

---

# La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas\*

» LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA\*\*

RESUMEN: Este artículo se inserta en la discusión en torno a los criterios que deberían emplearse para efectuar la reducción del resarcimiento en caso de culpa concurrente de la víctima. Con el fin de contribuir a dicha discusión, el trabajo presenta un análisis sobre el sentido y alcance de la llamada *compensación de culpas* en derecho romano y su superación por obra de CHRISTIAN WOLFF. El trabajo pone de manifiesto que –al contrario de lo que generalmente se enseña– los juristas romanos contemplaron la posibilidad de repartir el daño entre víctima y agente, para lo cual se ocuparon de identificar criterios objetivos que permitieran una conexión entre la conducta de la víctima y la porción de riesgo que debía soportar.

PALABRAS CLAVE: exposición imprudente al daño, culpa de la víctima, compensación de culpas.

---

\* Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa en Ciencias Sociales, “Estudios Histórico-Dogmáticos de Derecho Patrimonial Privado: Una mirada a los artículos de los libros II y IV del Código Civil de Chile”, SOC 1111, de Conicyt.

Fecha de recepción: 19 de junio de 2014. Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2014.

Para citar el artículo: L. C. SAN MARTÍN N., “La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 35-67.

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile). Máster y doctor en “Sistema Jurídico Romanista”, *Università degli Studi di Roma - “Tor Vergata”* (Italia). Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Contacto: [lsanmar@uahurtado.cl](mailto:lsanmar@uahurtado.cl)

## ***Reduction in damages in cases of contributory negligence. Reflections in light of some Roman law's sources***

ABSTRACT: The paper discusses which criteria should be applied to calculate damages in cases of contributory negligence. It analyzes the meaning and scope of the so called *comparative negligence doctrine* in Roman law and how it was later abandoned after CHRISTIAN WOLFF's work. The paper shows that, contrary to current teachings, Roman jurists allowed the possibility of dividing the damages between the victim and the tortfeasor. These jurists identified objective criteria which served as a nexus between the behavior of the victim and the portion of risk that it had to assume.

KEYWORDS: Contributory negligence; victim's fault; comparative negligence doctrine.

SUMARIO: Introducción. I. La "compensación de culpas" y su superación. A. La supuesta regla de "todo o nada" en derecho romano. B. El surgimiento de la expresión "compensación de culpas". C. Superación de la supuesta regla de "compensación de culpas" en la obra de CHRISTIAN WOLFF. II. Concurrencia de culpas en derecho romano. A. Las fuentes romanas generalmente citadas en apoyo de la compensación de culpas se explican a la luz de otros principios. B. La repartición de responsabilidades entre víctima y agente según las fuentes romanas. 1. Disminución de la condena cuando la culpa de la víctima ha interferido en la producción del daño: D. 14.1.7 pr. 2. El no resarcimiento del mayor daño causado "*ex domini negligentia*": D. 9.2.52 pr. Observaciones finales. Bibliografía.

### **Introducción**

Analizar el rol que jurídicamente corresponde a la víctima de un daño es esencial para distribuir adecuadamente los riesgos de la vida en sociedad, como ha sido reconocido desde antiguo; así, el derecho siempre se ha ocupado de analizar la influencia que la conducta de la víctima ha tenido en la producción y extensión del daño sufrido. Con tal objetivo, a partir del derecho romano se forjó la expresión *culpa de la víctima*. Sin embargo, las soluciones no han sido uniformes a lo largo de la historia, ni tampoco iguales en todos los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, hasta el siglo XX, en el *Common Law* se mantuvo la regla en virtud de la cual si la víctima había participado negligentemente en la producción de su daño, no tenía derecho a resarcimiento alguno. Por el contrario, los ordenamientos de corriente romano-germánica introdujeron desde temprano reglas que permiten un reparto de la responsabilidad entre víctima y agente, en aquellos casos en que ambos deben ser considerados *causantes del daño*, situación conocida como *culpa concurrente de la víctima*, por oposición a la *culpa exclusiva de la víctima*, que sí tie-

ne la virtud de exonerar de responsabilidad al agente. A través del Código Civil peruano de 1852, esta última corriente legislativa tuvo influencia en el Código Civil chileno (1855) y, con el correr de los años, se ha erigido como la solución uniformemente aceptada<sup>1</sup>.

