
De la culpa de la *lex Aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano*

» LUIS CARLOS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ**

RESUMEN: Actualmente se discute la vigencia del principio de la culpa en la responsabilidad civil, especialmente por el surgimiento de la responsabilidad por actividades peligrosas. Este escrito realiza un análisis crítico del concepto de culpa, desde su surgimiento con la interpretación de la *lex Aquilia* del derecho romano, hasta la moderna comprensión del instituto por la jurisprudencia civil colombiana, pues una adecuada solución a los problemas actuales solo es posible mediante la comprensión de la tradición que antecede a nuestras instituciones; no sólo con la finalidad de reconstruir su historia, sino también de encontrar, dentro de dicha tradición, eventuales fracturas que podrían ser la causa de las actuales problemáticas.

PALABRAS CLAVE: *lex Aquilia*, *damnum iniuria datum*, *iniuria*, culpa, responsabilidad civil extracontractual, actividades peligrosas.

* Fecha de recepción: 21 de febrero de 2015. Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2016.
Para citar el artículo: L. C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "De la culpa de la *lex Aquilia* del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2016, 287-335. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.10>

** Candidato a doctor de la *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*, Roma, Italia. Magíster en Sistemas Jurídicos Contemporáneos de la *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*, Roma, Italia. Investigador del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: luis.sanchez@uexternado.edu.co

From the Idea of Fault in Lex Aquilia in Roman Law to the Principle of Fault-based Liability in Colombian Civil Law

ABSTRACT: Currently the validity of the principle of fault in civil liability is being discussed, especially with regards to the emergence of liability for hazardous activities. This paper will make a critical analysis of the concept of fault, since its inception under the interpretation of *lex Aquilia* from Roman law to a modern understanding of the matter by Colombian civil jurisprudence. This paper takes this approach because an adequate solution to the current problems is only possible by understanding the tradition that precedes our institutions; not only in order to reconstruct its history, but also to find, within this tradition, any rifts that could be the cause of the current problems.

KEYWORDS: *lex Aquilia*, *damnum iniuria datum*, *iniuria*, fault, civil liability, hazardous activities.

SUMARIO: I. El modelo romano de imputación de la responsabilidad *ex lege Aquilia*: la emersión de la culpa a través de la interpretación de la *iniuria* del plebisito aquiliano. A. La *iniuria* dentro del plebisito aquiliano: el comportamiento *non iure*. B. La emersión de la culpa en la jurisprudencia republicana: la reinterpretación de la *iniuria* y la apertura a la valoración subjetiva del comportamiento. C. La labor de la jurisprudencia clásica: la concreción de la noción de culpa y su inmutable relación con la *iniuria*. II. La formación del moderno principio de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual: del derecho común a la codificación colombiana. A. De los glosadores al iusnaturalismo: la supresión de la *iniuria* y el surgimiento del principio de la culpa. B. La codificación francesa, su influencia en el Código Civil chileno y su adopción en Colombia: la consagración normativa del principio de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual. III. El principio de la culpa en la responsabilidad extracontractual y su actual ‘crisis’ en el derecho civil colombiano. A. La cláusula general de responsabilidad civil extracontractual del Código Civil colombiano y la culpa como criterio de imputación por antonomasia. B. La crisis del principio de la culpa: la deformación de su noción y el ‘traumático’ surgimiento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas en la jurisprudencia civil colombiana. Bibliografía.

I. El modelo romano de imputación de la responsabilidad *ex lege Aquilia*: la emersión de la culpa a través de la interpretación de la *iniuria* del plebiscito aquiliano

A. La *iniuria* dentro del plebiscito aquiliano: el comportamiento *non iure*

La *lex Aquilia* del derecho romano, plebiscito aprobado en el siglo III a.C., previó en sus capítulos primero y tercero el denominado *damnum iniuria datum*¹. Este instituto constituía, según la clasificación gayana, un *maleficium* o delito privado (*Gai.* 3,182), el cual daba lugar a una *actio ex delicto* cuya finalidad era imponer en contra del autor una pena pecuniaria a favor de la víctima del mismo.

El *damnum iniuria datum* era una conducta que se concretaba en matar (*occidere*), hacer pedazos (*frangere*), quemar (*urrere*) o romper (*rumpere*) una cosa ajena (esclavo, animal u otra cosa mueble), causando así un daño patrimonial a su propietario. Esta conducta debía concretarse en un contacto inmediato entre el sujeto agente y la cosa dañada, es decir el daño debía causarse *corpore suo datum*. Asimismo, la conducta debía realizarse con *iniuria*, la cual resultaba el criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho.

Este delito, cuya represión tenía por función tutelar la propiedad, daba lugar al ejercicio de la *actio ex lege Aquilia*, mediante la cual el agente era condenado, originalmente, a pagar al propietario íntegro el valor de la cosa; sin embargo, dado su carácter penal, dicho valor no era el del momento actual, sino el mayor que hubiere tenido en el último año en el caso de esclavos o animales, o en los últimos 30 días en el caso de otras cosas².

1 El contenido de los capítulos primero y tercero de la *lex Aquilia* fue descrito, de manera más o menos fiel, en los siguientes fragmentos de GAYO y ULPIANO: *Gai. ad ed. prov.* D. 9,2,2 pr.: “Dispónese en el capítulo primero de la ley Aquilia: ‘que el que hubiere matado con *iniuria* al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año’”. *Ulp. xviii ad ed.* D. 9,2,27,5: “Mas en el tercer capítulo dice la misma ley Aquilia: ‘Respecto a las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa con *iniuria*, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos’”. Todas las fuentes del Digesto corresponden a la versión en español de GARCÍA DEL CORRAL, I. (trad.), *Cuerpo del derecho civil romano*, MOLINAS, J. (ed.), Barcelona, 1889; las fuentes de las Instituciones de Gayo corresponden a la versión en español de IGLESIAS, J., ROSET, J., ABELLÁN, M. y ARIAS, J.: GAYO, *Instituciones*, Madrid, Civitas, 1985.

2 Sobre el contenido de la *lex Aquilia* y la estructura del *damnum iniuria datum*, cfr., entre otros, CANNATA, C. A., “Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica: I Congresso Internazionale ARISTEC*, Madrid, 1993, Turín, Giappichelli, 1995. CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padua, Cedam, 2005. DE ROBERTIS, F., *Damnum iniuria datum: Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de danno*, Bari, Cacucci, 2000. VALDITARA, G., *Damnum iniuria datum*, Turín, Giappichelli, 2005.

El presente estudio se ocupa de analizar exclusivamente el elemento de la *iniuria* y de cómo en el seno de su interpretación por parte de los juristas romanos surgió el concepto de culpa. Por lo cual es preciso comenzar por comprender el significado originario de la *iniuria* dentro del plebiscito aquiliano y dentro de la estructura del ilícito que pretendió regular.

El primer dato que las fuentes permiten confirmar acerca de la *iniuria* es la función que cumplía dentro de la estructura del ilícito aquiliano. La ley condicionaba la aplicación de la sanción pecuniaria a que la destrucción o deterioro del bien proviniera de un *occidere iniuria* en el caso del primer capítulo o de un *urrere, frangere rumpere iniuria* en el caso del tercer capítulo, por lo que el uso de la palabra *iniuria* como ablativo de modo en el texto legislativo no se refería al daño en sí mismo, sino al modo en el cual el mismo fue provocado³.

Lo anterior no sólo resulta del análisis sintáctico del texto plebiscitario, sino además de un argumento dogmático: la destrucción o deterioro de una cosa ajena era *per se* una situación contraria al *ius*, pues constituía la lesión al derecho de propiedad de otro, por lo que la *iniuria* sólo podría tener por función cualificar los *verba legis*⁴.

Teniendo claridad acerca de la función de la *iniuria* dentro de la estructura del ilícito, se pasa a analizar el significado que ella tenía dentro de la regulación de la *lex Aquilia*. ULPIANO, abriendo el libro XVIII de sus Comentarios al edicto, luego de reportar el contenido del primer capítulo, afronta la discusión acerca del significado de *iniuria*, del cual se tiene noticia tanto en el Digesto (D. 9,2,3-5) como en la *Collatio* (Coll. VII,3,1-4); por lo tanto, de cada versión se han tomado aquellos pasajes que, según la doctrina, son más próximos al pensamiento del jurista tardoclásico⁵. Se debe comenzar por Ulp. XVIII *ad ed. Coll.* VII,3,1^[6].

3 CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1995, 110.

4 SCHIPANI, S., *Responsabilità “ex lege Aquilia”, criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Turín, Giappichelli, 1969, 89 s.

5 Al respecto cfr. SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”*, cit., 263 s. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 36.

6 Ulp. XVIII *ad ed. Coll.* VII,3,1: “Con razón se añade en la ley Aquilia que sea muerto con *iniuria*, pues no es suficiente que haya sido muerto, sino es preciso que eso haya sido hecho con *iniuria*. Así pues, si alguien matara a un esclavo ladrón, no queda obligado por la ley Aquilia, porque no mató con *iniuria*. (2.) Pero también el que haya matado a cualquier otro que lo atacara con un fierro, no parecerá que lo mató con *iniuria*. Así pues si alguien mata a un ladrón nocturno, al cual la ley de las XII Tablas permite matar en cualquier caso, o a un diurno, al cual la ley igualmente permite, pero sólo si se defendiera con arma, veamos si acaso queda obligado por la ley Aquilia. Y Pomponio duda si esta ley no está en uso. (3.) Y si alguien de noche matara a un ladrón, no dudamos que no quede obligado por la ley Aquilia; pero si pudiendo aprehenderlo, prefirió matarlo, hay más motivo para que parezca que lo hizo con *iniuria*: por tanto también quedará obligado por la ley Cornelia”.

ULPIANO comienza su exposición con una suerte de introducción al problema, recordando que para la procedencia del remedio aquiliano no basta que la conducta se subsuma en el verbo legislativo, sino que además la misma ha de ser realizada con *iniuria*, y es esto lo que se lee en la primera parte de *Coll.* VII,3,1. Luego afronta la verdadera discusión, en donde, para explicar el significado de la *iniuria*, formula como ejemplos la muerte de un esclavo ladrón o de cualquier otro agresor armado, en cuyo caso se considera justificada la conducta y por tanto no procede la aplicación de la *lex Aquilia*.

En seguida, el análisis de ULPIANO se concentra en el primer supuesto, es decir, en el caso de la muerte de un esclavo ladrón sorprendido en flagrancia (*Coll.* VII,3,2). Afirma el jurista que este caso se considera como una muerte lícita, acudiendo a la ley de las XII Tablas para justificar tal licitud, tanto en el caso de un *fur nocturnus* como de un *fur diurnus*, en el segundo caso a condición de que el ladrón estuviere armado. Respecto de estas dos hipótesis ULPIANO reporta la duda de POMPONIO acerca de la aplicabilidad de las XII Tablas, a la cual da respuesta en el sucesivo fragmento (*Coll.* VII,3,3).

En *Coll.* VII,3,3 ULPIANO comienza por resolver la duda de POMPONIO, afirmando que la causa de justificación en caso de *fur nocturnus* contemplada en las XII Tablas excluye la aplicación de la *lex Aquilia*. Luego, el jurista introduce un razonamiento no estrechamente ligado a la legítima defensa en caso de hurto diurno, sino en un sentido más general de la auto tutela privada, afirmado que de ser posible capturar al ladrón en vez de matarlo, la muerte deja de considerarse justificada. Este criterio, del todo innovador, implica que la simple presencia de una causa de justificación, como la legítima defensa, no garantiza la impunidad, pues si la muerte del ladrón no descende de la necesidad de defenderse, se considera que ha sido ocasionada con *iniuria*, y por tanto procede la aplicación de la *lex Aquilia* y además, en el plano criminal, de la *lex Cornelia*.

Sin lugar a dudas, esta precisión de ULPIANO representa un desarrollo ulterior en la comprensión del valor de la *iniuria* y no es parte de su significado originario, pero sí permite afirmar, por el contexto en el cual la ubica el jurista, que la interpretación de la *iniuria* gira en torno a la presencia o no de causas que permitan justificar la conducta, como la legítima defensa en caso de hurto flagrante, a pesar de que se hubiere causado un daño a un bien ajeno⁷.

La exposición de ULPIANO prosigue en *Ulp.* XVIII *ad ed.* D. 9,2,5,1^[8]. En este fragmento de los Comentarios al edicto de Ulpiano y tomado del Digesto, el jurista ofrece una especie de definición de *iniuria*, que está seguramente influen-

7 SCHIPANI, S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Turín, Giappichelli, 2009, 47 s.

8 *Ulp.* XVIII *ad ed.* D. 9,2,5,1: “Pero conviene que la *iniuria* la entendamos aquí, no como respecto a la acción *iniuriarum*, cualquiera contumelia, sino lo que se hizo no según el derecho, esto es, contra el derecho, a saber, si culpablemente hubiere alguno matado, y por esto concurren a veces ambas acciones, la de la ley Aquilia y la *iniuriarum*; pero habrá dos estimaciones, una la

ciada por la evolución interpretativa sufrida por este instituto en lo que se refiere a su estrecha relación con la culpa; sin embargo, en este fragmento tardoclásico la doctrina ha encontrado indicios de lo que originariamente significaba el ablativo *iniuria* en el texto aquiliano.

El jurista afirma que '*iniuria*' en materia aquiliana no debe entenderse, como en la *actio iniuriarum*, en el sentido de cualquier ofensa, sino como aquello que se hizo *non iure*, es decir *contra ius*, lo que significa que alguien ha matado con culpa. Luego hace referencia a la posibilidad de concurrencia de las acciones de la *lex Aquilia* y la *iniuriarum*, para concluir afirmando que la *iniuria* se entiende como el daño causado con culpa aun por aquel que no quiso matar.

La doctrina romanista mayoritaria, desde el siglo XIX hasta la más contemporánea, ha entendido que originariamente la *iniuria* en el plebiscito aquiliano tenía el valor de una particular injusticia de la conducta, entendida como la ausencia de una causa de justificación frente al *ius*, con prescindencia de cualquier valoración subjetiva del comportamiento⁹. En este sentido, en la interpretación de la noticia ulpiana ha tenido un lugar protagónico la parte del fragmento que afirma que *iniuria* era "*quod non iure factum est, hoc est contra ius*"¹⁰.

Los argumentos que justifican la comprensión de la *iniuria* como un acto no justificado son, en primer lugar, aquel ligado al contexto en el cual se encuentra el fragmento dentro del discurso ulpiano, pues el mismo hace parte de una secuencia de textos que, a través de la casuística, permite deducir que el problema de la *iniuria* giró en torno a la existencia o no de una causal de justificación¹¹. Lo anterior por cuanto los fragmentos anteriores se refieren a la legítima defensa en caso de muerte de un ladrón¹², y en los posteriores se afronta el caso de la

del daño, y otra la de la contumelia. Así, pues, entendemos aquí por *iniuria* el daño causado con culpa, aun por aquel que no quiso causarlo".

9 SCHIPANI, S., "*Lex Aquilia, culpa responsabilità*", en *Illecito e pena privata in età repubblicana: Atti del convegno internazionale di diritto romano*, Copanello, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1990, 83. En el mismo sentido, cfr. entre otros: CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 35 s.; VALDITARA, *Dammun iniuria datum*, cit., 3 s. más recientemente ID., "Dalla *iniuria* alla culpa su una dibattuta questione", en *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, Lateran University Press, 2009, 131 s.; ZILLOTTO, P., *L'imputazione del danno aquiliano*, Padua, Cedam, 2000, 39 s. Contra esta interpretación cfr. CURSI, M., *Iniuria cum damno, anti-giuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milán, Giuffrè, 2002, 85 s., quien, con base en la relectura de estos fragmentos de ULPIANO y una estrecha relación entre el delito de *iniuria* (contumelia) y el *dammun iniuria datum*, ha sugerido que la *iniuria* en materia aquiliana era índice de dolo, pero un dolo que debía entenderse como la voluntad de provocar un daño con el conocimiento de causar de este modo una ofensa indirecta al *dominus* del bien lesionado.

10 Trad.: lo que se hizo no según el derecho, esto es, contra el derecho.

11 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit. 270 s.

12 Ulp. XVIII *ad ed.* Coll. VII,3,1-3.

responsabilidad *ex lege Aquilia* del incapaz¹³ y el de un docente que en ejercicio de su poder contractual de disciplinar al alumno le causa un daño¹⁴.

En segundo lugar, el contenido mismo del fragmento permite arribar a tal conclusión, por cuanto la primera parte es reportada de manera homogénea en la versión de la *Collatio*¹⁵ y en otro fragmento de ULPIANO donde, con ocasión de la *actio iniuriarum*, se refiere a la *iniuria* (*Ulp. LVI ad ed. D. 47,10,1 pr.*)¹⁶. Pero, a diferencia de este último fragmento, en el pasaje de *Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,5,1* ahora analizado, la definición de *iniuria* como aquello que se realiza en modo injustificado, está estricta y directamente ligada al texto aquiliano, pues está iluminada por la previa referencia a la legítima defensa; asimismo, es contrapuesta al diverso significado que asume la palabra en el delito de *iniuria*; y es complementada con la referencia a los actos *contra ius*, con la cual se pretende expresar la antijuridicidad del comportamiento que implica dicha definición¹⁷.

