

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reacción permitirá que no convirtamos a una provincia argentina en un basurero. En la medida en que tomemos conciencia del daño ecológico, vamos a poder actuar. Debemos tomar conciencia de esto y debemos educarnos sobre esto. Todos sabemos que hay gente que ni siquiera tiene acceso a los tribunales y no es porque no haya derecho, lo hay; sucede que lo que no hay es dinero para llegar a un tribunal. Esto lo dice un juez del conurbano. Lo sé muy bien. Entonces, no es que no haya derecho, no hay dinero para exigir su aplicación. Esta diferencia también sucede en el ámbito internacional. Somos un país pobre y doblegado por muchas inadecuadas administraciones, o por no saber o por hacer mal las cosas. Lo cierto es que la Argentina, como muchos otros países de Latinoamérica, no tiene todavía potencialidad de presencia internacional para decir: no quiero. Por eso muchas veces nos imponen cosas, y si insisto en el tema farmacológico es porque es realmente dramático. Pero también está el tema de la contaminación, que es muy importante, quizás, porque lo único que Dios nos deja a los latinoamericanos sea precisamente uno de los ambientes más sanos del mundo, pero si no lo sabemos cuidar, no pasarán muchos años antes de que se instalen en nuestro medio las industrias sucias o contaminantes cuya erradicación es un reciente objetivo de los países industrializados y contaminados.

DOCTOR ALTERINI. - ¿Desea agregar algo más?

DOCTORA BIOCCA. - No; solamente agradecerle su invitación. Muchas gracias.

- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO . - Le agradezco a la doctora porque ha sabido suplir con su talento y su manejo de auditorios una circunstancia especial inesperada; una mesa redonda con un solo relator. Muchas gracias.

**Tema: LA PERSONA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Relatores: PROFESORES DOCTORES HÉCTOR A. DELLA COSTA, NELLY D. LOUZÁN DE SOLÍMANO, MARIO CÉSAR RUSSOMANNO, GUILLERMO ALLENDE Y ALFREDO DI PIETRO

Fecha: 3 DE OCTUBRE DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Hoy es la oportunidad para que los profesores romanistas de esta Facultad, que indudablemente tiene un elenco sobresaliente diserten sobre un tema tan importante como es el de la persona y la responsabilidad civil.

Según el orden que ellos acordaron, expondrán sucesivamente el doctor Della Costa, la doctora Louzán de Solimano, el doctor Russomanno, el doctor Allende y el doctor Di Pietro.

Escuchamos al doctor Della Costa.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

DOCTOR DELLA COSTA.

Como me toca iniciar esta reunión, voy a exponer sobre un tema que siempre me es grato, el del aspecto etimológico, es decir la terminología alrededor de la cual se van a desarrollar los trabajos o las exposiciones.

En el título de la reunión de hoy tenemos dos términos importantes que vamos a tratar de vincular entre sí después de establecer y definir su significado específico: persona y responsabilidad.

Sabemos que el término "persona" fue tomado con sentido técnico - jurídico por los juristas romanos; ya en los clásicos encontramos con suma frecuencia la cita de este vocablo.

La palabra "persona", que deriva del verbo latino personare, que quiere decir sonar intensamente, se aplicaba a las máscaras de teatro que identificaban el carácter general del personaje y la funcionalidad que ese personaje tenía en el desarrollo del drama. Por eso en las ediciones de teatro clásico, de teatro antiguo, suele encontrarse en la primera página esta frase: *Dramatis personae*, o sea, los personajes de la acción, del drama.

Sobre la base de esta metáfora teatral, los juristas romanos le dieron un contenido específico y técnico a la palabra "persona", que en realidad se refiere al hombre, más que en su naturaleza humana, en su funcionalidad jurídica, en cuanto actúa y es considerado por el derecho con capacidad o sin ella.

La palabra "persona" típicamente se utiliza para hablar de lo que diríamos hoy el sujeto del derecho. Pero también hay textos romanos donde el término "persona" está tomado en el sentido de un individuo humano que ocupa una determinada función, incluso una función de objeto, como el esclavo.

La palabra "persona" se utiliza típicamente para el *sui iuris*, menos típicamente para el *filius familiae*, o sea, para la persona libre bajo potestad, y también, en ocasiones, para designar al esclavo, y así se dice *persona servilis*, *persona servi*, y otras expresiones similares.

En cambio, la palabra *homo*, hombre, es utilizada en la literatura jurídica con un sentido un poco peyorativo, como diciendo: "hombre, nada más que hombre" . Cuando se dice *homo* casi siempre se alude a un esclavo. Sólo más tarde en el lenguaje de la compilación justiniana la palabra *homo* se empieza a usar en el sentido de persona humana por una indudable influencia del cristianismo, ya que en los textos evangélicos se designa a menudo a la persona de Cristo como el "Hijo del Hombre".

Esa dignificación de la palabra "hombre" que aparece en los textos del Nuevo Testamento se traduce después en una dignificación jurídica de la misma palabra. En cambio, cuando los textos romanos utilizan el plural *homines*, los hombres, más bien quieren decir el género humano, la generalidad de los hombres a través de todos los pueblos.

Siguiendo esta distinción, podemos significar, en cuanto a la persona humana - hacemos abstracción del aspecto teológico que podría distinguir la persona divina de la persona humana -, considerada por el derecho humano, por el *ius*, que vemos funcionar en el derecho romano de tres

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

maneras. Una - ya lo dijimos - es la típica y principal, se refiere al hombre sui iuris, que no tiene dependencia jurídica de nadie; luego, también el filius familiae, que tiene algunos derechos propios, como pueden ser sus derechos políticos y el derecho de contraer matrimonio (ius connubii), es decir que no le falta una cierta capacidad jurídica al filius familiae; y, finalmente, el esclavo, que en principio y como línea general es el que carece de capacidad.