Así, según el artículo 2330 del Código Civil chileno<sup>2</sup>, “la apreciación del daño estará sujeta a reducción cuando el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”; pero el carácter sucinto de esta disposición ocasiona una serie de interrogantes, que es preciso contestar para entender a cabalidad la influencia de la conducta de la víctima en la determinación y extensión de la responsabilidad civil<sup>3</sup>. Con todo, este trabajo se limita a abordar en perspectiva histórica algunos aspectos relativos a la problemática de los factores a considerar por el juez a la hora de aplicar la reducción ordenada en el artículo 2330 y, por consiguiente, repartir la responsabilidad entre víctima y agente<sup>4</sup>. Este cuestionamiento es una constante en el análisis de la llamada *culpa de la víctima*<sup>5</sup>, al punto que en la doctrina española se ha llegado a sostener que “el problema más grave asociado a la compensación de culpas en nuestro sistema es la falta de criterios jurisprudenciales sobre la repercusión económica que la culpa de la víctima puede tener en la reparación a que tiene derecho”<sup>6</sup>.

1 Vid. LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, *passim*.

2 Art. 2357 del Código Civil colombiano.

3 Entre otros, pueden mencionarse: (i) ¿qué diferencia hay entre la *culpa exclusiva de la víctima* y la situación regulada en el artículo 2330?; (ii) ¿la culpa de la víctima constituye un problema de culpa o de causalidad?; (iii) ¿puede hablarse de culpa de la víctima en caso de víctimas incapaces?; (iv) ¿procede la reducción contemplada en el artículo 2330 cuando quien demanda es una víctima por rebote?; (v) ¿el artículo 2330 tiene o no aplicación en la responsabilidad contractual?; (vi) ¿cómo se distingue la *asunción de riesgos* de la culpa de la víctima y qué relación hay entre ambos institutos?

4 Conviene destacar que el artículo en cuestión no alude a la hipótesis de *culpa exclusiva* de la víctima, que da lugar a exención de responsabilidad del agente, sino a la *conurrencia de culpas* entre víctima y agente. De esta manera, la norma tiene aplicación solo una vez que se ha determinado la responsabilidad del demandado y que conjuntamente con este ha concurrido la propia víctima. Sobre esta distinción en cuanto al ámbito de aplicación de la norma, véase AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1950, p. 298; RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción (Concepción)*, n.º 136, 1966, p. 30; MARÍA MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 123 y 141; PHILIPPE Le TOURNEAU. *La responsabilidad civil* (traducido del inglés por JAVIER TAMAYO JARAMILLO) Legis, Bogotá, 2004, p. 95.

5 Véase MARGUERITE HALLER. *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, LGDJ, Paris, 1926, pp. 2 ss.; MARÍA MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 194 ss.; JÖRG FEDTKE y ULRICH MAGNUS. *Contributory negligence under German law*, en ULRICH MAGNUS y MIQUEL MARTÍN CASALS (eds.), *Unification of tort law: Contributory negligence*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 75-98.

6 Cfr. CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, y JOSÉ PIÑEIRO SALGUERO, . *Culpa del perjudicado*, en PABLO SALVADOR CODERCH y FERNANDO GÓMEZ POMAR (eds.). *Tratado de responsabilidad civil del*