Así, cuando el jurista afirma “*id es si culpa quis occiderit*”, enlazando a la culpa la definición de ‘*iniuria*’ como *non iure*, pretende dar noticia del hecho de que la culpa aparece con posterioridad para cualificar una conducta como reprochable, y por lo tanto conecta la ilicitud expresada en la *iniuria* a la reprochabilidad subjetiva expresada en la culpa. Lo anterior da origen a los problemas de los cuales el jurista se ocupa en los fragmentos sucesivos¹⁸.

En tercer lugar, dado el formalismo interpretativo que dominaba en la época de la aprobación del texto legislativo, la elección del legislador de evitar toda referencia al dolo y en cambio usar en los capítulos primero y tercero la expresión ‘*iniuria*’ es claramente voluntaria, si se tiene en cuenta que en el segundo capítulo de la misma ley se prefiere usar la expresión ‘*fraudem*’, que es una particular forma de dolo, como cualificador de la conducta¹⁹.

13 Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,5,2.

14 Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,5,3-7 pr.

15 Ulp. XVIII ad ed. Coll. VII, 3,4.

16 Ulp. LVI ad ed. D. 47,10,1 pr.: “Se dijo *iniuria* por esto, porque no se hace con derecho; porque todo lo que no se hace con derecho, se dice que se hace con *iniuria*. Esto es en general; pero en especial, la *iniuria* se llama contumelia. A veces con la denominación de *iniuriae* se significa el daño causado con culpa, como lo solemos decir en la ley Aquilia. Otras veces llamaremos *iniuriae* a la injusticia; porque cuando alguno pronunció sentencia inicua o injustamente, se llama *iniuriam*, porque carece de derecho y de justicia, como si fuera *non iuram* [no conforme a derecho]; pero contumelia, de *contumere*”.

17 Al respecto afirma CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 37, que la definición de ‘*non iure*’ como ‘*contra ius*’ es contradictoria, por cuanto la segunda expresa la oposición con los principios del ordenamiento, mientras ‘*non iure*’ simplemente significa la ausencia de una justificación conforme a los mismos principios; por tanto, la definición de *iniuria* que ULPIANO ofrece es aquella de un comportamiento *non iure* y la referencia al *contra ius* debe entenderse como una glosa común, tanto en el fragmento reportado en el Digesto como en la *Collatio*.

18 SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”*, cit., 305 s.

19 CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 35.

Adicionalmente, ya en una antigua ley de Numa sobre el homicidio de un hombre libre se distinguía entre el homicidio causado *dolo sciens* y el causado *imprudens*, lo cual permite concluir que en la época de la promulgación del plebiscito aquiliano estos conceptos, al menos con relación a la muerte de un hombre, eran conocidos por la ciencia jurídica y, dado el formalismo interpretativo reinante en dicha época, si este hubiera sido el querer del legislador lo habría manifestado expresamente en el primer capítulo²⁰.

En cuarto lugar, teniendo presente que la acción aquiliana era de naturaleza penal, la irrelevancia del aspecto subjetivo del comportamiento resulta también del hecho de que el texto del plebiscito no distinguía, respecto al monto de la *condemnatio*, entre comportamiento doloso y culposo, a diferencia de lo que ocurría en otras hipótesis punitivas, tales como el homicidio de un hombre libre, el *furtum* y la previsión decenviral del incendio de una casa²¹.

En quinto lugar, en la valoración de la *iniuria* por parte de los juristas, cuando caso por caso afrontaron la aplicación del remedio aquiliano, es indiscutible que la reflexión giró en torno a la existencia o no de una causa que justificara el comportamiento conforme al derecho; y, como a continuación se verá, fue en este específico contexto que la jurisprudencia tardorrepublicana dio origen al concepto de culpa, el cual surgió como un límite a la estricta aplicación de dichas causas²².

En sexto lugar, si originariamente hubiera existido una concepción subjetiva del criterio de responsabilidad no habría sido necesario acudir a la estricta aplicación del principio del *damnum corpore suo datum*, puesto que la necesidad de que el daño fuere causado mediante un contacto directo y material, junto con el carácter injustificado de la conducta, resultaba el modo objetivo de imputación del daño aquiliano y era del todo coherente con el contexto en el cual se produjo la ley, tanto respecto al régimen decenviral precedente como al régimen negocial de la época, caracterizado por una estricta formalidad²³.

No es casual que, cuando la interpretación de la *iniuria* comenzó a adoptar un perfil subjetivo mediante la introducción del concepto de culpa, la aplicación del principio del *damnum corpore suo datum* dejó de ser tan estricta, de lo cual dan noticia algunos casos en los cuales, a pesar de no existir un contacto material del agente con la cosa, procedió el remedio aquiliano, por cuanto la conducta era negligente y por tanto reprochable²⁴; lo cual confirma la íntima relación entre el

20 VALDITARA, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., 133.

21 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 85.

22 VALDITARA, *Dalla 'iniuria' alla 'culpa'*, cit., 135. En el mismo sentido cfr. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 133 s. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., 120 s., CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 36 s. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 279.

23 VALDITARA, *Dalla 'iniuria' alla 'culpa'*, cit., 137.

24 ZILIOOTTO, P., *L'imputazione del danno aquiliano*, cit., 46 s. y 148 s.

carácter objetivo de la *iniuria* y la exigencia de una rígida aplicación del *damnum corpore suo datum*.

Por último, SCHIPANI²⁵ ha notado la existencia de dos fuentes que dan testimonio de la concepción de *iniuria* en el sentido de *non iure factum*, fuera de la aplicación de la *lex Aquilia*. La primera es la fórmula de la *rei vindicatio* en el ámbito de la *legis actio per sacramento in rem* reportada por GAYO (*Gai.* 4.16), en la cual se encuentra una explícita referencia a la *iniuria*.

En el desarrollo de esta actuación procesal, el *prior vindicans* reivindicaba la cosa frente a su contraparte y a su vez él la reivindicaba; luego el *prior* le preguntaba a qué título reivindicaba el objeto, a lo cual el adversario respondía '*ius feci sicut vindictam imposui*'²⁶ y a ello el *prior vindicans* respondía '*quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provococ*'²⁷.

Resulta patente que la referencia al *iniuria vindicare* dentro de la fórmula verbal del *prior vindicans*, como respuesta al *ius facere* afirmado por la contraparte, hacía alusión a que el comportamiento procesal de la contraparte (la reivindicación) era infundado, es decir, carente del derecho que afirmaba tener. Por lo que la *iniuria* en este caso designaba un comportamiento que implicaba el ejercicio de un poder frente a otro (el de acción), al cual se acusaba de ser infundado y por tanto no justificado por el derecho, y en un sentido semejante habría sido acogida la *iniuria* dentro del texto aquiliano²⁸.

La segunda fuente es un interesante caso reportado en un fragmento de la *pro Tullio* de CICERÓN²⁹, en el cual M. TULIO promovió una *actio vi bonorum raptorum* contra Fabio³⁰: en el marco de la interpretación del edicto del pretor LUCULLO que cada uno de los defensores proponía, fueron contrapuestos los conceptos de *iniuria* y dolo. En este sentido, la fórmula del edicto en cuestión preveía expresamente el dolo malo, pero el defensor de Fabio pretendía que la fórmula se interpretara en el sentido de que la *iniuria* era un presupuesto del dolo; en cambio, CICERÓN, defensor de M. TULIO, se oponía, afirmando que el término '*iniuria*' había sido excluido del edicto, no de manera casual, sino con la intención de hacer una referencia explícita al *dolus malus*.

La argumentación de CICERÓN se justificaba en que admitir la pretendida referencia a la *iniuria* implicaba que Fabio pudiera liberarse alegando una causa de justificación, cuando, por el contrario, la intención del edicto era impedir que

25 SCHIPANI, S., *Responsabilità 'ex lege Aquilia'*, cit., 51 s.

26 Trad.: El derecho me asiste y por ello impuse 'al esclavo' mi vara.

27 Trad.: Puesto que has reclamado con *iniuria*, te desafío a una apuesta solemne de 500 ases.

28 SCHIPANI, S., *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 57.

29 Cfr. *Cic. pro Tull.* 5.10 s.

30 Los hechos sintetizados por VALDITARA, *Dalla 'iniuria' alla 'culpa'*, cit., 138, consistían en que M. TULIO había promovido la *actio vi bonorum raptorum* contra Fabio, por cuanto los esclavos del segundo en gran número y armados habían asaltado con violencia a los esclavos del primero, matándolos con gran crueldad y destruyendo el edificio de M. TULIO donde se encontraban.

aquellos que habían tomado las armas y habían cometido actos dolosamente violentos pudieran sustraerse a la sanción del edicto, por lo que respecto del dolo no existía ningún juicio de licitud, pues la deliberada intención y la crueldad eran de por sí conductas injustificadas. Luego, de los argumentos de una y otra parte puede concluirse, por un lado, que la *iniuria* y el dolo no eran dos conceptos con un mismo significado, y por otro lado, que la *iniuria* era entendida como la ausencia de una causa de justificación; ausencia de justificación que Fabio pretendía que se considerara como un presupuesto del dolo, mientras CÍCERÓN alegaba su exclusión por cuanto la voluntad del pretor habría sido castigar el dolo³¹.

Todo lo anterior permite concluir que la *iniuria*, como elemento cualificador de las conductas previstas en el plebiscito aquiliano, implicaba, al menos en su origen, una particular injusticia del comportamiento consistente en la ausencia de una causa que lo justificara frente al *ius*. Por lo que conviene a continuación ocuparse de dichas causas de justificación, especialmente de cómo, en el seno de su aplicación, surgió tempranamente en la jurisprudencia el concepto de culpa.

B. La emersión de la culpa en la jurisprudencia republicana: la reinterpretación de la *iniuria* y la apertura a la valoración subjetiva del comportamiento

Desde época tardorrepública los *prudentes*, en el ámbito de la interpretación y aplicación de la *lex Aquilia*, se encargaron de precisar el concepto de *iniuria* con una notable amplitud, pasando de una consideración puramente objetiva propia del texto legislativo originario, a la valoración subjetiva del comportamiento mediante la emersión del concepto de culpa. En este sentido se encuentra una opinión de QUINTO MUCIO ESCÉVOLA, jurista del siglo I a.C., referido por PAULO en sus *Libri ad Sabinum (Pau. X ad Sab. D. 9,2,31)*³².

El relato principal del fragmento trata de un podador que deja caer la rama de un árbol sobre un esclavo transeúnte, como consecuencia de lo cual este muere. En esta hipótesis se inserta la referencia al *machinarius* (operario que realizaba trabajos en un andamio) que deja caer un objeto causando el mismo efecto lesivo, con lo cual se pretende homologar la solución.

31 SCHIPANI, S., *Responsabilità 'ex lege Aquilia'*, cit., 73 s.

32 *Pau. X ad Sab. D. 9,2,31*: “Si un podador al desprender una rama del árbol, o el que trabajaba sobre un andamio, mató a un hombre que pasaba, es responsable si aquella cayese en sitio público, y él no dio voces para que pudiera evitarse el peligro. Pero también dijo Mucio, que si esto mismo hubiese sucedido en lugar privado, puede reclamarse por la culpa; y que hay culpa, porque habiéndose podido *provideri* por persona diligente no se *provisio*, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro. Por cuya razón no hay mucha diferencia entre que se pasara por lugar público, o por privado, puesto que muchas veces se pasa por la generalidad por lugares privados. Mas si no hubiere camino alguno, debe responder tan solo del dolo, para que no eche nada sobre aquel que viere que pasaba; porque no se le ha de exigir culpa, cuando no hubiere podido adivinar, si por aquel habría de transitar alguno”.

En este caso, los juristas afrontaron el problema de si procede el remedio aquiliano cuando alguien que ejerce una actividad lícita, sea podando un árbol o realizando alguna obra con un andamio, deja caer un objeto causando la muerte a un esclavo ajeno. Las respuestas reportadas por PAULO se articulan así: la primera opinión, presumiblemente de SABINO, pues se trata de la obra *ad Sabinum* de PAULO, afirma que debe distinguirse si el hecho ocurre en un lugar público o privado, siendo procedente sólo en caso de que ocurra en un lugar público y bajo la condición de que el podador no haya advertido a voces la inminente caída de la rama³³.

Luego, al parecer sabiniano le sigue el de QUINTO MUCIO quien, razonando en torno a la hipótesis de poda *in privato*, que implica un mayor énfasis en el carácter justificado de la conducta por cuanto constituye el ejercicio del derecho de propiedad, limita dicha justificabilidad acudiendo al criterio de la culpa, la cual concreta afirmando que se actúa con culpa cuando, habiéndose podido *provideri* por una persona diligente, no se *provisum*, o se avisó cuando ya no podía evitarse el peligro.

El verbo *providere*, de importancia central en la definición muciana, tenía dos diversos significados en la lengua latina: el de prever y el de proveer, pero el adoptar uno u otro significado da un sentido totalmente diferente a la noticia del jurista³⁴. Dentro de la lógica interna del fragmento resulta más probable que el verbo haya sido usado en el sentido de proveer, es decir, tomar aquellas medidas preventivas con el fin de evitar la producción de un daño³⁵.

33 A pesar de que SABINO recurrió al carácter público o privado del lugar para determinar la responsabilidad de aquel que, mientras realiza una actividad lícita, causa un daño, como justamente anota CARDILLI, R., "Gestione empirica dell'imputazione e 'culpa adnumeratio' nella riflessione dei giuristi romani", *Index* 74, Nápoles, Jovene, 2014, 19, era el deber de advertir la caída de una rama (*proclamare*) el elemento que le daba sentido jurídico y coherencia a la solución del jurista.

34 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 146, nota cómo el uso de *providere* por parte de los juristas clásicos, si bien en algunos casos fue en el sentido de prever un evento futuro cierto o incierto, en la mayoría de los casos tuvo el significado de proveer, es decir de adoptar proveimientos. Igualmente en las constituciones se puede evidenciar el uso del verbo por parte de la Cancillería Imperial en un sentido de proveer; en este caso es tan regular que se puede tener casi como un uso técnico de la palabra, especialmente dirigido a instar al magistrado a tomar determinados proveimientos; y el mismo uso del verbo se puede encontrar en las Instituciones de Justiniano.

35 Lo anterior por dos razones: en primer lugar, comprender el verbo en el sentido de proveer da mayor coherencia a la noticia del jurista, pues el *providere* implicaba tomar diversas medidas preventivas, entre ellas señalar al transeúnte que se estaba trabajando sobre un árbol o andamio y que algo podría caer, y en esta perspectiva se individúa una complementariedad entre el no tomar dichas precauciones y el tomarlas tardíamente, es decir, el no avisar a viva voz (*denuntiare*) y en tiempo la caída de un objeto. En segundo lugar, guarda toda lógica con el uso del verbo *divinare* (adivinar) por PAULO en la tercera opinión, pues si la culpa consistía en no tomar las medidas preventivas que una persona diligente habría tomado en un determinado trabajo, la referencia al *divinare* significaba que no se podía exigir a una persona que tomara dichas precauciones cuando hacerlo era inútil, pues al no haber camino no era habitual que alguien transitara

Por tanto, según el jurista, se encuentra justificada la conducta de aquel que, podando un árbol o trabajando en un andamio, deja caer un objeto causando la muerte de un esclavo, siempre que, aunque se trate de un lugar privado, hubiere tomado las medidas que una persona diligente habría tomado para prevenir la ocurrencia del daño, entre ellas, avisar en tiempo la inminente caída de un objeto³⁶. Teniendo esta idea presente, PAULO concluye que, tratándose de lugares donde no transitan personas por ausencia de camino, sólo se responde por dolo, puesto que no es posible adivinar que alguien pasará por allí, de manera que no se está obligado a proveer algún tipo de medidas para evitar un daño³⁷.

Este fragmento, especialmente en lo que se refiere a la opinión de QUINTO MUCIO, constituye un progreso enorme en la valoración de la conducta para efectos de imputar un daño aquiliano, por cuanto no sólo abre la puerta a la valoración subjetiva del actuar, sino que dicha valoración, acudiendo a la noción de culpa, es ligada a un modelo de comportamiento ideal como valor de referencia para comparar el comportamiento concreto del agente, modelo consistente en el del *homo diligens*³⁸.

La referencia a la culpa en el ámbito de la interpretación de la *iniuria* por parte de la jurisprudencia persiste en época tardorrepública, según la noticia aportada por algunos fragmentos de ALFENO VARO, jurista del siglo I a.C., que se conocen gracias al epitome anónimo de sus *Digesta*. El primero de ellos es *Alf. II dig. D. 9,2,52,1*³⁹, referido a la legítima defensa.

ALFENO comienza por relatar los hechos, que consisten en que un hombre, presumiblemente esclavo, ha sustraído una linterna puesta en una calle por un ventero; percatándose el ventero, lo persigue y lo aprehende, y habiendo el esclavo golpeado con un látigo al ventero, se forma una riña en la cual el esclavo

el lugar. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 149. ID. SCHIPANI, S., *Contributi romanistici*, cit., 78. En el mismo sentido cfr. VOCI, P., "Diligentia", 'custodia', 'culpa' i dati fondamentali", en *Studia et documenta historiae et iuris* 56, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, 1990, 43, y ASTOLFI, R., *Sabino e la 'culpa ex lege Aquilia'*, cit. 317.

36 Se adhieren a esta interpretación, entre otros: CANNATA, C. A., "Genesi e vicende della colpa aquiliana", *Labeo* 17, Nápoles, 1971, 68 y VALDITARA, *Dalla iniuria alla culpa*, cit., 136.