En estos casos, sobre todo en el primero, en el del sui iuris, que vendría a ser el sujeto pleno de derecho, la persona siempre es, en una expresión que no es romana, "responsable" en alguna medida, ya sea esa medida mínima u ocasional. Vale decir que la condición de persona implica alguna forma de responsabilidad. Ya vamos a ver qué queremos decir con esto de la responsabilidad que, reitero, no es término romano.

La acepción romana de responsabilidad quería decir otra cosa. El verbo respondere, que significa "volver a prometer", equivalía a constituirse en fiador de alguien. Pero después, ya muy tarde en la evolución de la doctrina jurídica civil, en los siglos XVII y XVIII, puede rastrearse los primeros casos, en la doctrina francesa prenapoleónica, o sea, antes de la codificación, del uso moderno de la palabra "responsabilidad" (responsabilité).

Veamos los distintos aspectos que puede encerrar la palabra "responsabilidad", que en derecho es multívoca, aun dentro del derecho civil, porque en el derecho penal también tiene sus acepciones propias.

Limitándonos al derecho civil, podemos aplicar la palabra responsabilidad en casos como los siguientes: que el conductor fue el responsable del choque; o que el jefe es el responsable de su oficina; o que tal persona es responsable en todos sus comportamientos; o que tal otro es mal pagador, pero, en definitiva, es hombre responsable. Finalmente, diremos que una obligación sería un vínculo meramente teórico, si el deudor - o un tercero por él - no fuese responsable de la deuda.

Así queremos decir respectivamente: que el conductor fue el causante del daño (responsabilidad - fuente aquiliana, es decir, cuando la responsabilidad causa la relación jurídica); que el jefe decide lo que se hace en su oficina (responsabilidad - mando); que alguien es cuidadoso de sus actos (responsabilidad - conducta) que alguien dispone de medios para cubrir sus deudas, aunque no las pague (responsabilidad - solvencia). El último caso que hemos mencionado, que es de capital importancia, se refiere a que un deudor, además de su abstracto deber de cumplir, está sujeto a alguna consecuencia legal si no cumple: en su vida, en su libertad, en su patrimonio, etcétera, a lo que podemos llamar la responsabilidad - sujeción, que es propia de todo deudor. Así, el deudor por contrato es responsable en este último sentido, mas el deudor por delito es responsable doblemente: con esta misma acepción, pero además como generador del daño que debe reparar, es decir, por su responsabilidad aquiliana.

La responsabilidad aquiliana crea el deber; la responsabilidad - sujeción sustenta su cumplimiento. El término no es romano, reitero, aunque nos valgamos de él para explicar la estructura de la obligación romana en su doble aspecto de deber abstracto y de responsabilidad o sujeción a las

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

consecuencias del incumplimiento. En realidad, es una acepción extensiva del verbo latino al que nos hemos referido anteriormente, *respondere*. Inicialmente la idea indica que alguien asume la deuda de otro, pero en la actualidad se la ha tomado en todas estas acepciones que he descripto precedentemente.

DOCTORA LOUZÁN DE SOLÍMANO.

En Roma, a los primitivos tiempos de la venganza privada y la ley del talión le va a suceder la época de la composición voluntaria y, más tarde, el Estado va a tratar de poner fin a aquélla, reemplazándola por una suma de dinero que valía tanto como el rescate del daño padecido.

Se fueron tomando en cuenta los hechos lesivos que se producían con mayor frecuencia, fijándose los montos de las distintas reparaciones.

Los romanos no tuvieron una norma general de responsabilidad en realidad, el término en sí les era desconocido, sólo intentaban una respuesta al daño causado o al incumplimiento de la obligación.

El término responsabilidad aparece como tal en el Derecho Canónico. Dice, al respecto, Sandro Schipani que en Francia aparece alrededor del 1300 y después citada en varias oportunidades en el Código napoleónico, y en Inglaterra, sólo en el siglo XVIII.

En Roma encontramos la palabra *respondere* o *responsibus*, pero no *responsabilitate*. Sólo podemos hablar en cierta forma de responsabilidad objetiva en el derecho clásico, y en el derecho justiniano, de responsabilidad subjetiva.

Cuando se ve culpa, en realidad significa "causa", algunas veces los textos son interpolados.

La existencia de una culpa en el derecho clásico resulta de las circunstancias objetivas que rodean al daño, más bien que del estado de espíritu de su autor.

No se estaba obligado por no haber culpa cuando se hubiese advertido del peligro mediante el aviso *cave canem*. Como el ejemplo del leñador que poda las ramas de los árboles y hiere a una persona; su culpabilidad dependerá de que trabajara en el borde de un camino o en el medio del bosque.

El casuismo tan característico no solamente de la legislación romana sino también de la mente de sus jurisconsultos se manifiesta en la falta de un principio general de responsabilidad civil.

Uno de los supuestos interesantes en el Derecho Romano, que tiene vigencia en nuestro Código Civil como una aplicación de sus principios, es el referido a las acciones noxales, es decir, a las obligaciones contraídas por los *alieni iuris* (hijos de familia) y los esclavos que podían provenir de hechos lícitos e ilícitos.

Comentarios al Edicto Libro XVIII

Parágrafo 4: "Mas por esta acción se obliga el capitán de la nave en nombre propio a saber, porque lo ha de imputar a su culpa el que empleó tales hombres, y por esto aunque hubieren fallecido, no quedará relevado de responsabilidad. Pero en nombre de sus propios esclavos se obliga

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

únicamente por la acción noxal; porque cuando emplee los ajenos, debe explorar cuáles sean su fidelidad y su probidad, respecto a los suyos es digno de indulgencia, si hubiera empleado cualesquiera para equipar la nave."

