,1,16 *pr.* (*Pomponius 38 ad q. muc.*)⁷⁹. Aquí la expresión “*sine dolo malo et culpa*” se utiliza en materia de perecimiento de la cosa que se debe restituir, realizando una comparación entre la *actio commodati* y *actio depositi* con relación a la *actio condictio furtiva*. El supuesto trata de un depositario que usa la cosa y de un comodatario que la utiliza para un uso no permitido; se dice que aunque la cosa perezca sin dolo o culpa de su parte, serán de todos modos responsables por la *actio condictio furtiva*. Sin embargo, debemos reconocer que el texto trata sobre el agravamiento de la responsabilidad de estos tenedores y, por ello, su carácter de responsabilidad sin culpa puede discutirse. Sin embargo, creemos que este se haya presente, pues la sanción o agravamiento de responsabilidad conlleva una responsabilidad *sine culpa* en el evento dañoso, que al menos conceptualmente puede ser separado y diferenciado del motivo que lo justificó; el incumplimiento previo que, como se dijo, fue culpable⁸⁰. El pasaje interesa, además, porque en su labor comparativa introduce el giro *ultra culpam* en sentido negativo, para señalar que por la *actio commodati* no se responde más allá de la culpa, y en la *actio depositi* no se responde más allá del dolo.

Un segundo caso de uso positivo lo hallamos en D. 4,9,3,1 (*Ulpianus 14 ad ed.*)⁸¹. El pasaje trata de la *actio de receptum*, acentuando su carácter *in factum*, en

*compareat, nihil amplius, quam cavere eum oportebit, sed si culpa heredis res perit, statim dammandus est*⁷⁸.

⁷⁸ Otros textos del mismo jurista que refuerzan las ideas expuestas son D. 19,2,13,1 (*Ulpianus 32 ad ed.*) que contiene la expresión “*si culpa caret, non teneri*” y D. 19,2,9 *pr.* (*Ulpianus 32 ad ed.*), donde la expresión es usada en conjunción al dolo: “*isque sit evictus sine dolo malo culpaque*”.

⁷⁹ D. 13,1,16 *pr.* (*Pomponius 38 ad q. muc.*): “*Qui furtum admittit vel re commodata, vel deposita utendo, conditione quoque ex furtiva causa obstringitur. Quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, conditionem tamen tenetur, quum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur*”.

⁸⁰ Como es conocido, la imputación de la responsabilidad por pérdida *sine culpa* de la cosa al deudor incumplidor—por infracción a la *lex contractus*— como consecuencia de un agravamiento de su responsabilidad, reviste carácter general y se yergue como una verdadera *regula iuris*. Junto al uso no permitido, cumple el mismo efecto la *mora debitoris*.

⁸¹ D. 4,9,3,1 (*Ulpianus 14 ad ed.*): “*Ait praetor: nisi restituent, in eos iudicium dabo. ex hoc edicto in factum actio proficiatur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenierit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolum dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit,*

contraste con las acciones civiles de *locatio* y *depositum*, y expresando que su razón de ser —justificación de existencia— puede consistir en que en ella se responde *sine culpa*. El texto señala expresamente que se responde “*sine culpa eius res perit*”, es decir, aun cuando aquel que debía restituir la cosa no haya tenido culpa alguna en su destrucción. De este modo, la *actio de recepto* establecía un régimen de responsabilidad más gravoso y amplio que las acciones que con ella pueden concursar; la *locatio conductio*, donde se responde por culpa, y la *actio depositi*, donde se responde únicamente por dolo.

Adicionalmente, existen otros términos, como el de *praestare omne periculum* presente en D. 13,6,5,2 (*Ulpianus 28 ad ed.*) y D. 13,6,5,3 (*Ulpianus 28 ad ed.*) donde igualmente entendemos incluida una referencia a la responsabilidad *sine culpa*. En el pasaje se señala que se responde por dolo, por culpa, o se responde de todo *periculum*. Entonces, la soportación de todo riesgo, desconectada del concepto de culpabilidad, configura o hace nacer una responsabilidad *sine culpa* o *ultra culpam*.

Como se advierte, el empleo del giro *sine culpa* en sentido positivo o incluyente es excepcional, como lo es también la responsabilidad de que el uso lingüístico da cuenta. Con todo, la idea de una responsabilidad *sine culpa*, también puede ser formulada por medio de otras expresiones: *ultra culpam* y *praestare omne periculum*.

A modo de cierre de este análisis, quisiera advertir, aunque espero resulte evidente, que los fragmentos comentados constituyen ejemplos significativos del uso de la expresión *sine culpa*. El comentario de todos los textos identificados abultaría en exceso este escrito, además de ser innecesario, ya que de lo expuesto es posible comprender el alcance de los sentidos con que fue usada la expresión *sine culpa* en el contexto de imputación de responsabilidad⁸².

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO, Cristian, *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters, 2018).
 —El problema del concepto de la culpa en la *lex Aquilia*: Una mirada funcional, en *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 27/1 (2014), pp. 27-57.
 —La responsabilidad por custodia: ¿responsabilidad estricta o por culpa?, en MONDACA MIRANDA,

si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit’.