Para efectuar la reducción del daño en virtud de la culpa concurrente de la víctima, la doctrina y la legislación comparadas conocen tres sistemas: (i) repartición en *partes viriles*<sup>7</sup>; (ii) consideración de la *gravedad de la culpa* de cada parte<sup>8</sup>, y (iii) consideración de la *eficacia causal*, que propone una repartición objetiva sobre la base de la incidencia causal de cada conducta<sup>9</sup>. Por su parte, en Chile se han propuesto tres alternativas: (i) la *gravedad de las culpas* de ambas partes<sup>10</sup>; (ii) la *eficacia causal* del hecho de cada una de las partes<sup>11</sup>, y (iii) una *combinación de ambos factores*, la intensidad de la culpa y la relevancia causal<sup>12</sup>. La jurisprudencia chilena pareciera inclinarse por la eficacia causal, pero en realidad no se pronuncia expresamente al respecto<sup>13</sup>, aunque hay sentencias que reconocen una cierta discrecionalidad del juez en la materia<sup>14</sup>.

---

fabricante, Thomson/Civitas, Navarra, 2008, p. 353.

- 7 Esta es la posición sostenida por parte de la doctrina francesa y se justifica básicamente en las dificultades que acarrea cualquier otro método de división. Cfr. HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, Paris, 1958<sup>2</sup>, p. 342; HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de Derecho civil*, Parte segunda, vol. II (trad. castellana de ALCALÁ-ZAMORA y LUIS CASTILLO, ), EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 499.
- 8 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, t. II, Temis, Bogotá, 1999, p. 383; MIGUEL ALEXANDRE. *A responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações*, en *Revista dos Tribunais*, vol. 92, n.º 809, 2003, p. 26; MIGUEL KFOURI NETO. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*, en *Revista dos Tribunais*, vol. 839, septiembre de 2005, p. 52 ss. Un análisis detallado del panorama brasileño en MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO. *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função*, Renovar, Río de Janeiro, 2008, pp. 327 ss.
- 9 KARL LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, trad. castellana de JAIME SANTOS BRIZ, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958, p. 226; GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 1998<sup>10</sup>, p. 148; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 195.
- 10 SERGIO GATICA PACHECO. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 188.
- 11 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 574; DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil*, cit., p. 47; DAVID QUINTEROS FUENTES. *Sentencia sobre un caso de exposición imprudente al daño. Un análisis de su efecto moderador en la determinación del quantum indemnizatorio* (Corte de Apelaciones de Antofagasta), en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Valdivia, vol. XXI, n.º 2, 2008, p. 283.
- 12 ENRIQUE BARROS BOURIE. *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 436.
- 13 *Vid.* QUINTEROS FUENTES. *Sentencia sobre un caso de exposición imprudente al daño. Un análisis de su efecto moderador en la determinación del quantum indemnizatorio* (Corte de Apelaciones de Antofagasta), cit., pp. 281 ss.
- 14 En tal sentido la Corte de Apelaciones de Concepción (Chile) sostuvo que la “reducción [establecida en el artículo 2330] no tiene ningún índice matemático, por lo que para fijarla es necesario examinar cada caso concreto y resolver prudencialmente. La reducción, en todo caso, debe estar en relación con la entidad de la imprudencia de la víctima”. *Pérez Arrau María Francisca con Fisco de Chile (2011): Corte de Apelaciones de Concepción* (Chile), 15 de abril de 2011 (acción de indemnización de perjuicios), CL/JUR/3279/2011, Rol n.º 495-2010.

Por nuestra parte, estimamos que una herramienta útil para resolver el problema de la identificación de los factores que debe tener en cuenta el juez al momento de dividir la responsabilidad entre víctima y agente consiste en el análisis de las fuentes históricas en que se encuentra el origen de nuestro actual sistema de responsabilidad civil, específicamente, el derecho romano<sup>15</sup>. En consecuencia, este trabajo presenta una reflexión sobre la forma en que los juristas romanos resolvían estos casos de *culpa concurrente de la víctima*. Con tal propósito se realiza la exégesis de dos pasajes del Digesto en los que se presenta el problema de una *culpa de la víctima* y es posible apreciar el razonamiento conducente a resolver el asunto; pasajes que, por consiguiente, pueden ofrecer pautas para solucionar problemas semejantes en la actualidad.