Parágrafo 6: "Estas acciones, aunque son honorarias, son, sin embargo, perpetuas, pero no se darán contra el heredero. Por esto, si un esclavo administró la nave y murió, tampoco se dará la acción de peculio contra el señor, ni dentro del año. Pero cuando, contra la voluntad del padre o del señor, administra el esclavo o el hijo la nave, o la venta, o el mesón, opino que también deben soportar solidariamente esta acción, como si solidariamente hubieren aceptado la responsabilidad de todo lo que allí acontece."

De las obligaciones y acciones Dig. 44, 7, 5, 5. Gayo; Diario; Libro III: "También se considerará que está obligado por un casi delito aquel de cuyo cenáculo o propio del mismo, o arrendado, o en el que habitaba gratuitamente, se arrojó o se vertió, alguna cosa de modo que le cause un daño a alguien; mas no se entiende que esté proporcionalmente obligado por un delito, porque las más de las veces está obligado por la culpa de otro, ya de un esclavo, ya de un hijo. A éste es semejante el que en aquella parte por la que originariamente se suele pasar tiene puesto o suspendido algo que, si cayere, puede causar daño a alguien. Y por esto, si un hijo de familia habitare separado de su padre y si de un cenáculo se hubiera arrojado o vertido alguna cosa, o si en el que tuviera puesto o suspendido algo, cuya caída es peligrosa, le pareció bien a Juliano, que no se ha de dar contra el padre ni la acción de peculio, ni la noxal sino que se ha de litigar contra el mismo hijo."

Cuando el hijo de familia o el esclavo había obrado espontáneamente, es decir, sin orden del pater familiae o amo, éstos podían ser perseguidos por la víctima, pero en tal caso no se hallaban personalmente obligados ex delicto, sino que simplemente debían entregar al culpable o, en su defecto, pagar a la víctima la pena correspondiente.

El medio que ejercitaba en este supuesto la víctima contra el pater o el amo recibía el nombre de acción noxal porque el demandado tenía el derecho de elegir entre pagar las condenas pecuniarias (litis aestimatio), o abandonar al autor del daño (noxae dare vel dedere). La palabra noxa designa el cuerpo que ha causado el perjuicio, y por extensión se llama noxia al daño producido.

El origen de las acciones noxales es muy antiguo; la Ley de las XII Tablas ya las acordaba para el caso de hurto; luego se las extendió al *damnum iniuria datum* de la Ley Aquilia; más tarde el pretor va a concederlas a las injurias, y en el derecho clásico todas las acciones derivadas de delitos y cuasidelitos pudieron ser intentadas como noxales.

Con respecto al fundamento, en el derecho primitivo, la víctima del delito se podía apoderar de la persona del delincuente a fin de vengarse sobre él, pero tratándose de un *alieni iuris* o de un esclavo, la facultad que se le reconoció al acreedor se contrariaba con la potestad que sobre ellos ejercía el pater o amo; motivo por el cual se debía dirigir contra éste, para solicitarle

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la entrega del culpable, aunque reconociéndosele el derecho de evitar el abandono del hijo o esclavo, pagando a la víctima la pena pecuniaria correspondiente.

En el Bajo Imperio el abandono noxal de las hijas de familia ya no se practicaba, y en la época justiniana se suprimió definitivamente también para los hijos.

Para terminar este pequeño bosquejo, voy a citar al ilustre jurista alemán Rudolf von Ihering, cuando dice: "La idea de culpa es la base de la distinción entre la injusticia objetiva y la injusticia subjetiva", y no se puede concebir que en el derecho romano clásico existiera una responsabilidad sin culpa. Es así como se puede decir que no hay relación jurídica que no esté afectada por esta idea, es decir, en la cual la ausencia o presencia de la culpa no comporte una diferencia de responsabilidad. Y concluye afirmando que "la noción de culpa es la medida general de la responsabilidad en el derecho romano privado; en la época de su desarrollo."

Y es por ello que, en el Derecho bizantino, en lugar de examinar simplemente la relación que une el daño con la actividad del deudor, se aplica a un examen de la conducta del deudor y se la compara con la de un buen administrador o a su manera habitual de actuar; establece así grados en la culpa y admite que, según los casos, el deudor será responsable, de su culpa grave, de su culpa leve, considerada de una manera abstracta y concreta, o aun de su culpa levisima.

DOCTOR RUSSOMANNO.

La charla que estamos haciendo tiene la importancia de transmitir a nuestros oyentes qué proponemos presentar en las próximas jornadas nacionales de derecho civil a realizarse el año próximo.

Mi intención, respondiendo al temario, es precisar dos ponencias que ya he ofrecido en otros eventos similares, pero fuera del país: uno tuvo lugar el año pasado en Lima, Perú, y el otro, hace un mes en Río de Janeiro, Brasil.

Las dos ponencias responden Exactlymente al Temario. Una de ellas se acerca de la personalidad del concebido, del nasciturus, tema respecto del cual existen diversas opiniones.

Leer la ponencia excedería en mucho el tiempo de que dispongo, por lo que seré sumamente breve en mi exposición.

El concepto de persona ha sido distinto en la historia del derecho. Como explicaba el profesor Della Costa, el concepto de persona emerge de personare, la máscara que usaban los actores para ahuecar la voz. En suma, quiere significar el papel que desempeña el ser humano en la sociedad, es decir, no el sujeto capaz, sino simplemente el ser humano, y por eso Gayo decía que la principal división del derecho de las personas radicaba en que éstas podían ser libres o esclavas. El esclavo es, pues, persona, por lo menos para el derecho romano. Entonces no se utilizaba en el derecho romano la palabra "persona" como sinónimo de sujeto de derecho. Quizás esa acepción surgió con posterioridad, y yo diría que es muy posterior.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Federico Carlos de Savigny, en Alemania, partiendo del concepto, llamémoslo moderno o abstracto de persona, que identifica persona con sujeto de derechos, es decir, con sujeto dotado de capacidad, considera que el concebido, el nasciturus, no tiene una existencia independiente, sino dependiente exclusivamente, de la madre, por lo que no es persona en el sentido de sujeto con capacidad de derecho.