37 SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'*, cit., 371 s.

38 CARDILLI, *Gestione empirica dell'imputazione*, cit., 20. En el mismo sentido cfr. ID. *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1995, 190 s.

39 *Alf. II dig. D. 9,2,52,1*: "Un ventero había puesto de noche en una senda un farol sobre una piedra, cierto pasajero lo quitó, el ventero, habiéndole alcanzado, le pedía el farol, y retenía asido al fugitivo; éste para que le soltase, había comenzado a golpear al ventero con un látigo que tenía en la mano, en el cual había un agujón oculto; habiéndose hecho por esto mayor la riña, el ventero le había vaciado un ojo al que le había quitado el farol; consultaba ¿se consideraría acaso que no causó daño con *iniuria*, porque había sido golpeado primero con el látigo? Respondí, que si de intento no le hubiese sacado el ojo, no parece que causó daño con *iniuria*, porque la culpa estaba en aquel que primero pegó con el látigo; pero que si primero no hubiese sido golpeado por éste, sino que cuando quería quitarle el farol hubiese reñido con él, el daño parecía hecho por culpa del ventero".

resulta lesionado. Se pregunta al jurista si el ventero ha causado un daño con *iniuria* y por tanto si puede el *dominus* del esclavo accionar contra él.

El jurista, razonando en torno a la existencia o no de *iniuria*, responde formulando dos hipótesis diversas: si el esclavo ha golpeado primero al ventero y por ello la lesión no ha sido causada a propósito (*data opera*) sino en defensa propia, la conducta no ha sido cometida con *iniuria* por cuanto está plenamente justificada en la necesidad de defenderse. En cambio, imaginando el jurista una hipótesis diversa, si la riña ha sido causada por el ventero, el daño ha sido causado por su culpa y por tanto está sujeto a la *lex Aquilia*.

Una atenta lectura de este fragmento implica no ver en él una regla general, según la cual la culpa sería de aquel que golpea primero, sino que el razonamiento del jurista está estrechamente ligado al caso concreto. En este sentido, el esclavo se encuentra de por sí incurso en una conducta ilícita (la sustracción de la linterna), pero ello no justifica que el ventero le ocasione una grave lesión, por lo que la culpa asume el valor de una conducta reprochable en cuanto excesiva. En cambio, si el esclavo ha comenzado a golpear al ventero, la enérgica y violenta reacción de este resulta justificada por ser una legítima defensa a la ofensa sufrida, y por tanto se enerva la aplicación del remedio aquiliano por ausencia de *iniuria* en la conducta⁴⁰.

Otro fragmento de ALFENO, en *Alf. II dig. D. 9,2,52,2*^[41] permite evidenciar cómo un problema de causalidad es resuelto con base en la valoración de la

40 SCHIPANI, *Responsabilità* “ex lege Aquilia”, cit., 173 s. en el mismo sentido cfr. DEL PORTILLO, L., “El farol del posadero”, *Labeo* 29, Nápoles, Jovene, 1983, 159 s.

41 *Alf. II dig. D. 9,2,52,2*: “En la cuesta Capitolina llevaban unas mulas dos carros cargados; los carreteros del primer carro sostenían por las ruedas el carro, que había cejado, para que con facilidad lo llevasen las mulas; mientras tanto el carro que estaba más arriba comenzó a ir hacia atrás, y cuando los carreteros que se hallaban entre los dos carros salieron del medio, el segundo carro, impelido por el primero, retrocedió, y magulló a un muchacho de cierto individuo; el dueño del muchacho consultaba, ¿contra quién debería él intentar la acción? Respondí, que en el mismo caso había sido planteado el derecho, porque si los carreteros que habían sostenido el carro de arriba se hubiesen apartado voluntariamente, y por esto hubiese sucedido que las mulas no pudieran contener el carro, y fueran arrastradas hacia atrás por la misma carga, no había ninguna acción contra el dueño de las mulas; que podía reclamarse por la ley Aquilia contra los hombres que sostuvieron el carro que cejó; porque no obstante causaba el daño el que voluntariamente soltara lo que sostenía, de suerte que esto hiriese a alguien, como si alguno no hubiese contenido a un asno cuando lo hubiese hostigado, e igualmente, si alguno hubiese arrojado de su mano un dardo u otra cualquier cosa, causaría daño con *iniuria*. Pero si las mulas, porque se hubiesen espantado por alguna cosa, y los carreteros movidos de temor, para que no fuesen aplastados, hubiesen dejado el carro, no hay acción alguna contra los hombres, y la hay contra el dueño de las mulas. Mas si ni las mulas, ni los hombres estuviesen en falta, sino que las mulas no hubiesen podido retener la carga, o cuando se esforzaban hubiesen resbalado y caído, y por esto hubiese vuelto atrás el carro, y porque hubiese retrocedido, no hubiesen podido aquellos sostener la carga, no hay acción ni contra el dueño de las mulas, ni contra los hombres. Pero de cualquier modo que la cosa sucediera, es verdaderamente lo cierto, que no puede reclamarse contra el dueño de las mulas posteriores, porque no volvieron atrás voluntariamente, sino forzadas por el choque”.

iniuria, la cual implica una apreciación subjetiva de la conducta de los diferentes sujetos intervinientes en la causación del daño.

Los hechos consisten en que dos carros son arriados por mulas mientras suben la cuesta capitolina, siendo además el carro que va adelante ayudado por carreteros que lo empujan desde atrás; en un momento dado el primer carro comienza a retroceder, los carreteros se quitan del medio y el segundo carro, empujado por el primero, retrocede lesionando a un esclavo ajeno. El dueño del esclavo lesionado le pregunta al jurista qué tipo de acción puede ejercer y contra quién, a lo cual este responde, en primer lugar, que la solución de derecho debe buscarse en la causa (*in causa ius esse positum*), es decir, en la relación causal, determinando la concatenación temporal de los diversos hechos y los diversos factores que intervienen de manera eficiente en la causación del daño⁴².

Luego, la respuesta de ALFENO se articula en tres hipótesis, cada una con una solución diferente. En la primera, los carreteros que sostienen el primer carro se apartan voluntariamente y por ello las mulas, no pudiendo sostener el carro por sí solas, retroceden empujando el segundo carro; en este caso afirma el jurista que no hay acción contra el dueño de las mulas, pero en cambio se podría ejercer la acción aquiliana contra los carreteros (o contra su *dominus* en caso de que fueren esclavos). En esta solución es relevante que, si bien los carreteros no causan directamente el evento lesivo, su conducta voluntaria se considera la causa del daño, por cuanto la misma ha sido anormal y subjetivamente reprochable⁴³.

En la segunda hipótesis las mulas se asustan espontáneamente y los carreteros, temiendo ser aplastados, abandonan el carro; respecto de lo cual el jurista considera que el *dominus* del esclavo lesionado no tiene acción contra los carreteros, pero sí contra el propietario de las mulas. La solución se justifica en que las mulas se asustan sin razón, mientras que, por el contrario, la conducta de los

42 Si bien también podría entenderse la referencia a la *causa* de una manera genérica, en el sentido de ‘las condiciones específicas del caso’, la doctrina mayoritaria interpreta esta frase en modo restrictivo, es decir que la solución del caso se encontraba en la determinación de la relación causal entre una conducta con el evento, puesto que fue en torno a este tema que el jurista expresó su razonamiento, y además porque en el mismo pasaje, poco después, se utiliza de nuevo ‘*causa*’ en un indudable sentido de nexo causal: ‘*Quod si neque mularum neque hominum in causa essent*’. SCHIPANI, *Responsabilità “ex lege Aquilia”*, cit., 181. En el mismo sentido ZILIO, *L'imputazione del danno aquiliano*, cit., 116. I. PIRO, *Dammum ‘corpore suo’ dare rem ‘corpore’ possidere*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, 84 s. CARDILLI, *Gestione empirica dell'imputazione*, cit., 23. En una perspectiva diversa, aunque no contradictoria, CANNATA, *Genesis e vicende della colpa aquiliana*, cit., 72, afirma que ALFENO hablaba de causa y no de culpa simplemente porque, entre las posibles causas, estaba la conducta de los animales que no podrían cometer culpa, pero que el problema fue resuelto por el jurista con los perfiles de la culpabilidad.

43 ZILIO, *L'imputazione del danno aquiliano*, cit., 119, encuentra aquí uno de aquellos casos en los cuales la interpretación del principio de causalidad material fue flexibilizado para darle prioridad al aspecto subjetivo de la conducta, imputando el daño a la conducta reprochable, aunque no haya sido la causa material y directa del mismo; asimilando el caso a otras hipótesis en las cuales la relación material era más directa, con el fin de aplicar analógicamente la misma solución.

carreteros al alejarse del carro se encuentra plenamente justificada en el temor de ser lesionados, y por tanto no puede considerarse que han ocasionado el daño.

Mientras que en la tercera hipótesis las mulas no logran sostener el peso, o en el esfuerzo caen y los carreteros, posiblemente por temor, se alejan. Ante lo cual el jurista afirma que el *dominus* del lesionado no tiene acción ni contra el dueño de los animales ni contra los carreteros, por cuanto la conducta de estos no es reprochable subjetivamente, ni se debe a un inadecuado actuar respecto de los animales⁴⁴. Finalmente, el jurista aclara que en ningún caso se puede ejercer acción contra el dueño de las mulas del segundo carro, pues estas no han retrocedido voluntariamente (*sua sponte*) sino empujadas por el carro anterior.

A pesar de haber afrontado el problema en torno a la causa, ALFENO en su respuesta proyecta las diversas soluciones con base en un criterio de culpabilidad, puesto que bajo la estricta aplicación del principio del *damnum corpore suo datum* tanto la conducta de los carreteros como la de las mulas del primer carro tienen sólo una relación indirecta con el evento lesivo, por cuanto quien directamente y mediante un contacto material causa la lesión es el segundo carro; sin embargo, el jurista excluye en todo caso su responsabilidad.

Lo anterior permite afirmar, por un lado, que el enfoque de la culpabilidad permite resolver problemas de causalidad y flexibilizar la aplicación del rígido principio del *damnum corpore suo datum*, imputando un daño aquiliano a aquel que actúa de manera reprochable, aunque no hubiere materialmente causado el evento lesivo. Y por otro lado, que la ausencia de una conducta subjetivamente censurable y por tanto justificada, impide la procedencia de la tutela aquiliana, como resulta de la comparación entre la solución de la primera y la segunda hipótesis en relación con los carreteros.

Por último, resta analizar sintéticamente otro fragmento de ALFENO, en *Alf. x dig. D. 9,2,52,4*^[45], en el cual el jurista acude a la culpa para valorar el carácter justificado de una conducta lesiva, realizada en el marco de una actividad deportiva.

El caso consiste en que en el curso de un juego de pelota, uno de los jugadores, al intentar apoderarse de la pelota, empuja a un esclavo ajeno lesionándolo. Se pregunta al jurista si el dueño del esclavo puede accionar *ex lege Aquilia* contra aquel jugador que le ha causado la lesión. En este caso, la valoración de si el jugador ha o no causado un daño con *iniuria* resulta especialmente problemático,

44 En este último caso, el accidente pudo causarse por la sobrecarga de los animales, pero por esta sola circunstancia no era procedente la acción directa aquiliana. Cfr. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 183. DEL CASTILLO, M., *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1994, 46 s.

45 *Alf. x dig. D. 9,2,52,4*: "Jugando muchos a la pelota, uno de ellos, al intentar recibir la pelota, atropelló a un esclavo pequeño, el esclavo cayó, y se rompió una pierna; se preguntaba, ¿puede acaso el dueño del esclavo reclamar por la ley Aquilia contra aquel por cuyo impulso había caído? Respondí, que no podía, porque parecía que lo hecho fue más por casualidad, que por culpa".

porque el daño se produce durante un juego en el cual empujar a otro jugador podría considerarse una conducta justificada⁴⁶. Por esta razón el jurista responde negativamente a la procedencia de la acción aquiliana, pues la lesión se produce '*casu magis quam culpa*'.

La referencia al *casus* no sirve para excluir la existencia de una relación causal, sino para indicar que dicha relación no es suficiente para dictaminar la procedencia del remedio aquiliano, por cuanto no hay culpa. El jurista descarta la culpa, pues el comportamiento no es reprochable, ya que en el ejercicio de una actividad lícita, cual el desarrollo de una competencia deportiva, están implícitos ciertos riesgos como el de ser empujado por un jugador con el fin de hacerse a la pelota, conducta habitual dada la naturaleza misma de la actividad⁴⁷.

Del análisis de estos fragmentos de juristas tardorrepublicanos se pueden proyectar las siguientes conclusiones.

En los diversos fragmentos examinados, la valoración de la *iniuria* por parte de los juristas gira en torno a la existencia o no de una causa de justificación de la conducta, razonando en torno a categorías que hoy conocemos como legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de una actividad lícita y ejercicio de un derecho. Estas causas permiten enervar la aplicación del remedio aquiliano pues el comportamiento está justificado frente al derecho, y por lo tanto, careciendo de *iniuria*, no es considerado ilícito y por ello está privado de sanción.

Sin embargo, otro elemento común es que, a pesar de la presencia de una causa que objetivamente justifica la conducta, en algunos casos la jurisprudencia no exime al agente de la sanción aquiliana, por cuanto el comportamiento es reprochable subjetivamente, recurriendo para ello al concepto de culpa⁴⁸. Caso por caso, la culpa es apreciada con relación a ciertos tipos de comportamiento, tales como *non providere, data opera, percutere* o *sua sponte*; los cuales en algunos casos expresan voluntad o intencionalidad, mientras en otros muestran el no haberse comportado conforme a un modelo ideal de conducta.

Por lo tanto, la culpa no constituye un requisito autónomo para imputar la sanción aquiliana, así como no tiene un significado unívoco; pero tampoco se aprecia en el razonamiento de los juristas un criterio unitario de imputación, por cuanto en algunos casos la presencia de una causa justificativa basta para imputar la sanción; mientras que en otros la reprochabilidad del comportamiento permite imputar el daño, aun cuando hubiere un comportamiento objetivamente lícito o materialmente no fuere causa directa del daño⁴⁹.

En este sentido, las nociones de *iniuria* y culpa que hoy, con la cautela del caso, podrían identificarse con aquellas de ilicitud y culpabilidad, conservaban

46 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 176.

47 *Ibíd.*, 177. En el mismo sentido cfr. DEL CASTILLO, *Estudio sobre la casuística de las lesiones*, cit., 32.

48 CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 40.

49 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 90.

una autonomía conceptual, pues la primera era una noción negativa correspondiente a la ausencia de una justificación, mientras la culpa era una noción positiva que implicaba valorar una conducta que violaba reglas de comportamiento. Sin embargo, la relación de las dos nociones era sinérgica, por cuanto la culpa permitía restituirle al comportamiento del agente aquella ilicitud que una causa de justificación le había quitado; por ello, actuar con culpa era actuar con *iniuria*⁵⁰.

C. La labor de la jurisprudencia clásica: la concreción de la noción de culpa y su inmutable relación con la *iniuria*

Las reflexiones de la jurisprudencia sucesiva se concentran en la determinación y delimitación de la noción de culpa, cuya introducción a la estructura del ilícito aquiliano ya había sido realizada mediante la interpretación extensiva de la *iniuria* del texto plebiscitario. En este sentido, ULPIANO, en *Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,11 pr.*⁵¹, reporta una opinión de FABIO MELA y PRÓCULO, expresada en torno a un caso donde varios sujetos han concurrido a la causación de la muerte de un esclavo, evento en el cual la culpa ha servido como criterio para imputar el daño a alguno de ellos.

El caso es el siguiente: algunas personas están jugando con una pelota y un jugador la lanza con mucha fuerza y golpea la mano de un barbero que está afeitando a un esclavo, cortando por el golpe la garganta de este. Se pregunta al jurista cuál de los intervinientes en la causación del daño está llamado a responder *ex lege Aquilia* frente al *dominus* del esclavo.

La primera solución citada por ULPIANO es de MELA, jurista de época augustea, quien afirma que debe responder aquel que hubiere actuado con culpa. El reporte de la solución de MELA parece haber sido mutilado, pues luego de plantear el principio para la solución, no resulta en el fragmento cuál ha sido su concreta aplicación al caso. Sin embargo, es relevante que para el jurista la solución depende de la específica aplicación del criterio de culpabilidad, por lo que el daño es imputable, entre los varios sujetos involucrados, a aquel que hubiere actuado de manera reprochable⁵².

50 CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia*, cit., 41.

51 *Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,11 pr.*: “Asimismo escribe MELA, que si jugando algunos a la pelota, uno, habiéndole dado con más fuerza, la hubiere lanzado contra las manos de un barbero, y de esta manera hubiera sido cortado, habiéndose hundido la navaja, el cuello del esclavo, que el barbero tenía, cualquiera de ellos que tuviera la culpa queda sujeto a la ley Aquilia. PRÓCULO dice, que la culpa es del barbero. Y, a la verdad, si afeitaba allí donde por costumbre se jugaba, o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para que se le impute; aunque tampoco se diga sin fundamento, que si alguno se hubiere confiado a un barbero que tuviera la silla en un sitio peligroso, debe él quejarse del mismo”.