⁸² En sentido excluyente, pueden revisarse otros casos en D. 30,26,1 (*Pomponius 5 ad sab.*); D. 35,2,30,4 (*Maecenas 8 fideic.*): “*si sine culpa heredis deperierunt [...] nihil debentur*”; D. 30,47,2 (*Ulpianus 22 ad sab.*): “*Sed si alienus servus in fuga sit sine culpa heredis*”, donde se señala que el heredero no debe responder de la fuga del esclavo legado si ésta se produce sin culpa suya; D. 46,3,107 (*Pomponius 2 enchir.*): “*quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit*”, que establece que la obligación estipulada se disuelve por la pérdida sin culpa de la cosa. Además, en sentido de negativo o excluyente, hemos identificado otro uso, mediante el verbo *pertinere*, en la expresión “*nihil ad eum pertinere*”, de D. 18,6,12 (*Alfenus 2 Dig.*) en donde con tal expresión se señala el incendio de la casa vendida no será de responsabilidad del vendedor que actuó con la diligencia de un buen padre de familia. Lo que ocurra (*quid accidisset*) no es de su incumbencia (“*nihil ad eum pertinere*”).

- Alexis y AEDO BARRENA, Cristián, *Nuevos horizontes del derecho privado* (Librotecnia, Santiago, 2013), pp. 25-56.
- Obligatio: in iura consistunt*, en *Revista Chilena de Derecho*, 40/3 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013), pp. 953-988.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (1935 reimpr., Napoli, Jovene, 1958).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*² (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020).
- BIONDI, Biondo, *La terminologia romana como prima dommatica giuridica*, en *Scritti giuridici* (Milano, Giuffrè, 1963), I, pp.180-212.
- CANNATA, Carlo, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966), I.
- Sull problema della responsabilità nel diritto privato romano*, en *IVRA*, 43 (1992), pp. 1-82.
- CARDILLI, Riccardo, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a.C. – II sec. d.C.) (Milano, Giuffrè, 1995).
- Sistema y allgemeiner teil. Consideraciones críticas sobre el peligro de abstracción*, en ADAME GODDARD, Jorge y HEREDIA VÁZQUEZ, Horacio (eds.) *Estudios latinoamericanos de derecho romano* (Ciudad de México, Unam, 2017), pp. 213-231.
- CUENA BOY, Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, Universidad de Cantabria, 1998).
- D'ORS, *Litem suam facere*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 48 (1982), pp. 368-378.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad*, en *Estudios de Deusto*, 50/1 (2002), pp. 11-44.
- DE ROBERTIS, Francesco, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Alla scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale* (Bari, 1981–1982), I–II.
- DESCHEEEMAEKER, Eric, *The Division of Wrongs: A Historical Comparative Study* (Oxford, Oxford University Press, 2009).
- DEVOTO, Giacomo, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, en *Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia, Serie II* (Pisa, Scuola Normale Superiore, 1933), II, pp. 225-240.
- FRANZINI, Roberto, *Responsabilità*, en *Lessico di etica pubblica*, 3/1 (2012), pp. 1-20.
- GIMÉNEZ-CANDELA, María Teresa, *Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva*, en *Roma e America. Diritto romano commune*, 8 (1999), pp. 117-129.
- GUZMÁN, Alejandro, *Dialéctica, casuística, sistemática en la jurisprudencia romana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5 (1990), pp. 17-31.
- Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, 25 (2003), pp. 407-443.
- La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla "Periculum est emptoris"*, en *Revista Chilena de Derecho*, 24/1 (1997), pp. 179-199.
- JOSSERAND, Louis, *De la responsabilité du fiat des choses inanimées* (Paris, Arthur Rousseau, 1897).
- KASER, Max, *Das Römischen Privatrecht* (Munich, C. H. Beck, 1971), I.
- LUCREZI, Francesco, *La responsabilità aquiliana tra criterio oggettivo e soggettivo, nell'esperienza antica e moderna*, en *Index*, 30 (2002), pp. 198-203.
- MATTIOLI, Fabiana, *Ricerche sulla formazione della categoria dei quasi delitti* (Boloña, Bononia University Press, 2010).
- METRO, Antonio, *L'obbligazione de custodire ne diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966).

- ROBAYE, René, *L'obligation de garde. Essair sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987).
- Responsabilité objective ou subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode*, en *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis, Revue d'histoire du droit* 58 (Países Bajos, Kluwer Academic Publishers, 1990), pp. 345-359.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Estudio sobre el edictum de feris* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992).
- La recepción de la noción romana de responsabilidad objetiva en el Derecho Civil español*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1998), pp. 227-238.
- ROSSO, Gianfranco, *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016).
- SALAZAR, María, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el receptum nautarum, cauponum et stabulariorum: entre la utilitas contrabentium y el desarrollo comercial* (Dykinson, Madrid, 2007).
- SCHIPANI, Sandro, *Análisis de la culpa en Justiniano 4,3*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, y BUERES, Jesús (directores), *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997), pp. 127-136.
- Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità. Tratto da Illecito e pena privata in età repubblicana*, en *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano, Copanello 4-7 giugno 1990* (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992).
- Responsabilità ex lege aquilia. Criteri di imputazione e problema della colpa* (Turín, Giappichelli, 1969).
- Schede sull'origine del termine responsabilità. Contributo per una riflessione sui problema dell'elaborazione del concetto sistematico generale designato da tale termine*, en SCHIPANI, Sandro, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale* (Turín, Giappichelli, 2009), pp. 1-28.
- SERRANO-VICENTE, Martín, *Custodiam praestare: la prestación de custodia en el derecho romano* (Tébar, Madrid, 2006).
- TALAMANCA, Mario, *Elementi di Diritto Privato Romano*² (Milano, Giuffrè, 2013).
- VACCA, Letizia, *Metodo casístico e sistema prudenziale* (Turín, Cedam, 2016).
- VILLEY, Michel, *Esbozo histórico sobre el término responsable*, en *Ius et Veritas*, 46 (2013), pp. 52-66.
- VOCI, Pascuale, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 56 (1990), pp. 20-37.