El punto fue controvertido y, pocos años después, el insigne brasileño Augusto Teixeira de Freitas, fiel a su costumbre de luchar hasta contra los molinos de viento - como lo señala el doctor Allende en uno de sus trabajos - refuta incluso a jurisconsultos romanos, por ejemplo, a Gayo, en la nota al artículo 317 del Esbozo, al tratar del nasciturus, con toda valentía y, a mi juicio, con acierto.

No vamos a entrar en este último tema por apremio del tiempo, pero simplemente quiero expresar que en este trabajo he sometido a un exhaustivo examen una gran cantidad de fragmentos del Digesto, dándoles un significado distinto a algunos de ellos de los que se han dado generalidades.

Se han hecho malas traducciones de fragmentos del Digesto, aunque hay algunas buenas traducciones, no obstante contener errores de concepto. Creo que la mejor traducción del Corpus Iuris que se ha hecho en el mundo entero es la efectuada por García del Corral, y se acaba de reeditar en España la misma colección con la traducción de este autor, a doble texto, con exactitud fotográfica.

Es excelente la traducción hecha por García del Corral, pero hay algunos fragmentos que admiten traducciones distintas. Lo que pasa con algunos fragmentos de la Biblia, también ocurre con fragmentos del Digesto. Con una traducción correcta, pero con un sentido distinto de los textos que examinó Savigny para apoyar su tesis de que el nasciturus no es persona hasta el momento de nacer, yo llego a una conclusión totalmente opuesta, coincidente con la opinión de Freitas: que, en el derecho romano, el concebido era considerado como ser humano desde el momento de su concepción en el seno materno, y por eso mismo el aborto se castigaba como homicidio. Vale decir que la opinión general, inclusive de ilustres colegas civilistas, de que en el derecho romano el concebido era considerado como parte de la mujer y de sus entrañas, es totalmente falsa. Y es absolutamente falsa porque ese fragmento se refiere exclusivamente al derecho que pueda caberle al padre del concebido de pedir el reconocimiento o del desconocimiento de la paternidad. Así los jurisconsultos romanos consideraron que no se podía obligar a la mujer a someterse a un examen físico para demostrar que estaba o no embarazada, porque, de todos modos, podía esperarse hasta el momento del parto para saber si la paternidad debía o no ser atribuida a quien la pretendía o la desconocía.

Por tanto, llego a la conclusión de que en el derecho romano, en punto a la existencia del concebido como persona en el sentido tradicional del ser humano y también con el sentido moderno de sujeto de derecho, se consideraba que era una persona y debía ser protegida hasta el momento

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

del nacimiento. Este es, sintéticamente, ese trabajo.

La otra ponencia que voy a llevar a las jornadas nacionales de Derecho civil es un caso diría curioso . Está tomado directamente del Digesto, y estoy obligado a leer algunos párrafos de él.

Yo entiendo que las próximas jornadas, aunque en su aspecto integral hay un punto interdisciplinario, son de Derecho civil.

Por otra parte, es conocida mi posición de que el Derecho romano es importantísimo como propedéutica para el estudio del Derecho civil y como su complemento, inclusive. Como aquí se trata de responsabilidad civil, voy a seguir a un eximio romanista y profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, doctor Juan José Alba Crespo, quien en el VIII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano celebrado recientemente en el país, explicó un fragmento del Digesto del emperador Justiniano atribuido al jurisconsulto Alfeno Varo, referido a un supuesto de daño causado injustamente (*damnum iniuria datum*), ocurrido hace dos mil años: un choque de carros en cadena.

La cuestión tiene actualidad, habida cuenta de que el Código Civil fue objeto de una importante reforma en 1968 que incluyó aspectos de responsabilidad civil.

Alfeno Varo fue el último jurisconsulto importante del período republicano de Roma, de quien sólo se sabe que vivió en Cremona, donde en su juventud fue zapatero remendón, que llegó a ser cónsul en Roma en el año 39 antes de Cristo, y que escribió unos Digesta en cuarenta libros, de los que sólo se conocen algunos fragmentos diseminados en el Digesto del emperador Justiniano.

Alfeno Varo expone el siguiente caso: "En la cuesta del Capitolio una mulas subían dos carros cargados; los carreteros del primero, que había cejado, lo sostenían por las ruedas para que las mulas tirasen con más facilidad; pero ese carro que estaba más alto comenzó a ir hacia atrás, y cuando los carreteros que estaban entre ambos carros salieron de en medio el segundo carro, impelido por el primero, retrocedió y lesionó a un muchacho; el amo del muchacho consultaba ¿contra quién debía demandar?" ¿contra quien tenía acción? Porque los romanos se basaban no en el derecho subjetivo, sino en el derecho en su aspecto dinámico, en la acción.

¿Cómo es la solución actual?

Yo digo que de la lectura del relato del evento dañoso surge la evidencia de su similitud con los frecuentes "choques de automóviles en cadena" de nuestros días. Y, en efecto, al igual que los automotores, los carros, en tanto estén arrastrados por animales de tiro - en el caso en examen, las mulas - son cosas peligrosas o riesgosas porque entrañan un riesgo per se.