52 CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1995, 19.

La segunda solución reportada por ULPIANO es la de PRÓCULO, jurista del siglo I d.C., quien afirma que responde el barbero cuando ha actuado con culpa, esto es, si realiza su actividad en un lugar donde habitualmente se juega a la pelota o en un camino altamente frecuentado. El razonamiento del jurista tiene en cuenta la especial circunstancia de que al barbero le ha sido confiado un esclavo ajeno para afeitarlo, y este ha decidido realizar su actividad en un lugar donde es posible la ocurrencia del accidente. Por lo que la existencia de una culpa por parte del barbero, al realizar una actividad lícita pero en un lugar peligroso, hace que su conducta se considere *iniuria*⁵³. Por último, ULPIANO afirma que la culpa también podría estar en la víctima misma del daño, por cuanto no debió hacerse afeitado por un barbero que se encontraba ubicado en un lugar peligroso⁵⁴.

Este fragmento de nuevo pone en evidencia que la culpa, desde época augustea, comienza a tomar un rol central en la imputación del daño aquiliano, por cuanto, si en el curso causal han intervenido varios sujetos, la determinación de aquel que ha tenido una conducta reprochable sirve como criterio para atribuirle a él la sanción derivada de la *lex Aquilia*.

La noción de culpa es posteriormente desarrollada y sintetizada por GAYO, jurista del siglo II d.C., lo cual se revela especialmente en un fragmento de sus Comentarios al edicto provincial (*Gai. VII ad ed. prov. D. 9,2,8*^[55]). El *principium* de este fragmento sin duda fue mutilado por obra de los compiladores, pues

-
- 53 Según SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 332, esta solución resultaba de la extensión de la responsabilidad del *locatore* que, en la ejecución de su prestación, causaba un daño por una conducta reprochable en cuanto había sido imprudente. En cambio CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 131, encuentra en este parecer de PRÓCULO un eco del pensamiento de QUINTO MUCIO, en el sentido de que el barbero debió haber provisto los mecanismos para evitar la causación del daño.
- 54 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 419 s., considera interpolada esta parte del fragmento pues la única interpretación posible es en el sentido de un concurso de culpas entre el barbero y el esclavo, que tendría por efecto una repartición de la responsabilidad, solución que no es propia del derecho romano. En cambio DEL CASTILLO, *Estudio sobre la casuística de las lesiones*, cit., p. 31, afirma la originalidad de la frase, argumentando que no se trataba de un concurso de culpas, sino de determinar quién había actuado con culpa, siguiendo el planteamiento propuesto por MELA; y el hecho de que el esclavo se encontrara en un lugar peligroso liberaba al barbero de responsabilidad. Solución que además era coherente con aquella que ULPIANO había proyectado en *Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,9,4*, donde resultaba exento de responsabilidad el que había lesionado a un esclavo con una jabalina, cuando este había pasado intempestivamente por el campo de práctica.
- 55 *Gai. VII ad ed. prov. D. 9,2,8*: "El mismo derecho hay, si malamente hubiere usado de un medicamento. Pero el que hubiere hecho bien la operación quirúrgica, y hubiere abandonado la curación, tampoco estará exento de acción, sino que se entiende que es reo de culpa. (1) Dícese generalmente, que queda obligado por razón de culpa también el mulero, si por impericia no hubiere podido contener el ímpetu de las mulas, y éstas hubieren atropellado a un esclavo ajeno. Lo mismo se dice, también si por su poca fuerza no hubiere podido contener el ímpetu de las mulas. Y no parece justo, si la escasez de las fuerzas se cuenta para la culpa, porque nadie debe pretender hacer aquello en lo que no sabe, o debe saber, que su insuficiencia de fuerzas ha de ser peligrosa para otro. El mismo derecho hay respecto a la persona del que por impericia o falta de fuerzas no hubiere podido refrenar el ímpetu del caballo en que iba".

comienza diciendo '*Idem iuris est*' pero falta la solución precedente cuya regla de derecho vale también para el caso ahora examinado. Sin embargo, la noticia resulta de todo interés por cuanto evidencia la relación proyectada por GAYO entre *imperitia* y culpa.

Este párrafo del fragmento reporta dos casos en los cuales un médico responde *ex lege Aquilia* por la muerte de su paciente esclavo: cuando ha usado erróneamente un medicamento y cuando, luego de haberle realizado una intervención, descuida al paciente en los cuidados postoperatorios.

El jurista, comprendiendo la diferencia de los dos supuestos, por cuanto el primero implica un error en la ejecución de su actividad, mientras el segundo una omisión posterior a la intervención, encuentra en ambos casos un elemento común: la culpa. Pues los cuidados postoperatorios no son en sí mismos una actividad autónoma, sino un acto cronológicamente sucesivo y atado al procedimiento previo, por lo que el descuido postoperatorio, no siendo en sí mismo un *occidere*, hace que sea el procedimiento quirúrgico en su integridad lo que se considere realizado con culpa-impericia, y por tanto comporta que se haya matado al esclavo con *iniuria*⁵⁶.

Así, la intervención del médico sobre el esclavo mediante una actividad que comporta o puede comportar lesiones es *iure*, pues el contrato con el *dominus* lo permite; pero, si el médico actúa con impericia se convierte en una conducta ilícita que supera los límites contractuales, pues al médico sólo le es permitida una intervención en el cuerpo del esclavo realizada conforme a las reglas de su arte⁵⁷.

Luego, el primer párrafo de la noticia de GAYO prevé un caso diverso: un carretero, por impericia o debilidad, no logra contener el ímpetu de las mulas que arría y las mismas atropellan a un esclavo; a este caso se asimila el de un jinete que por impericia o debilidad no logra hacer frenar su caballo. En ambos casos el jurista considera que el daño aquiliano es imputable al carretero/jinete cuando ha actuado con culpa, es decir, si por impericia no logra retener los animales o si, sabiendo o debiendo saber de su debilidad, asume la actividad de carretero o equitador, que es por su naturaleza peligrosa.

GAYO en la solución del caso, por un lado, propone un planteamiento general según el cual la culpa está integrada por las categorías de *imperitia* (impericia) e *infirmetas* (debilidad). Por otro lado, refleja nuevamente la relación entre la impericia, la culpa y la omisión; por cuanto el análisis no radica en que el sujeto haya cometido errores técnicos, sino en que el mismo no esté preparado para realizar la actividad y no obstante la ejecute, oscilando entre una comprensión de la impericia como un comportamiento positivo y, también, como una omi-

56 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, 345.

57 CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., 60.

sión determinada por la incapacidad-imposibilidad de realizar aquello que es necesario⁵⁸.

Es precisamente en este sentido que el jurista profundiza el caso de la *infirmas*, pues, pudiendo presentarse como inequitativa, considera necesario reprobar el comportamiento pues hay un error en una conducta antecedente, consistente en decidir ejecutar una actividad peligrosa para la cual se sabe o se debía saber que no se estaba en las condiciones físicas necesarias, la cual, siendo igualmente reprochable, se considera culpa y por lo tanto es sancionada. Como se ve, el jurista acude a un modelo de comportamiento ideal para valorar la conducta del agente, y dicho modelo impone conocer los propios límites físicos para evitar que, por una falsa representación de los mismos, se cause un daño a otro⁵⁹.

La labor de síntesis y concreción del concepto de culpa tuvo continuidad en las reflexiones de los juristas tardoclásicos, como lo refleja un fragmento de los Comentarios al edicto de PAULO, jurista del siglo III d.C. (*Pau. xxii ad ed. D. 9,2,30,3*^[60]). El jurista afronta el siguiente caso: una persona prende fuego a sus propias cosas (su rastrojo o maleza), el fuego se propaga y quema las mieses o la viña de otro, causando de esta manera un perjuicio. El jurista articula su respuesta desde la perspectiva de la culpabilidad, con el fin de determinar la existencia o no de un *urrere iniuria*.

PAULO comienza por aclarar, con un propósito general, que también en la acción del tercer capítulo de la *lex Aquilia*, es decir, no sólo en el caso de un *occidere*, se castiga el dolo y la culpa, lo cual demuestra que el concepto de culpa estaba asumiendo un sentido concreto y técnico, al ser contrapuesto al dolo. Luego, al proyectar la solución del caso concreto, el jurista individúa la culpa bajo dos diversos aspectos, uno referente a la *negligentia* consistente en el descuido o la desatención al fuego que se ha prendido, es decir, a la inobservancia del cuidado y la vigilancia que un *homo diligens* habría tenido al decidir incendiar un bien propio para evitar la propagación del fuego. Por otro lado, teniendo en cuenta un momento precedente al incendio de las cosas ajenas, el jurista considera que

58 SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 245 s. En el mismo sentido cfr. CARDILLI, *Gestione empirica dell'imputazione*, cit., 28.

59 *Ibid.*, 29.

60 *Pau. xxii ad ed. D. 9,2,30,3*: "También en esta acción, que toma origen en este capítulo, se castiga el dolo y la culpa. Y por lo tanto, si para quemarlo hubiere alguno echado fuego a su rastrojo, o a la maleza, y habiéndose extendido y propagado el fuego hubiere perjudicado a las mieses o a la viña de otro, investiguemos si esto sucedió por su impericia, o negligencia; porque si hizo esto en día de viento, es reo de culpa (pues también el que dio ocasión, se entiende que causó daño): en el mismo delito incurre también el que no tuvo cuidado de que el fuego no se extendiera más lejos. Pero si tuvo en cuenta en todo lo que fue oportuno, o si súbita fuerza del viento llevó más lejos el fuego, carece de culpa".

también actúa con culpa aquel que prende fuego en un día de fuertes vientos, por cuanto se habrá actuado con *imperitia*⁶¹.

Estos dos enfoques de la culpa son reafirmados al final del fragmento, al indicar que el sujeto está exento de culpa si ha '*observavit*' todo aquello que es necesario para evitar la causación de un daño, pues no se habrá actuado con negligencia. Razonamiento que parece influenciado por la noción de culpa de QUINTO MUCIO, en el sentido de *providere* todo aquello necesario para evitar el daño. Además, tampoco hay culpa si una '*subita vis venti*' ha causado la propagación del fuego, puesto que en este caso el viento habrá sido súbito y, por tanto, imposible de prever, y su fuerza imposible de resistir.

Posteriormente, dado el proceso de subjetivación de la responsabilidad *ex lege Aquilia* gracias a la introducción del concepto de culpa, se hace necesario precisar los límites subjetivos de la imputabilidad, específicamente en el caso de daños ocasionados por un *furiosus*, un *infans* y un *impubes*⁶², de lo cual se ocupa ULPIANO en *Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,5,2*^[63].

ULPIANO, en primer lugar, se refiere al furioso, respecto del cual reporta un concepto de PEGASO que excluye la aplicación de la *lex Aquilia*. La exclusión *per se* de estos sujetos, aprobada por ULPIANO, es motivada en que '*suae mentis non sit*', y por tanto no pueden cometer culpa. Luego el jurista afronta el problema del *infans*, respecto del cual también excluye en todo caso la aplicación de la *lex Aquilia*.

Por último, ULPIANO se ocupa de los sujetos que resultan más problemáticos: los impúberes. El jurista comienza reportando el parecer de LABEÓN, según el cual el impúber siempre responde *ex lege Aquilia*, lo cual descende, según el ju-

61 En esta solución se evidencia la continuidad del razonamiento planteado por GAYO, según el cual emprender una actividad peligrosa cuando las circunstancias generan un inminente peligro (el que monta un caballo o lleva una carreta en estado de debilidad o el que enciende un fuego a la intemperie en un día de fuertes vientos) es considerado una conducta reprochable por cuanto imperita, lo cual hace que, a pesar de su licitud, se convierta en estas concretas circunstancias en *non iure*. Asimismo, PAULO aplica este razonamiento en el caso del podador (*Pau. I ad. Sab D. 9,2,31*; cfr. *supra*), en el cual afirma que si se poda en un lugar donde no hay camino, el podador solo responderá por dolo, no pudiendo adivinar que alguien puede pasar. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 370.

62 La necesidad de que la jurisprudencia se ocupara del problema de la responsabilidad *ex lege Aquilia* de los incapaces resultaba del todo evidente, pues la paulatina subjetivación de la *iniuria* requirió en la actividad de los *prudentes* clásicos la valoración del momento de la voluntad relevante para que una persona fuera sancionada por su comportamiento, y fue precisamente respecto de los incapaces que la reprochabilidad subjetiva de su conducta resultó problemática. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 272.

63 *Ulp. XVIII ad ed. D. 9,2,5,2*: "Y por esto nos preguntamos, si un furioso hubiere causado un daño, ¿habrá la acción de la ley Aquilia? Y Pegaso dijo que no; porque ¿qué culpa habría en él, no estando en su juicio? Y esto es muy verdadero; cesará, pues, la acción de la ley Aquilia, así como no es aplicable la ley Aquilia si un cuadrúpedo hubiere caído en una teja. Pero también si un infante hubiere causado daño, deberá decirse lo mismo. Pero si lo hubiere hecho un impúber, dice LABEÓN, que puesto que se obliga por hurto, queda él obligado también por la ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuere capaz de *iniuria*".

rista augusteo, del hecho de que el impúber también responde por *furtum*⁶⁴; sucesivamente ULPIANO, corrigiendo tal parecer, afirma que el impúber responde sólo cuando fuere *iniuria capax*. Así, el jurista restringe la responsabilidad aquiliana a la capacidad de cometer *iniuria*, lo cual releva su constante preocupación por mantener la relación entre la *iniuria* y el elemento subjetivo, sin confusión de aquella con la culpa, pues, si para ULPIANO *iniuria* era el daño causado con culpa, aquel que no tenía la capacidad de actuar con dolo o culpa no podía actuar con *iniuria*⁶⁵.

Como se vio, gracias a la interpretación de la *iniuria* aquiliana surgió la noción de culpa, y esta noción a su vez sufrió un proceso de concreción y especificación; lo cual permite comprender el verdadero significado de la definición de *iniuria* de ULPIANO en el ya analizado fragmento *Ulp. xviii ad ed. D. 9,2,5,1*, en el sentido de que la culpa operaba como un límite al carácter injustificado de un comportamiento, lo cual significó el paso de un criterio objetivo de imputación a un criterio que implicaba, además, un juicio de reprochabilidad subjetiva de la conducta.

Por lo que en el derecho romano, gracias a la *lex Aquilia* y a su interpretación por los juristas romanos que llegó a nosotros gracias a la compilación del título 2 del libro 9 del Digesto de Justiniano, se cristalizó la idea según la cual quien causaba un daño a otro, sin una justificación y con dolo o culpa, tenía la obligación de pagar a la víctima el valor del daño causado. Como se verá a continuación, este modelo fue objeto de recepción e interpretación por la ciencia jurídica intermedia y por la escuela iusnaturalista, cuyas conceptualizaciones influyeron en las codificaciones europeas de fines del siglo xviii y en los códigos latinoamericanos, por lo que es el origen del moderno régimen de responsabilidad extracontractual, también llamada, evocando sus ancestros, aquiliana.

II. La formación del moderno principio de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual: del derecho común a la codificación colombiana

A. De los glosadores al iusnaturalismo: la supresión de la *iniuria* y el surgimiento del principio de la culpa

En los albores del siglo xii la ciencia jurídica comenzó una nueva etapa: el periodo del *ius commune*, pues por obra de la Escuela de Bolonia el derecho de la

64 El concepto de LABEÓN evidencia que en su época era discutida la responsabilidad del impúber ya que el texto de la *lex Aquilia* nada decía, pues los problemas derivados de la culpa eran ajenos a su contenido original. Dada esta laguna, el jurista decidió acudir a la aplicación analógica de las reglas decenvirales del *furtum*, pues tanto este delito como el ilícito aquiliano tendían a la tutela de la propiedad y en este caso la responsabilidad del impúber provenía de una fuente legislativa. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, cit., 220 s.

65 *Ibid.*, 273 s.

compilación justiniana, estudiado en el seno de las primeras universidades de la península itálica como derecho vigente y aplicado en armonía con las necesidades de la nueva vida, se convirtió en el derecho *per excellentiam*, es decir, el derecho común de Europa continental. En materia aquiliana, el trabajo realizado por los glosadores y comentadores, aunque mantuvo en pie el sistema romano tal como resultaba en las fuentes justinianas, inauguró un proceso de profundas modificaciones del régimen de responsabilidad por daños⁶⁶.

Entre estas modificaciones estuvo la introducción de la tutela aquiliana por la muerte de un hombre libre, argumentando que, si bien el cuerpo del hombre libre no era estimable, mediante la acción aquiliana podía obtenerse el resarcimiento de los daños patrimoniales derivados de la muerte, lo cual contribuyó a la construcción de una noción omnicomprensiva del ilícito⁶⁷. Por otro lado, respecto a la función de la acción, si bien la glosa no negó su función penal, tendió a interpretarla restrictivamente, abogando por su superación y por la consideración del carácter civil y resarcitorio de la misma⁶⁸.

Con mayor agudeza se afirmó el carácter general de la acción aquiliana, superando la tipicidad del derecho romano y convirtiéndose en una acción general de resarcimiento de un daño, denominada *actio in factum ex delicto*. Esta tendencia, que fue inaugurada por los glosadores, encontró su continuidad en los comentadores, arraigándose la idea de que la acción aquiliana, al menos aquella *in factum*, era aplicable a todo tipo de daño patrimonial donde no mediara una relación contractual⁶⁹.

66 RASI, P., “*L’actio ex legis Aquiliae* e la responsabilità extracontrattuale nella glossa”, *Atti del Congresso internazionale di studi accursiani*, Milán, Giuffrè, 1968, 727.

67 ROTONDI, G., “Dalla *lex Aquilia* all’art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche (P. II)”, *Rivista di diritto commerciale* n.º 15, 1917, 240.

68 En este sentido los comentarios de ODOFREDO fueron fundamentales, pues distinguió entre *actio penalis* y *actio penabilis*: en la primera siempre se tendía a imponer una pena, como en la *actio furti*; la segunda, en cambio, era penal solo potencialmente, como la acción aquiliana. Esta potencialidad consistía en que la acción era penal sólo cuando el actor pedía la condena por el doble en caso de *infinitatio* o cuando, aplicando la *repetitio temporis*, la condena era por un monto superior al valor actual de la cosa; y sólo en estos casos la acción era intransmisible y la condena era cumulativamente solidaria. En cambio, la acción era civil cuando sólo se pedía el resarcimiento del daño sufrido, siendo transmisible por vía activa y pasiva, y la solidaridad era alternativa. La misma tendencia resulta del comentario de BALDO a D. 9,2,5,1 en el cual se contrapuso la *actio iniuriarum* y la *actio ex lege Aquilia*, pues en la primera se accionaba por venganza (*agitur ad vindictam*), mientras en la segunda se accionaba por el daño y tenía por ello una naturaleza civil. CERAMI, P., “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica: I Congresso internazionale ARISTEC*, Madrid, 1993, Turín, Giappichelli, 1995, 109.

69 En la glosa resulta que las acciones *ex maleficio*, aunque asumían caracteres formales diferentes (*actio legis Aquiliae*, *actio de pauperie*, etc.), tendían *in factum* al único fin de resarcir el daño, por ello la *actio* terminó por ser denominada simplemente *in factum*. En este sentido, BARTOLO estableció una sistematización de las acciones en forma simétrica: la *actio in factum quae oritur ex contractu* (que era el *agere praescriptis verbis*) y la *actio in factum ex delicto*, ambas con una función integradora, con aplicación general y con el fin de superar la tipicidad propia del ámbito con-

En lo referente a la imputación de la responsabilidad, el concepto de *iniuria* y su relación con la culpa sufrió en este periodo una notable fractura. Debido a la compleja semántica de la *iniuria*, que era utilizada en las fuentes romanas de manera indiscriminada para referirse a diferentes conceptos (contumelia, anti-juridicidad, culpa, inequidad), comenzó a representar una fuente de equívocos y por ello se tendió a eliminarla y a sustituirla por el concepto de culpa, el cual se erigió como un elemento necesario tanto para el ejercicio de la acción aquiliana como para el de aquella *in factum*⁷⁰.

En particular, el concepto de *culpa levissima*, que en las fuentes aparece mencionado sólo en un fragmento de ULPIANO⁷¹, resultó ampliamente desarrollado en la doctrina intermedia. La Glosa acursiana la definió como el no prever aquello que de algún modo un hombre *diligentissimus* podía haber previsto, estableciendo una relación entre la *culpa levissima* y la *diligentia diligentissimi* y concretando la regla según la cual, en materia extracontractual, se debe observar la máxima diligencia; en consecuencia, el más mínimo error de conducta resulta idóneo para fundar la responsabilidad⁷².

La labor de interpretación de las reglas romanas realizada por los glosadores y comentaristas, que, como se vio, tuvo lugar en una dirección del todo innovadora, sentó las premisas de lo que sería la nueva configuración dogmática de la responsabilidad extracontractual propuesta por la escuela del iusnaturalismo. HUGO GROCIO, considerado el padre del iusnaturalismo racionalista, en su obra *De iure belli ac pacis*, en el capítulo XVII titulado “De damno per iniuriam dato”, estableció dos conceptos fundamentales de la responsabilidad extracontractual: el *maleficium* y el *damnum*.

Como justamente afirma ROTONDI, si bien la rúbrica del capítulo fue formulada en un sentido estrictamente romanista, su contenido corresponde a un ambiente del todo diferente⁷³. La noción de *damnum* fue formulada en un sen-

tractual y extracontractual. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale*, cit., 115. En el mismo sentido, cfr. CERAMI, P., *La responsabilità extracontrattuale*, cit., 112.

70 Afirmó ODOFREDO: “... *nomen iniuriae est aequivocum in iure nostro...*” [... el término *iniuria* no tiene un significado unívoco en nuestro derecho...], por lo que la *iniuria* inicialmente estuvo reservada a la clásica acción aquiliana penal y, en cambio, cuando se trataba de la *actio in factum* se hacía referencia a la culpa, lo que llevó sucesivamente a la eliminación de toda la referencia a la *iniuria*. En esta dirección se desarrolló la labor de los comentaristas, quienes ignoraron la noción de *iniuria* y asumieron como criterio de responsabilidad unívoco la culpabilidad. RASI, *L'actio ex legis Aquiliae*, cit., 748.

71 Ulp. XLII *ad Sab. D.* 9,2,44 pr.: “En la ley Aquilia se comprende también la culpa levísima”. Sobre este fragmento y el alcance de la regla en él establecida en el derecho romano cfr. SCHIPANI, S., *Responsabilità “ex lege Aquilia”*, cit., 444 s.

72 Esta noción fue luego acogida por los comentaristas; de hecho, según BARTOLO, la culpa levísima deriva de la diligencia observada por los hombres diligentísimos de la misma condición y profesión. MASSETTO, G., voz “Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)”, *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 2008, 1136 s.

73 ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ. (P. II)*, cit., 257.

tido bastante amplio, considerándolo como toda disminución de aquello que es atribuido a alguien por la naturaleza, por un hecho humano, como la propiedad o el contrato, o por la ley⁷⁴. En lo que respecta a la noción de *maleficium*, que ocupó un lugar central en la teoría del jurista holandés, lo definió como “toda culpa, sea comisiva u omisiva, que contrasta con aquello que los hombres, en conjunto o en consideración a su particular rol, deben hacer; de dicha culpa nace una obligación natural, pues si fue causado un *damnum*, se está obligado a su resarcimiento”⁷⁵. Así, eran tres los elementos esenciales del *maleficium*: una conducta activa u omisiva culposa, un *damnum* y la obligación natural de resarcimiento.

De esta manera, la responsabilidad aquiliana fue conducida a un esquema unitario de imputación basado en la culpa; sin embargo, la ausencia de toda referencia a la *iniuria* en la definición de *maleficium* es sólo aparente, pues esta se encontraba implícita, en el sentido de que la culpa, al ser definida como una conducta contraria a los deberes de comportamiento de los hombres, implicaba una contrariedad al *ius*⁷⁶. Pero una sistematización en estos términos llevó a la total fractura de la relación entre la *iniuria* y la culpa romana, por cuanto la *iniuria* ya no se encontraba en el mismo plano de la culpa, ambas como elementos de cualificación de la conducta, sino subordinada a esta; pues la culpa coincidía con la conducta que causaba el daño mientras la *iniuria* era sólo su cualificación.

El pensamiento de GROCIO fue posteriormente desarrollado por SAMUEL PUFENDORF en el capítulo I del libro III de su obra *Ius naturae et gentium*, cuyo título, “*ut ne quis alterum laedat*”, es en sí mismo sugestivo, pues este principio del iusnaturalismo estaba en la base de su teoría. El autor comienza por individualizar dos deberes absolutos que incumben a todo hombre frente a otro y que resultan esenciales para la convivencia humana (*socialitas*): el deber de no dañar a otro, y, como consecuencia del incumplimiento de este, el deber de proveer la reparación cuando se hubiere causado un daño⁷⁷.

Sobre el deber de reparación afirma PUFENDORF: “De esta máxima deriva, que después de haber causado un daño a alguien, el cual legítimamente se nos

74 En especial, tal disminución o lesión, según GROCIO, podía ocasionarse contra el patrimonio, la integridad física (*corpus, membra*) o moral (*fama, honor, pudicitia*); con lo cual resultó suprimida la dicotomía romana del *damnum iniuria datum* y el delito de *iniuria*, siendo consideradas tanto las lesiones al patrimonio como aquellas contra la persona dentro de un unívoco concepto de *damnum*. CURSI, M., *Danno e responsabilità extracontrattuale*, cit., 140 s. En el mismo sentido cfr. KUPISCH, B., “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica: I Congresso internazionale ARISTEC*, Madrid, 1993, Turín, Giappichelli, 1995, 135. y CARDILLI, R., voz “Danno (diritto romano)”, *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, IV, Nápoles, ESI, 2011, 66 s.

75 Traducción libre de la versión italiana: CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale*, cit., 134.

76 CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale*, cit., 134.

77 PUFENDORF, S., *Il diritto della natura e delle genti o sia sistema generale de' principii li più importanti di morale, giurisprudenza, e politica II*, Almicci, G. (trad.), Venecia, 1757, 4.

pueda imputar, conviene repararlo, en cuanto ello sea posible”⁷⁸. La reparación estaría condicionada, según el autor alemán, a la concurrencia de los siguientes elementos: que se cause un daño prohibido por alguna ley natural o positiva; que la conducta causante del daño haya sido cometida con culpa; y que el daño no haya sido consentido directa o indirectamente por la víctima⁷⁹.

El autor prevé no solo la existencia de un daño, sino que además este estuviere prohibido por la ley natural o positiva, por lo que la *iniuria* ya no es un elemento que cualifica la conducta, sino el daño mismo. Sobre la culpa, aclara el autor que el daño puede ser imputado a alguien porque lo causó directamente o porque lo hizo por medio de otro; sea mediante una conducta activa u omisiva, y siempre que sea causado por un designio deliberado o por negligencia, mas no por un caso fortuito⁸⁰.

No duda el autor que la malicia da lugar a la obligación de reparar; en cambio, en lo que concierne a la negligencia distingue según que la misma sea fácil de evitar o no; así, el incumplimiento de los deberes de cuidado indispensables para la sociabilidad, sin duda, daba lugar a la reparación; sin embargo, no es exigible un deber de extremo cuidado, pues ello impediría a la generalidad de los hombres actuar, salvo que por su naturaleza e importancia el sujeto deba actuar con la más exacta diligencia. En fin, afirma PUFENDORF que por el caso fortuito no se debe responder, siempre que el mismo no haya ocurrido por la culpa de quien lo alega⁸¹.

En conclusión, PUFENDORF sintetiza la nueva dogmática en materia de responsabilidad extracontractual iniciada desde los glosadores, basada en un deber general de responder por cualquier daño causado, pasando de un sistema típico romano a una cláusula general de responsabilidad; además el daño relevante para el nacimiento de este deber es definido de una manera tan amplia que incluye tanto lesiones contra el patrimonio como contra la persona misma, con lo cual se suprime el binomio *iniuria-damnum iniuria datum*.

Este régimen de responsabilidad, omnicompreensivo con respecto a cualquier tipo de conducta y a cada tipo de daño, propuesto por PUFENDORF, estaba fundamentado exclusivamente en la culpa y, por tanto, era un elemento necesario para el nacimiento del deber de reparar. Este concepto de culpa incluía tanto las conductas dolosas como aquellas negligentes, es decir el incumplimiento de los deberes de cuidado y atención necesarios para la vida en sociedad y para el funcionamiento del comercio, que no implicaban siempre un exactísimo cuidado.

78 Traducción libre de la versión italiana: PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti*, cit., 5.

79 *Ibid.*, 5.

80 *Ibid.*, 15.

81 *Ibid.*, 16.

B. La codificación francesa, su influencia en el Código Civil chileno y su adopción en Colombia: la consagración normativa del principio de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual

Durante el siglo XVII la doctrina iusnaturalista de GROCIO y PUFENDORF tuvo una notable difusión en Francia, especialmente en los juristas JEAN DOMAT y JOSEPH POTHIER, cuyas obras de derecho civil fueron la principal fuente de los redactores del Código Civil francés de 1804.

DOMAT, en su obra *Loix civiles dans leur ordre naturel*, en materia de responsabilidad civil, distingue dentro de las conductas que producen daños: aquellas que constituyen un delito o crimen, las cuales interesan al derecho criminal; aquellas que provienen de la violación de un contrato; y aquellas que no provienen de un delito o crimen ni de un contrato. Sobre esta última categoría, el autor precisa que “todas las pérdidas y todos los daños que puedan derivar del hecho de una persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber, u otras culpas análogas por ligeras que sean, deben ser reparadas por aquel por cuya imprudencia o culpa tuvieron lugar; porque se causa un daño también cuando no se tenía la intención de lesionar”⁸².

Por lo tanto, para DOMAT, la obligación de resarcimiento tiene un carácter general que procede respecto de cualquier tipo de lesión, siempre que concurriere el elemento de la culpa, valorada según el antiguo criterio de la culpa levísima. En la misma dirección se inclinaría, casi un siglo después, POTHIER, en su *Traité des obligations*, obra que tuvo una influencia aún más directa en la codificación francesa.

Este jurista francés, en materia de fuentes de las obligaciones civiles, distingue, acudiendo a la terminología romana, entre el delito y el cuasidelito, definiendo el primero como “el hecho por el cual una persona con dolo o malicia causa un daño o cualquier otra lesión a otro”; mientras el segundo, como aquel daño que se causa “por una imprudencia que no es excusable”⁸³. En verdad, la distinción entre delito y cuasidelito basada sobre la contraposición entre el dolo y la culpa no resulta acorde con las fuentes justinianeas, sino con la tradición bizantina tendiente a reconocer el dolo como elemento especial del delito, y la culpa como elemento propio del ilícito civil⁸⁴.

Para POTHIER la culpa es el elemento esencial de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, no sólo respecto de los propios actos, sino también en el ámbito

82 Traducción libre de: DOMAT, J., *Loix civiles dans leur ordre naturel II*, Paris, 1835, 480.

83 POTHIER, J., *Traité des obligations*, I, Paris, Didure, 1768, 216.

84 ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ. (P. II)*, cit., 273 s. La contraposición entre dolo y culpa no era el criterio que distinguía entre delitos y cuasidelitos en el derecho romano, pues como se vio, el *damnum iniuria datum*, que era un delito, implicaba la necesidad de una conducta con *iniuria*, y con base en la interpretación de este concepto surgió la culpa; por lo tanto, la culpa era un elemento presente en este delito, mas no dentro de los cuasidelitos.

de la responsabilidad de los padres, tutores y patronos por los daños ocasionados por sus hijos menores o dependientes, en cuyo caso la responsabilidad dependerá de que aquellos no hayan impedido el daño habiendo podido hacerlo, lo cual se presumirá si el evento ocurre en presencia del padre, tutor o patrón⁸⁵.

Las formulaciones de POTHIER fueron sustancialmente acogidas en el *Code civil* de 1804; en este sentido, el inciso 3 del artículo 1370, al establecer las fuentes de las obligaciones, indica “Las obligaciones que nacen de [...] los delitos o cuasidelitos y constituyen materia del presente título”; luego, el capítulo II de dicho título tiene por rúbrica “De los delitos y cuasidelitos”, adoptando el binomio delito-cuasidelito sobre la base de la contraposición entre el dolo y la culpa.

Dicho título se abre con los artículos 1382 y 1383 que incorporan una cláusula general según la cual cualquier hecho de una persona que hubiere causado cualquier tipo de daño a otra, siempre que haya actuado voluntariamente o con negligencia o imprudencia, obliga a quien lo causó a reparar a la víctima⁸⁶. Así, el contenido de las dos disposiciones no ofrece la menor duda de que la culpa, junto al hecho humano y el daño, son los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, no quedando ningún rastro de la *iniuria* o injusticia de la conducta⁸⁷.

Sobre el elemento subjetivo, el artículo 1382 dispone que serán responsables aquellos que han cometido un delito, es decir han actuado con dolo; en este sentido el ‘hecho humano’ debe entenderse como un ‘hecho intencional’; mientras el artículo 1383 es incluido por los redactores con el fin de establecer que también son responsables aquellos que hayan causado un daño sin quererlo, cuando hubieren incurrido en una negligencia o imprudencia, es decir, hubieren cometido un cuasidelito⁸⁸.

85 POTHIER, *Traité des obligations*, cit., 58.

86 Art. 1382 c.c. fr.: “Cualquier hecho de una persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo”.

Art. 1383 c.c. fr.: “Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia”.

87 Al respecto MAZEAUD, H. y L. y TUNG, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I v. 2, L. Alcalá (trad.), Buenos Aires, Ejea, 1962, 44, expresan: “‘la ilicitud’ trae su origen de la ley Aquilia, que exigía que el *damnum* fuera *iniuria datum*; por eso es en el derecho romano donde hay que buscar el significado: el daño causado *iniuria* era el causado sin derecho, contrariamente al derecho. Pero ¿qué valor tiene esa precisión? Desde luego, afirmar que el daño para comprometer la responsabilidad de su autor, debe haber sido causado por un hecho ilícito, contrario a derecho, no es enunciar una inexactitud. [...] Pero ¿se ha concretado en algo cuando hay culpa? De ninguna manera. En efecto, no se puede establecer en principio que un hecho dañoso, a menos de estar autorizado por un precepto formal, es culposo. [...] En consecuencia, al decir ‘la culpa es un acto ilícito’, se contenta uno con sustituir una palabra por otra, pero nada se define, no existe en ello una verdadera definición, sino una tautología. Y tautología arriesgada por añadidura, porque lleva consigo el peligro de que se crea que, quien obra ajustándose a una obligación legal o reglamentaria, no puede comprometer nunca su responsabilidad; lo cual constituiría un error cierto”.

88 *Ibíd.*, 32.