En principio, entonces, parecería emerger responsabilidad para dueños o guardianes del segundo carro porque fue el que, al arrollarlo, lesionó a la víctima. Así surge del artículo 1113, párrafo segundo, del Código Civil que dispone que "...el dueño o guardián. .. si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Yo no voy a entrar a analizar si el artículo está bien o mal redactado. Pero es evidente que, en el suceso en cuestión, el segundo carro, aunque fue el que entró en contacto con la víctima, cumplió un rol meramente pasivo puesto que sus guardianes - los carreteros o muleros que lo conducían - no pudieron evitar el choque producido por el imprevisto descenso del carro que los precedía en la cuesta arriba; en otras palabras, la causación del daño no es imputable a los guardianes del segundo carro. No caben dudas, entonces, de que el evento ocurrió por culpa de los guardianes del primer carro que los precedía o por caso fortuito o de fuerza mayor, por lo cual se está destruyendo el nexo causal. Rigen, por ende, las eximentes de responsabilidad legisladas por el segundo párrafo del artículo 1113.

Con el criterio objetivo de responsabilidad actual, decimos que los dueños o guardianes del segundo carro no son responsables.

¿Qué pasaba en el derecho romano? Recordemos la consulta efectuada por el amo del muchacho lesionado: ¿contra quién debía demandar?

Y dice Alfenus Varo: "Respondí que el derecho dependía del hecho, porque si los carreteros que habían sostenido el carro de arriba se hubiesen apartado voluntariamente y por esto hubiera 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 daño quien voluntariamente soltara lo que sostenía, de manera que esto hiera a alguien, así como si alguien no sujeta a un asno después de haberlo hostigado, o quien arroja con su mano un dardo u otra cosa cualquiera." "Pero si las mulas, por haberse espantado de alguna cosa, y los carreteros hubiesen dejado el carro por temor a ser aplastados, no hay ninguna acción contra esos hombres, sino contra el dueño de las mulas". "Pero si ni las mulas ni los hombres estuviesen en falta, sino que las mulas no hubiesen podido retener la carga o hubiesen resbalado y caído cuando se esforzaban y por eso hubiese retrocedido el carro y aquéllos no hubiesen podido sostener la carga, no hay acción ni contra el dueño de las mulas ni contra los hombres". "Pero, de todos modos, lo cierto es que no puede reclamarse contra el dueño de las mulas del carro posterior, porque no retrocedieron por sí mismas, sino empujadas por el choque."

La conclusión que emerge de lo expuesto hasta aquí es que, en el supuesto fáctico relatado, la solución fundada en el derecho positivo contemporáneo es coincidente con la respuesta dada por un jurisconsulto romano veinte siglos atrás.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Ahora le corresponde al profesor Allende usar de la palabra.

DOCTOR ALLENDE.

Gracias, doctor Alterini.

La responsabilidad en materia contractual es el resultado de tres factores o ingredientes: un hecho, un perjuicio, una culpa; es decir, que al autor del hecho causante del perjuicio se le pueda reprochar una culpa o dolo por su

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

acción u omisión.

Quizás con buena terminología y método, Vélez separa en forma terminante la culpa del dolo.

Esto, por cierto, no ocurre en el derecho francés, tampoco en el derecho romano.

Así en el libro 50, título 16, fragmento 226 del Digesto, atribuido a Paulo, aunque probable que haya una interpolación, la negligencia, la culpa y el dolo sólo se diferencian por la gravedad, no por la sustancialidad del hecho, y así ahí leemos: magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.

Por lo tanto, negligencia, culpa y dolo estarían en una misma línea.

Algo así también en el derecho francés, especialmente en los comentaristas del Código.

En cambio, Vélez ya desde la década del '40 diferenciaba sustancialmente la culpa del dolo, como resulta de sus escritos forenses y en especial de la defensa que hizo de Faustino Lezica.

La información de Vélez para esta diferencia bien marcada era el Digesto, digamos más bien las interpolaciones receptadas en el Digesto, que en esta materia, como hemos dicho, eran más que abundantes.

Quiero hacer notar sobre esta diferenciación neta entre culpa y dolo que Vélez no sólo se aparta del Digesto, digamos el Digesto sin interpolaciones, y del derecho francés, sino también de Freitas, como que el Esbozo, si bien establece cierta diferencia entre culpa y dolo, ella no es fundamental como que el artículo 831 nos da un concepto de culpa amplia ya que comprende también al dolo y a la negligencia. En efecto dice: "Habrà culpa, ya sea el daño causado con intención dolosa por ignorancia imputable o por negligencia ..."

Este acercamiento entre la culpa y el dolo en el Derecho francés y en Freitas y aun en ciertos textos del Derecho romano podría tener su razón de ser en que en el Derecho romano clásico y anterior la culpa y el dolo no eran necesarios para configurar la responsabilidad, puesto que sería suficiente la existencia de un hecho y que ese hecho hubiera causado un perjuicio para que apareciera la responsabilidad sin que el concepto de culpa fuera necesario. Este mismo concepto va a tener proyección en el derecho contractual propiamente dicho.

Al eliminar la culpa para la existencia de la responsabilidad aparece sin más el concepto de lo que actualmente se conoce como responsabilidad objetiva y que en nuestro Código, por el lado de la responsabilidad extracontractual, tuvo cabida en el artículo 1113, reformado por la ley 17711, párrafo segundo, parte segunda, bien que la parte primera, al admitir la inversión de la prueba, se acerca a la responsabilidad objetiva.

Recordemos que en Bélgica y en Francia no se admitió propiamente la responsabilidad objetiva, aunque en la nación gala, a través del caso Margarita, se hizo lugar a la inversión de la prueba y con ello, al menos desde el punto de vista práctico, se anduvo cerca de la responsabilidad objetiva.

No está demás dejar constancia de que en Bélgica, país donde se planteó, primeramente, al menos antes que en Francia, la responsabilidad objetiva

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

no tuvo esta entrada, a pesar, digamos, de la calurosa acogida que le brindó un jurisconsulto de la jerarquía de Laurent, que quiso imponerla en el país, al punto de que en su anteproyecto le dio recepción. Pero recordemos que este anteproyecto no fue terminado pues el gobierno dejó sin efecto el nombramiento de su autor.