Respecto a la definición de la culpa delictual y cuasidelictual, la doctrina francesa ha intentado encontrar su significado más concreto. En este sentido, los hermanos MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, en su obra *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, por un lado, señalan el yerro en el que incurrió la antigua doctrina francesa que influenció la codificación, al contraponer estos dos conceptos basándose en la antinomia *dolus* y culpa; y por otro lado, definen la culpa delictual como el obrar con la intención de causar un daño, es decir, como una conducta caracterizada por la malignidad, que puede inspirar ya sea el deseo de hacerle mal a otro, ya sea la completa despreocupación por los intereses de los demás.

En cambio, la culpa cuasidelictual es definida como “un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”. Esta definición presupone la comparación de la conducta del agente con aquella *in abstracto* de una persona cuidadosa en las mismas circunstancias y condiciones del agente, es decir, bajo el modelo unitario de un *bonus pater familias*⁸⁹.

La culpa también es el fundamento de la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno, tal como lo establece el artículo 1384 del *Code civil*⁹⁰. Esta norma no consagra exactamente un caso de responsabilidad por un hecho ajeno, por cuanto en los trabajos preparatorios del *Code civil*, que frecuentemente citan en esta materia a POTHIER, resulta indiscutible que el legislador pretendía sancionar la falta de vigilancia de los hombres encargados del “sagrado depósito de la

89 Sobre la discusión acerca de la vigencia del principio *in lege Aquilia et levissima culpa venit* en el derecho francés, afirman MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico*, cit., 78 s., que dado el rechazo por parte de los redactores del *Code civil* de la división tripartita de culpas en materia contractual, conservando solamente el modelo unitario del *bonus pater familias*, en materia cuasidelictual ninguna graduación resulta procedente. Por tanto, resulta inútil abordar la discusión sobre si la comparación debe ser con el hombre medio o con el hombre muy prudente y diligente; pues el juez debe imaginar un hombre diligente cuidadoso, y valorar si el hombre actuó como “debía”, es decir como “uno” lo habría hecho en su lugar. Esta valoración no implica tomar un modelo de hombre ficticio e incondicionado que no vive en ninguna época definida, ni en ningún ambiente; sino que, como lo observaba DOMAT, y antes que él los romanos, el modelo debe variar necesariamente en cada asunto, conforme a las condiciones y sobre todo a las circunstancias de tiempo y lugar en las que se encontraba el agente del daño.

90 Art. 1384 c.c. fr.: “La persona será responsable no solamente del daño que cause por su propia actuación, sino también por el que causara por la actuación de personas de las que deba responder, o de cosas que permanezcan bajo su guarda. El padre, y la madre luego de la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. Los amos y los comitentes, del daño causado por sus domésticos y encargados en el desarrollo de las funciones en las que los hayan empleado. Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que permanezcan bajo su vigilancia. La responsabilidad anteriormente mencionada tendrá lugar, a menos que el padre y la madre, los maestros y los artesanos prueben que no han podido impedir el hecho que dio lugar a esta responsabilidad”. Esta disposición ha sido modificada por leyes posteriores, las cuales equipararon la responsabilidad del padre y la madre haciéndolos solidariamente responsables por el daño causado por sus hijos; y se eliminó en el último párrafo la referencia a los ‘maestros’, quienes quedaron sujetos a las reglas generales.

autoridad”. En este sentido, la responsabilidad de los padres y las madres por los hechos de sus hijos, la del empleador por los hechos de sus empleados y la de los artesanos y maestros por los hechos de sus alumnos está condicionada a que ellos hayan omitido su deber de vigilancia y como causa de tal omisión se haya ocasionado un daño⁹¹.

Precisamente por esta razón, en el caso de los padres, la disposición condiciona a que los hijos vivan con ellos y en el de los maestros, a que el hecho avenga mientras los alumnos están sometidos a su vigilancia; pues estas condiciones permiten presumir *iuris tantum* que el daño podía ser evitado por quien detenta la autoridad⁹². Esta presunción, según el último párrafo de la disposición, implica que el demandado (el padre o madre, maestro o empleador) deberá probar que no pudo evitar el daño, esto es, que no incurrió en un error de conducta en el ejercicio de su deber de vigilancia. Por lo tanto, es un régimen basado en la culpa presunta del indirectamente responsable.

Estas reglas establecidas en el Código Civil francés de 1804, como en general toda la codificación napoleónica, tuvieron una significativa influencia en los procesos de codificación posteriores tanto en Europa como en Latinoamérica. La influencia resulta notable en el Código Civil de ANDRÉS BELLO, adoptado en Chile en 1855^[93], especialmente en el régimen de responsabilidad extracontractual; sin embargo, también resulta indiscutible la superación de algunas normas napoleónicas sobre el particular.

BELLO acoge el binomio delito-cuasidelo formulado por POTHIER; así el artículo 1437 c.c. chileno indica que las obligaciones pueden nacer “a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”, y el Título xxxv tiene por rúbrica “De los delitos y los cuasidelitos”. Asimismo, BELLO adopta el modelo de una cláusula general de responsabilidad civil delictual y cuasidelictual, la cual comprende toda conducta que con culpa causa un daño, pero, a diferencia del modelo francés, se encuentra establecida en una sola disposición normativa, a saber, en el artículo 2314^[94].

91 MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico*, cit., 466 s.

92 *Ibíd.*, 490 s.

93 Respecto a la influencia del *Code civil* en el Código Civil de ANDRÉS BELLO, GUZMÁN BRITO, A., *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Jurídica de Chile, 2000, 371, afirma: “El *Code Civil* ocupó un lugar muy importante en la codificación chilena; no en cuanto al sistema, que no adoptó, pero sí en cuanto inspirador de muchas disposiciones, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Raramente sin embargo Bello copió alguna disposición del código francés; las más de las veces, cuando era el caso, acudió a la que había sido su fuente, es decir, con frecuencia a Pothier, o a sus comentaristas, por lo general a Delvincourt; y la redactó nuevamente; pero siempre superó a sus modelos, que perfeccionó no únicamente en cuanto al contenido de la disposición, mas también en lo relativo al estilo”.

94 Art. 2314 c.c. ch.: “El que ha cometido un delito o cuasidelo que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelo”.

La influencia de la doctrina de POTHIER fue tal que al codificador chileno le bastó con referirse a los términos delito y cuasidelito para referirse a la conducta realizada con dolo y con negligencia, favoreciendo la tradición que precedía a los mismos. Asimismo, la culpa también constituyó el fundamento de la responsabilidad de los padres, de los tutores y curadores, de los educadores y de los empresarios por los daños ocasionados por sus hijos, pupilos, alumnos o dependientes. La lógica utilizada por el codificador chileno en esta materia es, a grandes rasgos, la misma del Código francés, si bien el legislador chileno es más detallado, disponiendo para ello cuatro artículos (arts. 2319 a 2322). Estas normas condicionan la responsabilidad de dichas personas a la presencia de una conducta negligente o descuidada en el ejercicio de su deber de vigilancia del incapaz o dependiente, la cual se presume, correspondiendo al demandado probar su ausencia⁹⁵.

En conclusión, el conjunto de normas sobre responsabilidad extracontractual por el hecho personal del Código Civil chileno incorpora un régimen enteramente subjetivo, basado en una cláusula general de responsabilidad que obliga al resarcimiento de todo daño causado, siempre que el mismo provenga de una conducta dolosa o negligente; y consagra un conjunto de normas especiales sobre la responsabilidad indirecta, cuyo fundamento es la violación al deber de cuidado, atención, vigilancia y educación del civilmente responsable respecto de aquel que estando bajo su autoridad causa un daño.

El Código Civil de Chile fue paulatinamente adoptado en lo que hoy es la República de Colombia. Fue acogido por primera vez en el estado de Santander, en 1858, por propuesta por su presidente MANUEL MURILLO TORO, seguramente influenciado por MANUEL ANCÍZAR, amigo cercano de ANDRÉS BELLO y quien había divulgado el trabajo del jurista chileno-venezolano en toda la Confederación⁹⁶. Luego, en 1873, siendo presidente de la Unión por segunda vez MANUEL MURILLO TORO, se emprendió la codificación del derecho civil para los territorios federales o nacionales, encargando para ello a AGUSTÍN NÚÑEZ, quien tomó

95 Así lo dispone el artículo 2320: “pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”. Además, el legislador estableció que en todo caso los padres responderán por los daños ocasionados por sus hijos, cuando los mismos “conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir” (art. 2321). Y en el caso de los empleadores, que ellos responderán por los daños causados por sus dependientes, aunque el hecho no haya ocurrido en su presencia, salvo “en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente” (art. 2322).

96 Un año después el Código Civil de Chile fue acogido por los estados de Cundinamarca y Cauca, y entre 1860 y 1866 fue adoptado el Código de Cundinamarca, es decir el de Chile, por los restantes estados: Tolima, Panamá, Boyacá y Antioquia, y finalmente por Magdalena en 1866, sustituyendo el Código de Arosemena. Al respecto cfr. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 395 s.; en el mismo sentido cfr. MAYORGA, F., “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 14, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1991, 306.

como modelo el Código Civil del estado de Santander, al cual le introdujo algunas modificaciones, siendo presentado y aprobado por el Congreso de la Unión mediante la Ley 84 de 1873.

Con la expedición de la Constitución de 1886, promovida por Rafael Núñez, se abolió el sistema federal, adoptando la forma de Estado unitario con el nombre de República de Colombia. En el texto constitucional se dispuso: “El Consejo Nacional Constituyente, una vez asuma el carácter de Cuerpo legislativo, se ocupará preferentemente en expedir una ley sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. En cumplimiento de dicha disposición, el 15 de abril de 1887 se expidió la Ley 57 mediante la cual se dispuso: “Regirán en la República [...] los siguientes Códigos: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873...”⁹⁷.

De esta manera, Colombia acogió el Código Civil del estado de Santander, con las modificaciones introducidas por AGUSTÍN NÚÑEZ, código aquel que a su vez era el de Chile diseñado por ANDRÉS BELLO, cuyas normas sobre responsabilidad extracontractual tuvieron una notable influencia del Código Civil francés, especialmente en lo referente al principio de la culpa, pero también acompañando, como se vio, de importantes innovaciones.

III. El principio de la culpa en la responsabilidad extracontractual y su actual ‘crisis’ en el derecho civil colombiano

A. La cláusula general de responsabilidad civil extracontractual del Código Civil colombiano y la culpa como criterio de imputación por antonomasia

Las normas sobre la responsabilidad civil extracontractual previstas en el Código Civil colombiano son en sustancia las mismas del Código Civil de Chile; sin embargo, durante su proceso de adopción se produjeron algunas modificaciones de gran valor. En este sentido, la criticada categoría de cuasidelito no fue acogida por nuestro legislador, siendo eliminada o remplazada por el vocablo ‘culpa’, que resulta una expresión más acorde con la tradición romanista; no obstante, se mantuvo la voz ‘delito’ para referirse a las conductas intencionales⁹⁸.

97 *Ibíd.*, 309.

98 El artículo 1494, que establece las fuentes de las obligaciones, expresa: “Las obligaciones nacen, [...] ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos...”. Por otro lado, en el Título xxxiv, cuya rúbrica es “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”, en todas las disposiciones en las cuales en el Código Civil chileno aparece la expresión ‘cuasidelito’, esta fue reemplazada por la expresión ‘culpa’. Sin embargo, un vestigio del ‘cuasidelito’ se conserva en el artículo 2302, que pertenece al título que trata los cuasicontratos; esta disposición fue modificada por la misma Ley 57 de 1887 mediante la cual se acogió el Código Civil de 1873; su redacción original establecía: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes. Las que

El artículo 2341^[99] constituye la cláusula general de responsabilidad extracontractual, la cual conservó casi intacta la redacción de ANDRÉS BELLO, y ha sido justamente considerada por la jurisprudencia y la doctrina como la norma básica de responsabilidad civil extracontractual o, en términos más exactos, de la responsabilidad por encuentro social ocasional, es decir, donde las partes carecen de un vínculo obligacional previo al acaecimiento del daño¹⁰⁰. Según esta cláusula, para que nazca la obligación indemnizatoria deben demostrarse tres elementos: el daño, la conducta dolosa o culposa, y el nexo causal entre el daño y dicha conducta; por lo tanto, el régimen de responsabilidad está fundado exclusivamente en la culpa probada del agente¹⁰¹.

Luego de la cláusula general, el codificador colombiano consagró la regla según la cual los dementes y los menores de 10 años no son capaces de cometer culpa, y de los daños ocasionados por ellos serán responsables las personas a cuyo cargo estén, siempre que “a tales personas pudiere imputárseles negligencia” (art. 2346). Por lo tanto, en ausencia de un error de conducta por parte de los padres, tutores o curadores del menor o demente, el daño ocasionado por ellos no es indemnizable.

En los mismos términos del Código Civil chileno que siguió el modelo del *Code civil*, la culpa se encuentra en el centro de la responsabilidad indirecta; en este caso, el régimen subjetivo es presunto y por tanto el indirectamente responsable debe probar que no incurrió en culpa en el cumplimiento de su deber de vigilancia¹⁰². De manera que la culpa ocupa todo el centro de atención de las normas sobre responsabilidad extracontractual, erigiéndose como un principio según el cual en ausencia de culpa no puede declararse civilmente responsable a una persona por haber ocasionado un daño, principio que, como se verá en el aparte siguiente, podría tener una excepción en el artículo 2356 c.c.

nacen de la ley se expresan en ella [...] Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un cuasidelito”.

El legislador, habiendo notado la imprecisión de la norma, pues, contrario a lo que afirma la disposición, el cuasidelito se caracteriza porque se comete sin la intención de dañar, dispuso su modificación en los siguientes términos: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella [...] Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa”.

Por lo que el legislador conservó en esta norma la categoría de cuasidelito, inexistente en las demás normas del Código; sin embargo, se percató de la necesidad de aclarar que por este se debía entender ‘culpa’.

99 Art. 2341 c.c. col.: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

100 HINESTROSA, F., “La responsabilidad civil”, en *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, 675.

101 Cfr. CSJ, cas. civ., Sentencia del 29 de febrero de 1988, M.P.: A. OSPINA.

102 Cfr. arts. 2347 a 2349 c.c. col.

Sobre el concepto de culpa relevante en la responsabilidad aquiliana, la ‘culpa delictual’, es decir, aquella que se identifica con el dolo o malicia, es definida por el mismo Código en su artículo 63 en los siguientes términos: “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Mientras que la culpa en sentido estricto no se encuentra definida en una forma general, pero el codificador estableció en el mismo artículo 63 los diversos grados de culpa, ocupándose de definir cada uno de ellos. La culpa grave es identificada con la negligencia grave y la poca prudencia, y se equipara civilmente al dolo; la culpa leve es identificada con el descuido ligero, es la falta de la diligencia y el cuidado que emplea ordinariamente el hombre medio, es decir, un *bonus pater familias*; y por último, la culpa levísima es aquel levísimo descuido o la falta de aquella exactísima diligencia empleada por un hombre juicioso en sus negocios importantes.

Esta graduación tripartita de la culpa es relevante sólo de manera indirecta en materia extracontractual, pues, cualquiera que sea la intensidad de la culpa en la que el agente incurre, estará obligado a la reparación de la totalidad del daño, lo cual implica la vigencia de la regla *in lege Aquilia et levissima culpa venit*¹⁰³. Sin embargo, la manera en la cual el legislador definió cada grado de culpa permite concluir que su valoración aviene mediante la comparación del comportamiento del agente con aquel que habría tenido un modelo de hombre, acudiendo a los conceptos de diligencia, cuidado, pericia y prudencia.

Conforme a la jurisprudencia de la Casación Civil, el modelo con el cual se realiza el juicio comparativo es de carácter abstracto, es decir que se adopta un modelo ideal de hombre, aquel del *bonus pater familias*, y se determina cómo se habría comportado él en las mismas circunstancias del agente. Para ello la jurisprudencia ha acudido reiteradamente a la doctrina francesa, en especial a aquella ya vista de los hermanos MAZEAUD y A. TUNC, adoptando, por lo demás, la citada definición de culpa como aquel “error de conducta tal que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”¹⁰⁴.

103 En este sentido se ha expresado la Casación Civil: “El principio general, consagrado en el artículo 2341 del C. Civil, es relativo a que quien ha inferido daño a otro, intencional o culposamente, así la culpa sea leve o levísima, es obligado a la indemnización. [...] El artículo 2341 del C. Civil consagra el principio de que todo perjuicio causado por dolo o culpa, obliga a su autor a la cabal indemnización. No se exige una determinada culpa para que surja la obligación de resarcimiento. Es suficiente una culpa sin calificación, una culpa cualquiera, desde luego que no es indispensable que el autor del daño haya actuado con intensidad [*vis*] positiva de inferirlo o que se requiera, específicamente, que se le declare”. CSJ, cas. civ., Sentencia del 26 de enero de 1978, M.P.: G. GIRALDO.

104 En este sentido afirmó la Casación Civil: “La culpa delictual y la cuasidelictual son de naturaleza diferente. [...] Para que se dé la segunda es apenas menester que incurra en imprudencia o negligencia, por acto u omisión, o sea ‘en un error de conducta en el que no habría incurrido un individuo advertido colocado en las mismas circunstancias externas que el demandado’. En aquella se considera subjetivamente la actuación del agente, lo que vale decir que se aprecia

Se considera desafortunado, por ser contradictorio, que la jurisprudencia colombiana haya acudido a la doctrina francesa adoptando el modelo del *bonus pater familias*. Pues, si bien la doctrina francesa es del todo coherente, ya que la ausencia de una graduación de culpas en el *Code civil* le permite adoptar un único modelo de comparación, en el caso colombiano el codificador, en el artículo 63, estableció los diversos grados de culpa e identificó el modelo del *bonus pater familias* con el comportamiento cuidadoso del hombre medio, cuya violación da lugar a una culpa leve. Ello resulta contradictorio con el hecho de que la jurisprudencia ha sido unánime en afirmar que en materia extracontractual el agente responde por cualquier grado de culpa, esto es, aun por levísimo descuido o imprudencia. Por lo tanto, el modelo no puede ser aquel del hombre medio, sino, conforme al artículo 63 citado, el del hombre más esmerado, prudente y cuidadoso en sus asuntos más importantes. Así, la culpa consistiría en el error de conducta que dicho hombre, en las mismas circunstancias externas del agente, no habría cometido empleando la más exacta diligencia, prudencia y el mayor cuidado.

En conclusión, se trata de un régimen de responsabilidad civil subjetivo, sustentado en el principio según el cual el reproche del comportamiento del agente, sea porque fue doloso o culposo, es un elemento *sine qua non* para declararlo responsable. Además dicho régimen es, por regla general, probado, así que a la víctima le corresponde en el escenario judicial probar el dolo o la culpa; y en taxativos casos es presunto, caso en el cual le corresponde al agente demostrar la ausencia de cualquier grado de negligencia o imprudencia en su comportamiento.

B. La crisis del principio de la culpa: la deformación de su noción y el ‘traumático’ surgimiento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas en la jurisprudencia civil colombiana

Desde comienzos del siglo XIX el principio de la culpa, originado en el derecho intermedio y acogido en el *Code civil*, comenzó a entrar en crisis, pues resultó a todas luces insuficiente. La Revolución Industrial, ocurrida principalmente en Inglaterra pero que rápidamente se expandió por toda Europa, fue el escenario en el cual se cuestionó el régimen de la responsabilidad vigente, en especial en Francia, en razón a los accidentes que los trabajadores sufrían por el uso de máquinas. Luego, durante los siglos XIX y XX, la invención del automóvil, del ferrocarril, del avión y el surgimiento de grandes empresas y de grandes indus-

in concreto, y en ésta se la compara con el tipo de buen padre de familia o sea que se aprecia *in abstracto*. La no existencia de la última implica necesariamente la de la primera”. CSJ, cas. civ., Sentencia del 20 de febrero de 1948, M.P.: P. CASTILLO, GJ LXIII, n.º 2057-2058. En el mismo sentido cfr. CSJ, cas. civ., Sentencia del 2 de junio de 1958, M.P.: A. VALENCIA ZEA, GJ LXXXVIII, n.º 2198.

trias con alta tecnificación, siempre de la mano con el avance de la ciencia y la tecnología, trajeron como resultas una multiplicación y agravación de los riesgos que provenían de aquellas actividades, cuyo potencial de causar daños era cada vez mayor¹⁰⁵.

Como consecuencia de este fenómeno, la prueba de la culpa se tornó una carga excesiva, especialmente porque implicaba que la víctima probara un error de conducta en el ejercicio de actividades que cada día eran más complejas y tecnificadas. Debido a ello, en el derecho colombiano, la doctrina y la jurisprudencia se vieron forzadas a buscar salidas pretorianas con el fin de que los resultados nocivos de los accidentes ocurridos en este tipo de actividades fueran asumidos por los respectivos empresarios, para lo cual la Casación Civil acudió al artículo 2356 c.c.¹⁰⁶. Este artículo, cuya redacción se mantuvo intacta respecto al Código Civil de Chile y resulta una innovación respecto del *Code civil*, establece:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

Con el fin de fundamentar un régimen especial de responsabilidad por daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas, la jurisprudencia civil ha acudido de antaño a esta norma; sin embargo, desde 1938, cuando se produjo el primer pronunciamiento en tal sentido, hasta nuestros días, la Casación Civil ha interpretado de diversas maneras su contenido. Así, inicialmente afirmó que el artículo 2356 contenía una presunción de responsabilidad, luego que incorporaba simplemente una presunción de culpa o culpabilidad, y con menor rei-

105 Cfr. HINESTROSA, F., *Devenir del derecho de daños*, cit., 21. En el mismo sentido: SARMIENTO, G., *Estudios de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 345 s.

106 HINESTROSA, *Devenir del derecho de daños*, cit., 21.

teración también sostuvo que en esta norma se hallaba una obligación legal de resultado¹⁰⁷.

La primera manera de entender la norma fue planteada en un célebre fallo del 14 de marzo de 1938 con ponencia de RICARDO HINESTROSA¹⁰⁸, célebre no solo por la innovación que para su tiempo constituyó, sino porque hoy por hoy resulta, como se verá, una de las interpretaciones más plausibles del artículo 2356. Esta sentencia encontró en esta disposición una auténtica presunción de responsabilidad civil.

Consideró la Corte que el artículo 2356 no puede reputarse una repetición del artículo 2341 c.c., sino que prevé una situación muy distinta regulándola, como corresponde, en manera diferente. Afirmó al respecto: “así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que ‘pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona. Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que enseguida pasa a imponer”.

Sobre los casos enunciados en esta norma, se trata según el sentenciador de ejemplos o casos explicativos que correspondían en la época de la redacción del Código a los que generaban extraordinarios peligros, los cuales entraban dentro de la denominada teoría del riesgo,

... según la cual al que lo crea [el riesgo] se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por los hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades [...]. De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo [...] y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

Esta teoría, según la Corte, tiene cabida mediante la aplicación del artículo 2356, concluyendo:

107 Sobre la línea jurisprudencial desarrollada por la Casación Civil colombiana en torno a la responsabilidad por actividades peligrosas, cfr. recientemente PADILLA, J.; RUEDA, N. y ZAFRA, M., “Labor creadora de la jurisprudencia de la ‘Corte de Oro’. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y la responsabilidad por actividades peligrosas”, *Revista de Derecho Privado*, 26, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 105 ss.

108 CSJ, cas. civ., Sentencia del 14 de marzo de 1938, M.P.: R. HINESTROSA, GJ XLVI.

... entendido, de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, se tiene que al autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación poner a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruir la referida presunción demostrando uno al menos de estos factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño.

Pocos años después, en noviembre de 1940, la Casación Civil colombiana decidió atemperar su posición, negando que la teoría del riesgo tuviera aplicación en el ordenamiento nacional por vía de la interpretación del artículo 2356, y en cambio sostuvo que esta disposición contiene una presunción de culpa o culpabilidad, según la cual, por la naturaleza peligrosa de la actividad desarrollada por el agente, la víctima sólo debe probar el perjuicio sufrido y el nexo de causalidad, presumiéndose *iuris tantum* que el agente actuó con culpa; de esta manera se conservó ‘inalterado’ el fundamento subjetivo de responsabilidad, bajo régimen de culpa presunta. No obstante, dicha presunción sólo es susceptible de ser desvirtuada mediante la prueba de una causa extraña, es decir que el daño fue causado por un caso fortuito o una fuerza mayor, por el hecho de un tercero o por un hecho de la víctima¹⁰⁹.

En otras ocasiones la Casación Civil ha fundamentado la presunción de culpabilidad del artículo 2356, afirmando que esta contiene una ‘obligación legal de resultado’. Este concepto, que se originó en el campo de la responsabilidad contractual, fue traído al ámbito extracontractual afirmando:

... en el artículo 2356 el supuesto jurídico de la responsabilidad no es solamente haber faltado al deber general de obrar con una conducta prudente, sino que ese deber se desplaza hacia la obligación específica –de resultado– de no causar

109 En esta sentencia la Casación Civil afirmó: “tampoco ha aceptado, ni podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde que la interpretación del art. 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta, contraria a la del riesgo creado [...]. El artículo 2356 que se enfoca hacia los daños o perjuicios que puede causar el ejercicio de ciertas actividades peligrosas [...] parte de la presunción de peligrosidad anexa a ciertas actividades y por eso la carga de la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado porque así lo indica la naturaleza de la actividad peligrosa. La presunción de culpa que en el caso del artículo que se estudia pesa sobre el demandado, y lo obliga a la reparación del daño o perjuicio causado, puede ser desvirtuada por uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito e intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y ese elemento puede ser un error de conducta o sea la misma culpa de quien sufrió aquél, es decir de la víctima”. CSJ, cas. civ., Sentencia del 18 de noviembre de 1940, M.P.: L. ESCALLÓN, GJ L. La misma posición fue reiterada en sucesivos fallos, Cfr. CSJ, cas. civ., Sentencia del 16 de marzo de 1945, GJ LVIII. CSJ, cas. civ., Sentencia del 10 de junio de 1952, M.P.: A. HOLGUÍN, GJ LXXII.

daño en el ejercicio de una actividad que peligrosa o no en sí misma, bien por su naturaleza o ya por las circunstancias en que se desarrolla, requiere especiales precauciones¹¹⁰.

Estas dos últimas teorías, con algunas variaciones, han dominado la jurisprudencia civil en materia de responsabilidad por actividades peligrosas desde 1940 hasta la actualidad; sin embargo las mismas adolecen de graves impresiones teóricas que han llevado a una deformación del concepto mismo de culpa.

Como se vio, la jurisprudencia civil ha afirmado de manera invariable que si una persona, en ejecución de una actividad peligrosa, causa un daño a otra, solo se libera de la obligación resarcitoria demostrando el advenimiento de una causa extraña; es decir que la sola prueba de la diligencia, prudencia y pericia en el desarrollo de la actividad no basta para exonerarse.

Sin embargo, esta afirmación es inconciliable con la consagración de una presunción de culpabilidad, pues confunde la culpabilidad con la autoría misma del daño; puesto que el elemento extraño tiene por efecto romper el nexo de causalidad entre la actividad del agente y el daño, por lo tanto, ante la prueba de la causa extraña se dirá que el presunto responsable no causó el daño, sino que fue ocasionado por un hecho externo imprevisible e irresistible, por un tercero por cuyos actos no se está legalmente llamado a responder, o por un hecho de la misma víctima¹¹¹.

A la luz de lo anterior, resulta impreciso afirmar que el fundamento que la Casación Civil ha venido aplicando es de naturaleza subjetiva, bajo un régimen probatorio de culpa presunta, pues si ello fuere así el presunto culpable cuya conducta había causalmente ocasionado el daño, podría exonerarse tan solo probando debidamente que su actuar, en el desarrollo de la actividad riesgosa, fue acorde con la máxima diligencia y cuidado y que tenía la pericia necesaria para

110 CSJ, SNG, Sentencia del 14 de diciembre de 1961 GJ xcvi. En el mismo sentido se pronunció en fallos de 1995 y 1999, cfr. CSJ, cas. civ., Sentencia del 22 de febrero de 1995, M.P.: C. JARAMILLO, Exp. 4345, GJ, ccxxxiv. CSJ, cas. civ., Sentencia del 05 de mayo de 1999, M.P.: J. CASTILLO, exp. 4978, GJ, cclviii.

111 Como lo explica con plena claridad HINESTROSA, *La responsabilidad civil*, cit., 75: "elemento extraño, que rompe, que casa el vínculo aparente de responsabilidad, de causalidad. Caso fortuito o de fuerza mayor, intervención de un tercero, tercero identificado, uno o plural, tercero anónimo, uno o plural; y participación de la víctima, que de ordinario se suele denominar culpa de la víctima. Se trata aquí de si aparece o no como causa adecuada y en qué medida, un elemento extraño a la actividad del demandado y de las personas por las cuales está llamado legalmente a responder. ¿Cuál es el elemento extraño? En rigor pues todo está englobado dentro del rubro elemento extraño, como puede decir un niño sorprendido porque ha roto el florero; yo no fui, fue un niño tonto que entró. Fue el viento. No está en decir; la causa, la autoría está en mí, pero obré sin culpa, está fuera de mí y fuera de mí quiere decir no solamente la órbita personal, sino la de las personas que están a mi cuidado, bajo mi dependencia, por las cuales legalmente estoy llamado a responder, eventualmente también por las cosas, muebles o inmuebles, por cuya conservación e inocuidad respecto de terceros debo velar".

realizarla, es decir que se comportó como lo habría hecho un hombre juicioso y perito en sus mismas circunstancias¹¹².

Así, es insostenible afirmar la aplicación de una presunción de culpabilidad en materia de actividades peligrosas, como también resulta desafortunado el sostener la existencia de una ‘obligación legal de resultado’, pues la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de resultado, por ser una categoría propia del derecho negocial, requiere la existencia previa de un vínculo jurídico de carácter obligatorio, cuyas partes, deudor y acreedor, y su prestación se encuentren plenamente determinadas; en consecuencia, este tipo de obligación no es posible transporlarlo a la responsabilidad extracontractual, pues las partes carecen de todo vínculo jurídico previo y su único deber recíproco, que siendo un deber legal no constituye una obligación civil, es aquel del *neminem laedere*, es decir de no causarle daño a otro¹¹³.

En este orden de ideas, el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas que ha construido la jurisprudencia civil colombiana, ha sido desde su aparición de naturaleza objetiva, por cuanto prescinde de cualquier valoración subjetiva del comportamiento del agente, pues si la culpa no debe ser alegada ni probada por la víctima, ni es permitido al demandado exceptuar probando su ausencia, quiere decir que adolece por completo de relevancia en el juicio de responsabilidad¹¹⁴. No obstante, el aparente ropaje subjetivo que, mediante la presunción de culpa, la jurisprudencia ha querido darle al juicio de responsabilidad en estos casos, ha llevado a una completa deformación del mismo concepto de culpa, por cuanto en la práctica califica el simple ejercicio de una actividad peligrosa lícita como una conducta en sí misma culposa, es decir reprocha *per se*

112 Las críticas a la tendencia de la Casación Civil de fundamentar el régimen actual en una presunción de culpa han sido ampliamente expuestas por la doctrina colombiana; en particular, cfr. HINESTROSA, *Devenir del derecho de daños*, cit., 26. TAMAYO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Legis, 2007, 866 s. MANTILLA, F. y TERNERA, F., “La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano”, en *Temas de responsabilidad civil*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, 220 s. MANTILLA, F. y PIZARRO, C., “Responsabilidad por actividades peligrosas: aplique primero explique después”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, I, Bogotá, Diké, 2011, 331 s.

113 La clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado, importada de la doctrina francesa al campo de la responsabilidad contractual colombiana, permite determinar, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, qué es lo que el deudor debe y por tanto qué es lo que puede esperar y exigir el acreedor; es decir, establece las condiciones para la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor. En este sentido, en las obligaciones de resultado “el deudor asume el deber de un logro determinado, que naturalmente presupone el empleo de medios apropiados, pero que agrega la finalidad misma [...] [A] cá basta la afirmación del acreedor de no haber sido satisfecho, para imponerle al deudor la carga de probar su cumplimiento, so pena de responder por la indemnización de los perjuicios sufridos por tal motivo por el acreedor. La aseveración de incumplimiento permite respuesta de inocencia, por ausencia de culpa, o de no participación, por la presencia de un elemento extraño”: HINESTROSA, F., “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 3, Bogotá, 1986, 54.

114 MANTILLA y TERNERA, *La interpretación contra legem*, cit., 223.

el ejercicio de este tipo de actividades, sin una valoración concreta del específico actuar del agente, identificando la culpa con la simple peligrosidad¹¹⁵.

En este sentido, de entre las teorías avanzadas por la jurisprudencia resulta más plausible la interpretación del artículo 2356 que ofreció el fallo del 14 de marzo de 1938, y prontamente abandonada por la jurisprudencia, según la cual esta norma contiene una presunción de responsabilidad, por lo que probado el daño y la actividad peligrosa que causalmente lo ocasionó, se presume la responsabilidad de quien ejercía la actividad, prescindiendo de cualquier valoración subjetiva del comportamiento, pues la aplicación de la teoría del riesgo implica que ‘al que lo crea se le tiene por responsable’; sin embargo, la doctrina de la ‘presunción de responsabilidad’ no está exenta de críticas¹¹⁶.

En agosto de 2009 una sentencia de la Casación Civil, con ponencia de WILLIAM NAMÉN¹¹⁷, intentó modificar este andamiaje teórico ya arraigado en la jurisprudencia, proponiendo que en materia de actividades peligrosas no opera ningún tipo de presunción de culpa ni de responsabilidad, sino que se trata de un auténtico régimen objetivo de responsabilidad, ajeno a cualquier tipo de valoración subjetiva del comportamiento del agente.

Este fallo, luego de hacer un estudio de la doctrina y la jurisprudencia que le antecede, puso de presente las críticas que con relación a la presunción de culpabilidad ya fueron expuestas. Afirmó el sentenciador que el fundamento de dicho régimen se encuentra en el artículo 2356, el cual no contempla ningún tipo de presunción, sino, como ya se había afirmado en el fallo de 1938, la exigencia de

115 Así resulta de la lectura de la jurisprudencia civil del tema; en este sentido, en sentencia de 1995 se afirmó: “La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendidas la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar este último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación, e inútil será por lo tanto que este último, guardián de la actividad y demandado en el proceso, intente establecer que observó la diligencia debida; su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero”. CSJ, cas. civ., Sentencia del 22 de febrero de 1995, M.P.: C. JARAMILLO, exp. 4345, GJ CCXXXIV. En este caso expresamente la Corte acudió a la ‘razón natural’ para establecer el carácter descuidado e imprudente de una actividad, por el solo hecho de tener la naturaleza de peligrosa.