Volveremos ahora al Derecho romano.

Como dijimos, se está de acuerdo que el concepto de culpa y responsabilidad, en general, es el más interpolado y no solamente por los juristas de la comisión que presidía Triboniano, sino, y muy especialmente, por juristas anteriores. De tal manera que Triboniano y demás autores del Corpus Iuris trabajaban ya sobre textos interpolados sin perjuicio de otras interpolaciones que ellos pudieron haber agregado. Y lo hubieran hecho sin hesitación, dado que estaban expresamente autorizados por Justiniano para ello.

Por todo esto se hace muy difícil a los autores modernos llegar al pensamiento de los juristas clásicos. En efecto; si bien ciertas interpolaciones pueden descubrirse con cierta facilidad, otras ofrecen grandes dudas y aun algunas quedarán así para siempre, digamos, en la penumbra.

Entonces, las leyes que eliminan la culpa como antecedente necesario de la responsabilidad implican una vuelta, al menos en algunos casos, a un lejano pasado, como que sería volver al derecho preclásico y clásico.

En esta posición se encuentran los más grandes romanistas modernos, como Bonfante, Iglesias y Arangio Ruiz; romanista este último a quien hemos tenido especialmente en cuenta en este estudio, como no puede dejarse de darle primacía cuando se aborda el complejo problema de las interpolaciones.

Diré que de él hemos analizado alrededor de un centenar de interpolaciones. También, aunque en número algo menor, me ha detenido en las interpolaciones puestas de manifiesto por Bonfante e Iglesias.

Aun admitiendo la existencia del vocablo "culpa" en el Digesto y en forma no interpolada, parecería que de todas maneras la responsabilidad objetiva hubiera tenido lugar, como que esta palabra habría tenido un significado distinto del que recibió después y le habrían dado los miembros de la comisión presidida por Triboniano.

De tal manera que si cabe afirmar que en la responsabilidad objetiva la culpa es eliminada, y si aceptamos, en cambio, que el concepto de culpa no implica propiamente un reproche sino una mera relación causal entre el hecho y el perjuicio, entonces la recepción de la culpa no implicaría siempre el rechazo de la responsabilidad objetiva. Es decir podríamos hablar de una responsabilidad objetiva con culpa.

Así, entonces, esta concepción podría servir de base para el estudio del Digesto y la no eliminación de esta responsabilidad, aunque el fragmento respectivo la tuviera en consideración.

Recordemos que Gayo nos da tres supuestos; el tintorero, el sastre y el comodatario. Son casos excepcionales, ¿o pueden éstos extenderse a otros supuestos? Planteamos la cuestión sin detenernos, por no hacer al

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

punto central de nuestro estudio.

Evidentemente esto no lo pudo tener en cuenta nuestro Vélez, para quien la culpa siempre implicaba un reproche moral, bien que, como hemos dicho, en un sector distinto de el del dolo, como que el reproche adquiriría un carácter más fuerte, notándose también una cierta diferencia cualitativa. Recordemos también que nuestro eminente codificador conoció a Gayo, pero sólo a través de los fragmentos del Digesto, no de sus Instituciones.

Me permito poner de relieve que en nuestro país el estudio de las interpolaciones ha sido sólo relativo, por lo que sería oportuno que nuestra Facultad los intensificara. Si así se hiciera, el estudio del Derecho romano adquiriría una jerarquía hasta ahora no alcanzada y que nos pondría a la altura de las facultades más lozanas de Europa. Así sea.

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO.** - El último expositor es el doctor Di Pietro, a quien le damos la palabra.

**DOCTOR DI PIETRO.**

Mi preocupación ha sido tratar de encontrar un tema de investigación que por un lado estuviera de acuerdo con la formulación muy genérica de la convocatoria: "Persona y responsabilidad", y, por el otro, que pudiera resultar interesante en un Congreso cuya característica general es el Derecho civil.

Por ello he elegido el estudio del periculum en la compraventa. Estamos en uno de los aspectos de la responsabilidad contractual por este contrato. Pero acá, para ser precisos y concisos, debemos distinguir entre: a) lo que sería la responsabilidad típicamente contractual surgida de la compraventa como figura básica y genérica; b) la responsabilidad que nacería por el agregado de pactos (pacto adiecticia), según la cual cualquiera de las partes podría asumir libremente la responsabilidad por determinados riesgos; c) otra sería la responsabilidad extensiva y automática que se opera por la mora del deudor; y d) finalmente, el problema de quien tiene que asumir el periculum de la cosa vendida.

Precisamente es este último aspecto el que quiero tratar. Por eso resulta conveniente aislarlo, en lo que corresponda, de los otros aspectos que he mencionado. Es decir, estoy excluyendo la presencia de algún pacto especial que podría decidir la cuestión en uno u otro sentido. Aquello a lo que me refiero es a la regla general del riesgo de la cosa vendida (ya sea por pérdida total de la cosa o por su deterioro). Esto es lo que en sentido técnico se denomina el problema del periculum de la cosa.

Si acudimos a las Institutas de Justiniano, nos encontramos con el texto de III. 23.3, especialmente dedicado al tema. Se dice allí:

"Desde que se halla contraído la compraventa, lo que sucede, como ya hemos dicho, cuando se hubiere convenido el precio, si la venta se hace sin haberse establecido por escrito, los riesgos de la cosa vendida le corresponden al comprador, aunque no se le haya hecho todavía la tradición. Si, pues, el esclavo ha muerto, o ha sido herido; si el edificio en todo o en parte ha sido devorado por las llamas; si el fundo en todo o en parte ha sido arrasado por la violencia del río; si por la inundación o por la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

tempestad que ha arrancado los árboles, se halla considerablemente reducido o deteriorado, el daño lo sufrirá el comprador, hallándose obligado, aun cuando no ha recibido la cosa, a pagar el precio de ella. En efecto, el vendedor, respecto de todo lo que sucede sin dolo ni culpa de su parte, se halla en completa seguridad. Pero al contrario, si desde la venta ha crecido el fundo por aluvión, el provecho es para el comprador; porque las ventajas debe disfrutarlas el que corre los riesgos. Si el esclavo vendido se ha fugado o ha sido robado sin dolo ni culpa por parte del vendedor, debe distinguirse: si este último ha tomado sobre sí el riesgo de custodiarle hasta que se verifique la tradición, será responsable de la fuga o robo; si no, nada tiene de qué responder: decisión aplicable a todos los animales y a todas las cosas. Sin embargo, el vendedor deberá ceder al comprador la rei vindicatio y la condictio, porque mientras que la tradición no se haya hecho, continúa siendo propietario. Lo mismo sucede respecto de la actio furti y de la actio damni iniuriae."

Por de pronto, cuando nos referimos al Derecho romano, hay que tener un especial cuidado en considerarlo en forma unívoca y unitaria en lo que se refiere a las soluciones dadas. Tal como lo han dicho, de un modo u otro, mis colegas aquí presentes, en ocasiones los civilistas actuales suelen cometer el error cuando hacen referencia al derecho de Roma, de citar tal o cual principio jurídico como si éste hubiera sido aplicado de manera invariable por los juristas romanos. Hay que pensar que, si en términos generales, lo que se denomina Derecho romano estricto es el que va desde el 753 a.C. (fecha tradicional de la fundación de Roma) hasta el 550 d.C. (acabamiento de la compilación justiniana), ello significa que estamos hablando de catorce siglos de existencia. Y durante su transcurso fueron muchas las variaciones que sufrieron las instituciones. Máxime si tenemos en cuenta, además, que lo normalmente citado es el derecho que aparece en la codificación justiniana, conocida como Corpus Iuris Civilis. Precisamente, lo que se prefiere es que en la misma - fundamentalmente en el Digesto - los autores bizantinos, por razones de aggiornamento, manipularon los textos anteriores de los autores clásicos, suprimiendo palabras, reemplazando algunos giros y haciendo agregados.

Volviendo al texto transcrito de Institutas, podemos organizar lo dicho haciendo las siguientes aclaraciones:

a) En principio, se nos habla de una compraventa ya perfeccionada. Tal como se indica en la remisión que se efectúa(diximus), el contrato de compraventa es "consensual": "Hay contrato de compraventa desde que las partes han convenido en el precio, aunque este precio no haya sido todavía pagado y no se hayan dado aún arras" (Inst. III, 23. pr.). Si bien, luego, inmediatamente después nos aclara que ello ocurre en el negocio verbal, porque si fuera por escrito, por una constitución de Justiniano (Cód. IV, 21.17), hasta que el documento, ya entre particulares o ante un escribano (tabellio), no cuente con la aceptación final de las partes, la compraventa no se halla perfeccionada.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

b) De este modo se llega al concepto de "compra perfecta" (emptio perfecta): "Es necesario saber, cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quién sea el riesgo, porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador" (Dig. 18.6.8). Se aclara en el texto que si el negocio estuvo sometido a condición, esta debe hallarse cumplida.

c) Siendo así, en presencia de una emptio perfecta, entonces los "riesgos de la cosa", es decir el periculum, pasan sin más al comprador. Esto es lo que se enuncia con el principio periculum est emptoris. Lo curioso es que los ejemplos que se dan inmediatamente después, más que referirse propiamente a los "riesgos" (y al periculum), hablan del tema del incommodum y del commodum relativos a la cosa, es decir, a su "disminución" o a su "acrecentamiento", lo que hace propiamente al tema del dominio, puesto que los perjuicios o los beneficios que sufra la cosa son siempre para el propietario. El detalle importante acá es que el comprador asume el riesgo antes de la traditio, es decir, antes de ser propietario.

d) En cuanto al vendedor, que continúa siendo propietario de la cosa, sólo respondería del periculum: I) en caso de haber mediado dolo o culpa de su parte; y II) si por medio de un pacto ha asumido ese compromiso. De todos modos, siempre debería producir la "cesión de las acciones" que allí se mencionan para que el comprador las pueda ejercitar.

3. Los problemas que plantea este texto van en principio dirigidos a si siempre ocurrió de este modo en el Derecho romano, sobre todo, en relación con el Derecho clásico. Pese a que la mayoría interpreta que la solución justiniana no hizo otra cosa que perfeccionar lo establecido anteriormente, hay toda una corriente, representada primero por (Giur. ital. 49, 1897, 4, pp. 209 ss.), luego por F. Haymann ZSSt, 41, 1920, pp. 44 ss.) y también por E. Betti (St. De Francisci, I, pp. 133 ss.), que han sostenido la opinión de que la mayoría de los textos referidos al tema del periculum en la compraventa que existen en el Digesto han sido interpolados para hacerlos coincidir con el principio, que sería netamente bizantino del periculum est emptoris.

Sería imposible, en esta breve relación, y en tan reducido tiempo, hacer siquiera el análisis de esos textos interpolados. Siguiéndolo a Betti (op. cit., p. 172), podríamos exponer sus conclusiones acerca de lo ocurrido en la época clásica. Allí, el criterio del periculum estuvo siempre articulado en orden a la traditio de la cosa vendida (o al menos, al momento en el cual se podría afirmar que el comprador tenía de hecho la disponibilidad de la cosa). De este modo, antes de la traditio, toda la responsabilidad del periculum corría para el vendedor y luego de ella (o de la posibilidad de control por parte del comprador) pasaba al adquirente. Ello ocurría así salvo que hubiera mediado un pacto por el cual el comprador adquiriera la custodia de la cosa comprada, liberando o al menos restringiendo la responsabilidad del vendedor, o también que la cualidad de la res vendida o el tipo específico de la contratación sugiriera un criterio de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

autorresponsabilidad a cargo del adquirente, e indujera a anticipar el traspaso del riesgo.