116 Se consideran acertadas las críticas al concepto de ‘presunción de responsabilidad’ avanzadas por MANTILLA y PIZARRO, *Responsabilidad por actividades peligrosas*, cit., 357, para quienes esta expresión está desprovista de sentido, argumentando: “En efecto una norma de responsabilidad tiene, en principio, dos elementos: (i) un supuesto de hecho con varias condiciones, una conducta –que en los regímenes subjetivos se califica como culposa–, un vínculo causal y un daño; y (ii) una sanción: indemnizar. [...] Ahora bien, las normas de presunción se refieren a los supuestos de hecho de las normas sustantivas, invirtiendo la carga de la prueba. En este orden de ideas, respecto a las normas de responsabilidad, sólo se podrían presumir la valoración de la conducta como culposa, el daño o el vínculo causal. La presunción se refiere a las condiciones del supuesto de hecho, no a la sanción”.

117 CSJ, cas. civ., Sentencia del 24 de agosto de 2009, M.P.: W. NAMÉN, exp. 1054.

que el daño sea imputable¹¹⁸. Concluyó el fallo que la responsabilidad por actividades peligrosas

... es una responsabilidad objetiva en la que no opera presunción alguna de responsabilidad, de culpa, de peligrosidad, ni se basa en la culpabilidad, sino en el riesgo o grave peligro que el ejercicio de estas actividades comporta para los demás. La noción de culpa está totalmente excluida de su estructura nocional, no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse.

El razonamiento de la Corte en esta ocasión puso de presente un argumento que se considera fundamental, según el cual las normas sobre responsabilidad elaboradas en un contexto social, cultural, económico y político diferente deben adaptarse a las necesidades de la época moderna, caracterizada, por un lado, por la necesidad de una tutela mayúscula a la víctima, y por otro, por el dinamismo económico, científico y tecnológico que ha traído consigo la agravación de los riesgos en las actividades humanas, desde las más esenciales hasta las más complejas del tejido social.

Infelizmente esta argumentación no tuvo continuidad en la Casación Civil y fue pronto abandonada. Así, en sentencia de agosto de 2010, con ponencia de RUTH MARINA DÍAZ, fue retomada la teoría de la presunción de culpa, en los mismos términos en que la jurisprudencia la había planteado desde 1940, es decir que sólo puede desvirtuarse mediante la prueba del elemento extraño¹¹⁹. En el mismo sentido, en un fallo más reciente, del 18 de diciembre de 2012, con ponencia de ARIEL SALAZAR, la Casación Civil reiteró su posición acerca de la presunción de culpa en materia de responsabilidad extracontractual por activi-

118 Afirma la Corte: “Por otra parte, la exigencia de imputación del daño a ‘malicia’ o ‘negligencia’, para excluir la reparación del detrimento ajeno al dolo o culpa es francamente insostenible. A este razonamiento se ha replicado, *mutatis mutandis*, que no es ni puede ser la *ratio legis* de la disposición, pues, tesis de tal naturaleza conduciría al inadmisibles por absurdo reconocimiento de una justificación jurídica para causar daños en ejercicio de una actividad peligrosa, los que no serían reparables al no imputarse a la malicia o negligencia, dolo o culpa del sujeto. Postura como ésta, se ha expresado, en estrictez, dejaría impune el daño causado en virtud de una actividad peligrosa cuando no provenga de una conducta dolosa o culposa, tanto más que debe partirse por elementales reglas de experiencia de que quien la ejerce, de ordinario, adopta toda la diligencia y cuidado exigible, pues sería absurdo partir de la hipótesis diversa, es decir, de una actuación negligente, imprudente, errónea o contraria a las reglas o estándares objetivos de conducta exigibles a la empresa, profesión, actividad u oficio”.

119 La Corte justificó su posición afirmando: “este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido [de] que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho”. CSJ, cas. civ., Sentencia del 26 de agosto de 2010, M.P.: R. Díaz, exp. 0611.

dades peligrosas¹²⁰. De esta manera la Corte reafirmó el constante error en que ha incurrido al confundir el nexo de causalidad con la culpabilidad, y con ello arropar un régimen objetivo de responsabilidad con un velo subjetivo.

Este andamiaje teórico de la jurisprudencia de la Casación Civil, en el sentido de insistir en la culpa como único y exclusivo fundamento de la responsabilidad, aplicando en una forma desacertada una presunción de culpa, tiene su razón de ser en el carácter ‘culpabilístico’ del Código Civil, que, como se vio a lo largo de este trabajo, fue condicionado por la tradición que le antecede, especialmente por la interpretación del derecho romano realizada por los juristas de derecho intermedio y por las proposiciones de la escuela iusnaturalista que influenciaron las primeras codificaciones.

Este fuerte condicionamiento de la declaración de responsabilidad a la culpa, como resulta lógico, se expresa también en el artículo 2356 c.c. colombiano, el cual no sólo en su primer inciso hace referencia a ella cuando se refiere a “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona”, sino también en los ejemplos que componen los sucesivos incisos, en los cuales, a pesar de ser actividades que para la época de su redacción se consideraban peligrosas, la responsabilidad está condicionada a la existencia de un error de conducta. Así, el numeral primero se refiere al uso imprudente de un arma; el segundo a no tomar las precauciones necesarias antes de emprender la remoción de losas de una acequia o cañería, y el tercero a tener en mal estado un acueducto o fuente que atraviesa un camino. Por lo que resulta evidente que el codificador consideraba que la responsabilidad en este tipo de actividades no derivaba de su simple

120 El fallador afirmó en esta ocasión: “no existe ninguna razón para considerar que esta Corte haya variado su criterio frente a la exigencia del factor subjetivo como condición de posibilidad para endilgar responsabilidad patrimonial por el ejercicio de actividades peligrosas, pues la presunción de culpa contenida en la norma no sólo tiene profundas raíces en nuestra tradición jurídica y filosófica sino que, además, responde a un esquema lógico argumentativo perfectamente coherente dentro del sistema de derecho civil [...]. Pues bien, en verdad que tal señalamiento no deja en evidencia ninguna inconsistencia al interior de la teoría subjetiva, dado que no son pocas las ocasiones en las que la prueba de la debida diligencia y cuidado sólo puede obtenerse mediante la verificación de una causa extraña. Precisamente, en tratándose de actividades peligrosas, suele ocurrir que la prueba de la diligencia es tan difícil, que usualmente se exige al demandado que demuestre con precisión cómo fue que el accidente ocurrió a pesar de haber empleado el debido cuidado. De manera que, en el fondo, la carga de la prueba de la diligencia se traduce en la demostración de que el daño se produjo por un hecho que no tiene ninguna relación con el ámbito de cuidado del presunto responsable. No es, entonces, que la observancia del deber de cuidado no sea suficiente para refutar la presunción de culpa, sino que la demostración de ese hecho es de tal rigor en esta especie de actividades que, por obra de la presunción legal, se forma en la mente del sentenciador la convicción de que el perjuicio se causó con culpa de su autor; de manera que únicamente la prueba de la causa extraña resulta idónea para corroborar la ausencia de culpa del demandado”. La doctrina de la presunción de culpa en materia de actividades peligrosas ha sido reiterada por la jurisprudencia civil hasta la actualidad. Cfr. csj, cas. civ., Sentencia del 29 de mayo del 2014, M.P.: M. CABALLERO, exp. 0199.

ejercicio, sino del hecho de realizarlas de manera imprudente, descuidada y sin las precauciones del caso¹²¹.

La responsabilidad civil, como el derecho en general, debe responder a las necesidades sociales actuales, y sus reglas deben adaptarse a medida que la realidad política, económica, social y científica avanza, para dar una respuesta eficiente a los conflictos que nacen de dicha realidad. Por ello, en materia de responsabilidad extracontractual, “lo primordial ha de ser cómo evitar que la víctima de un infortunio, de un daño accidental, tenga que soportar sola sus consecuencias, o más propiamente hablando, procurar que tenga con qué sobrellevarlas y sobreponerse a ellas, para su propio alivio y para bien de la sociedad”¹²². A esta necesidad, en la práctica, nuestra jurisprudencia civil respondió prontamente, considerando que en materia de daños ocurridos cuando el agente ejecutaba una actividad peligrosa, está obligado a resarcir dicho daño, pues la equidad así lo amerita.

No obstante, la Casación Civil ha razonado de manera desafortunada, promulgando una defensa a ultranza del principio de la culpa que, como se vio, ha llevado a la deformación de su misma noción. Con todo, se considera que esta incongruencia, ya arraigada en la jurisprudencia, podría superarse si se comprende que la culpa no constituía en su origen un elemento esencial de la responsabilidad *ex lege Aquilia*, sino que a ella los juristas acudían cuando así lo exigían la equidad y la justicia, con el fin de que no quedaran impunes aquellas conductas que, a pesar de estar justificadas objetivamente, eran reprochables subjetivamente y que habían atentado contra los intereses privados de un individuo; en este sentido, la culpa en el derecho romano constituyó un instrumento que permitió ampliar los confines de la tutela jurídica de la esfera patrimonial ajena.

121 Resulta interesante el análisis de J. BARRIENTOS, “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro ‘Código Civil imaginario’”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 13, Universidad Católica de Valparaíso, 2009, quien afirma que ANDRÉS BELLO en la redacción del artículo 2329 c.c. ch. (2356 c.c. col.) tuvo como fuente las VII Partidas, específicamente la partida VII, en la cual se encontraban regulados casos similares a aquellos ejemplificados en la mencionada disposición. Afirma además que lo que pretendió Bello con el artículo 2329 fue conceder el resarcimiento de un daño cuando fuere causado por una conducta no constitutiva de un delito o cuasidelito, es decir, carente de una consecuencia sancionatoria en el derecho punitivo. En este sentido, los artículos 2343 y 2356 c.c. col. no son dos disposiciones con una misma regla pues, según el autor, la primera prevé la responsabilidad por los daños ocasionados por una conducta delictual, mientras la segunda, sin que contenga ningún tipo de presunción, contempla los daños ocasionado por una conducta dolosa o negligente que no constituye un delito penal.

122 HINESTROSA, *Devenir del derecho de daños*, cit., 22. Asimismo afirma acertadamente el autor: “en materia de responsabilidad, la humanidad dio pensablemente un paso adelante al abandonar la responsabilidad objetiva, estricta, para vincular solamente a quien hubiera obrado intencionalmente o a lo menos con negligencia o imprudencia. [...] Sin embargo, el tratamiento del derecho de daños con ese criterio, sin fundamento plausible, desprotege a las víctimas, abrumadas por la múltiple carga probatoria, especialmente del error de conducta, del error del daño, ocurrido las más de las veces de manera inapropiada”.

Hoy en día, la misma equidad reclama espacios de la responsabilidad no cubiertos por la culpa, con el fin de ampliar la tutela resarcitoria, especialmente cuando se trata de daños ocasionados por actividades que cada vez son más complejas, más ‘anónimas’ y sobre todo con mayor potencial de causar daños, frente a los cuales la prueba de una culpa del agente resulta una carga excesiva para la víctima. Esta tarea, subsidiariamente, le compete al juez civil, quien está llamado a interpretar y aplicar el derecho con base en los principios del ordenamiento, como lo es la equidad, por lo menos mientras no haya una intervención del legislador, a quien le compete primariamente establecer un régimen especial de responsabilidad para las actividades peligrosas; para lo cual podrían ser un referente importante las últimas reformas a los códigos civiles latinoamericanos: al Código Civil de Brasil, de 2002, y al Código Civil y Comercial de Argentina, de 2014, en que el legislador estableció un régimen de responsabilidad objetivo para el caso de daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas¹²³.

Bibliografía

- ASTOLFI, R., “Sabino e la ‘*culpa ex lege Aquilia*’”, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 59, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, 1993.
- BOTERO, F., “El oscuro origen de las actividades peligrosas en el derecho colombiano ¿es necesaria una relectura del artículo 2356 del Código Civil?”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, 1, Bogotá, Diké, 2011.
- CANNATA, C. A., “Genesi e vicende della colpa aquiliana”, *Labeo* 17, Nápoles, 1971.
- CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, Torre, 1995.
- CANNATA, C. A., “Sul testo della *lex Aquilia* e la sua portata originaria”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica: I Congresso internazionale ARISTEC*, Madrid, 1993, Turín, Giappichelli, 1995.

123 C.c. br. de 2002, art. 927: “*Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

C.c. y de co. arg. de 2014, art. 1757: “*Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención*”.

- CARDILLI, R., “Gestione empirica dell’imputazione e ‘culpa adnumeratio’ nella riflessione dei giuristi romani”, *Index* 74, Nápoles, Jovene, 2014.
- CARDILLI, R., voz “Danno (diritto romano)”, *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, IV, Nápoles, ESI, 2011.
- CERAMI, P., “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica: I Congresso internazionale ARISTEC*, Madrid, 1993, Turín, Giappichelli, 1995.
- CORBINO, A., “Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano”, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 75, Roma, Lateran University Press, 2009.
- CORBINO, A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padua, Cedam, 2005.
- CURSI, M., *Iniuria cum damno, antigjuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milán, Giuffrè, 2002.
- CURSI, M., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles, Jovene, 2010.
- DE ROBERTIS, F., *Dammum iniuria datum: Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari, Caccuci, 2000.
- DEL PORTILLO, L., “El farol del posadero”, *Labeo* 29, Nápoles, Jovene, 1983.
- DEL CASTILLO, M., *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1994.
- DOMAT, J., *Loix civiles dans leur ordre naturel II*, Paris, 1835.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. (trad.), *Cuerpo del derecho civil romano*, MOLINAS, J. (ed.), Barcelona, 1889.
- GUZMÁN BRITO, A., “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, en *De la codificación a la descodificación*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2006.

- HINESTROSA, F., “Devenir del derecho de daños”, *Roma e America. Diritto romano comune*, 10, Módena, Mucchi, 2000.
- HINESTROSA, F., “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 1986.
- HINESTROSA, F., “La responsabilidad civil”, en *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.
- IGLESIAS, J.; J. ROSET, M. ABELLÁN Y J. ARIAS (trad.), *Gayo, Instituciones*, Madrid, Civitas, 1985.
- KUPISCH, B., “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica: I Congresso internazionale ARISTEC*, Madrid 1993, Turín, Giappichelli, 1995.
- MANTILLA F. y F. TERNERA, “La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano”, en *Temas de responsabilidad civil*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2004.
- MANTILLA F. y C. PIZARRO, “Responsabilidad por actividades peligrosas: aplique primero, explique después”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, 1, Bogotá, Díké, 2001.
- MAYORGA, F., “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 14, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1991.
- MASSETTO, G., voz “Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)”, *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milán, Giuffrè, 2008.
- MAZEAUD, H. y L. y A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 2, L. Alcalá (trad.), Buenos Aires, Ejea, 1962.
- MOMMSEN, T. y P. KRUEGER, *Digesta seu pandectae Iustiniani augusti*, Berolini, Apud Weidmannos, 1962.
- MONTEMAYOR, M. (trad.), *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, Ciudad de México, UNAM, 1994.
- PADILLA, J.; N. RUEDA y M. ZAFRA, “Labor creadora de la jurisprudencia de la ‘Corte de Oro’. Los ejemplos de la causa del contrato, el error de derecho y

- la responsabilidad por actividades peligrosas”, *Revista de Derecho Privado*, 26, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PIRO, I., *Damnum ‘corpore suo’ dare rem ‘corpore’ possidere*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- POTHIER, J., *Traité des obligations* 1, Paris, Didure, 1768.
- PUFENDORF, S., *Il diritto della natura e delle genti o sia sistema generale de’ principii li più importanti di morale, giurisprudenza, e politica* II, G. Almici (trad.), Venecia, 1757.
- RASI, P., “L’actio ex legis Aquiliae e la responsabilità extracontrattuale nella glosa”, *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani*, Milán, Giuffrè, 1968.
- RODRÍGUEZ-ENNES, L., “Contribución a una nueva hipótesis interpretativa de D. 9.2.31”, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, II, Madrid, Universidad Complutense, 1988.
- ROTONDI, G., “Dalla *lex Aquilia* all’art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche”, *Rivista di diritto commerciale* n.º 14, 1916 y n.º 15, 1917.
- SARMIENTO, G., *Estudios de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- SCHIPANI, S., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Turín, Giappichelli, 2009.
- SCHIPANI, S., *Responsabilità “ex lege Aquilia”. Criteri di imputazione e problema della “culpa”*, Turín, Giappichelli, 1969.
- TALAMANCA, M., voz “Colpa (storia)”, *Enciclopedia del diritto*, VII, Milán, Giuffrè, 2008.
- TAMAYO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, Bogotá, Legis, 2007.
- VALDITARA, G., *Damnum iniuria datum*, Turín, Giappichelli, 2005.
- VALDITARA, G., “Dalla *iniuria* alla culpa. Su una dibattuta questione”, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 75, Roma, Lateran University Press, 2009.
- VOCI, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milán, Giuffrè, 1939.

VOCI, P., “‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’. I dati fondamentali”, en *Studia et documenta historiae et iuris*, 56, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis, 1990.

ZILLOTTO, P., *L'imputazione del danno aquiliano*, Padua, Cedam, 2000.