4. Lo que pienso es que los bizantinos, muy amantes de la lógica conceptual, crearon la figura estereotipada de la emptio perfecta. Y esto nos obliga a una reflexión. En cierto modo, la lógica nos induce al bien pensar y al bien orden en cuanto a los juicios y a los razonamientos. Pero los juristas romanos, por lo menos los de la época clásica, que fueron en realidad los grandes jurisconsultos, habían aprendido a tener cuidado con sus aplicaciones lisas y llanas. Lo que buscaron siempre no es la sapientia, sino la prudentia del ius. De allí lo de iuris prudentes. En cambio, los bizantinos, que elaboraron un concepto muy lógico de la emptio perfecta, continuaron su razonamiento deduciendo de ella principios que ya no resultaban ciertos. Mientras que en el derecho clásico la emptio venditio es un negocio puramente consensual y obligatorio, referido a una convención de intereses que tendían a una actuación efectiva por medio de la consecuentia traditio, que se realizaba precisamente ex causa emptionis, los bizantinos tendieron no tanto a convertir la compraventa directamente en un contrato traslativo de la propiedad - para lo cual hubieran chocado directamente con una de las premisas fundamentales, en este aspecto, de la jurisprudencia romana, cual era la distinción entre "título" y "modo", que siempre quedó reafirmada (Cód. 2.3.20) -, pero sí a potenciar la expectativa del comprador sobre la cosa. De este modo, hacían recargar sobre el adquirente tanto el commodum como el incommodum, y también el periculum de la cosa comprada.

Era, por así decirlo, llevar a sus extremas consecuencias lógicas su idea de la emptio perfecta. Pero, lo repito, en Derecho hay que tener cuidado con la aplicación de la lógica pura, simple y matemática. Parafraseando la obra de Octavio Paz, Sor Juana Inés de la Cruz o las trampas de la fe, el título de nuestro tema podría ser: "La regla periculum est emptoris o las trampas de la lógica."

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Ustedes habrán advertido cómo los conocimientos y aptitudes didácticas de los oradores les permitieron eludir repeticiones en relación con las disertaciones previas, cuyo contenido concreto no conocían y simplemente un acuerdo protocolar para ordenar las exposiciones conjugó un resultado tan valioso como todos hemos apreciado.

Ahora es tiempo de que ustedes propongan alternativas a los expositores y algunas sugerencias. Acaso se hayan creado dudas, por la aridez de los temas abordados.

- Luego de unos momentos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Es éste un silencio complaciente hacia la brillantez de las exposiciones, no un silencio ignorante.

No sé si los relatores quieren agregar algo más...

DOCTOR ALLENDE. - El silencio es muy elocuente, doctor.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Entonces, yo inicio el aplauso final.

- Aplausos prolongados.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**Tema: ECONOMÍA Y DERECHO PRIVADO (PRIMERA REUNIÓN)**

Relatores: PROFESORES DOCTORES MANUEL ADROGUÉ Y JORGE MOSSET ITURRASPE

Participantes: DOCTORES FEDERICO N. VIDELA ESCALADA Y LILY FLAH;  
LICENCIADA GARCÍA DEL SOUTO

Fecha: 24 DE OCTUBRE DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Luego de transitar por aspectos que atañen a las diversas áreas del derecho civil, al derecho internacional privado y al derecho romano, en la estructura de la jornada existe un tema interdisciplinario que conecta diversas ramas del Derecho, privado básicamente, eventualmente público, pero que en ocasiones hasta desborda la temática jurídica. Y justamente esta noche se da el caso de abordar "Economía y Derecho Privado", tema de alta sugestión, como no escapa a ninguno de ustedes.

Esa sugestión se agiganta porque serán nuestros relatores el doctor Jorge Mosset Iturraspe y el doctor Manuel Adrogué.

En ningún caso, y no voy a variar esa pauta, presento a los panelistas porque son siempre, o profesores titulares, o especialistas del máximo nivel, suficientemente conocidos, que no necesitan una presentación mayor que sus trayectorias, que ya de por sí son elocuentes.

Esta noche vamos a aplicar un mecanismo semejante al de mesas anteriores de esta naturaleza. Durante veinte minutos aproximadamente, expondrán el doctor Manuel Adrogué, en primer término, y después el doctor Mosset Iturraspe. Luego vendrá el tiempo en el que los asistentes planteen las observaciones que les parezcan adecuadas y una vez satisfechos, dos cierres sucesivos con el doctor Adrogué y el doctor Mosset Iturraspe.

Agradecemos la presencia de ustedes y escuchamos al doctor Adrogué.

DOCTOR ADROGUÉ.

Agradezco al Director del Departamento, doctor Alterini, no sólo habernos invitado sino inclusive sus generosas palabras, y también la concurrencia de todos ustedes.

El tema que nos reúne es Economía y Derecho privado. Voy a hacer esta breve exposición haciendo alusión a un pensador de comienzo de siglo, Max Weber, autor del célebre libro Economía y sociedad.

Recordemos que Max Weber desarrolló la famosa tesis que relacionaba los inicios del capitalismo con la moral protestante. Era abogado, enseñó Derecho romano y Derecho mercantil. Con posterioridad enseñó economía y luego se dedicó de lleno a la sociología.

La obra principal a que estamos aludiendo tiene un frondoso capítulo sobre economía y derecho, y fue publicada por la viuda de Max Weber en 1922, poco después de la muerte de su esposo.

Con esto queremos decir que fue un abogado, un pensador y uno de los