Antes de comenzar con el análisis, debemos advertir respecto al empleo del derecho romano en la materia del artículo. En efecto, en la doctrina existe la idea más bien generalizada de que los juristas romanos habrían resuelto de manera idéntica los problemas atinentes a *culpa exclusiva* y a *culpa concurrente* de la víctima: en ambos casos habrían exonerado de responsabilidad al autor del daño. Según esta visión, tratándose de culpas concurrentes, en Roma habría regido la llamada *compensación de culpas*, siendo mérito de CHRISTIAN WOLFF el haber contemplado la posibilidad de repartir la responsabilidad. Sin embargo, esta posición generalizada es incorrecta, siendo necesario que nos detengamos un momento en este punto, antes de abordar el análisis de los dos fragmentos, ya que solo así puede entenderse el porqué de la utilidad de revisar el derecho romano para brindar respuestas al problema planteado en este análisis.

Por lo anterior, en la primera parte del trabajo se expondrá el problema de la *compensación de culpas* y su superación, para luego ocuparnos de la reducción del resarcimiento por culpa de la víctima en derecho romano; finalmente, expondremos nuestras observaciones conclusivas.

---

15 Sobre la importancia del estudio del derecho romano para dar soluciones a problemas jurídicos actuales, véase JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, Roma, 1996; SANDRO SCHIPANI. *Rileggere i digesta. Enucleare i principii. Proporli*, en ANDREA TRISCIUOGGIO (ed.). *Valori e principii del diritto romano, Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL. *Nuevas pautas investigativas en la ciencia jurídica (Derecho: ley y ciencia, sociedad e historia)*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, 2010.

## I. La “compensación de culpas” y su superación

### A. La supuesta regla de “todo o nada” en derecho romano

Como se anticipó, una opinión ampliamente difundida sostiene que en derecho romano habría operado una regla de *todo o nada*, o principio de *compensación de culpas*<sup>16</sup>, en virtud del cual, si la víctima intervenía *culpablemente* en la producción del daño<sup>17</sup>, no tenía derecho a indemnización alguna. La única excepción estaba dada por el caso en que el agente actuara con dolo, caso en el cual la antedicha compensación no operaba<sup>18</sup>.

Dicho principio encontraría numerosas consagraciones en el *Corpus Iuris*<sup>19</sup> y estaría resumido en la regla formulada en D. 50.17.203:

*Pomponius 8 ad q. muc. “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire”.* [No se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño]<sup>20</sup>.

- 
- 16 Sobre este concepto véase PASQUALE COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1909, pp. 1 ss.; GIOVANNI PACCHIONI. *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, en *Rivista di diritto commerciale*, VIII, II, 2010, pp. 1032 ss.; HALLER. *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, cit., p. 68 ss.; DÉMÈTRE J. BARONCEA, *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, E. Duchemin, Paris, 1930, pp. 14 y 59 ss.; FREDERICK HENRY LAWSON. *Negligence in the civil law*, Latimer, Trend & Co. Ltd., Oxford, 1955, reimpr. 1962, pp. 53 ss.; JOSÉ MARÍA LEÓN GONZÁLEZ. *Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños (Especial consideración de la culpa de la víctima)*, en ALFONSO MURILLO VILLAR (coord.), *Actas del Congreso Interamericano y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pp. 26 ss.; REINHARD ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co.-Kluwer, South Africa-Deventer (Boston), 1992, p. 1047; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 193 ss.
- 17 Sobre qué entendemos por *intervención culpable de la víctima* véase SAN MARTÍN NEIRA. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 75 ss.
- 18 En este sentido se dice que cuando en la producción del daño concurrían el dolo del agente por un lado y la culpa de la víctima por el otro, en virtud de lo dispuesto en D. 9.2.9.4 y D. 9.2.31, el resarcimiento era igualmente debido, pues la culpa de la víctima no era suficiente para compensar el dolo del agente. Dicho de otro modo, el dolo absorbería la culpa de la víctima, a menos que esta también haya actuado con dolo, pues en tal caso se vuelve a la compensación. Véase COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, cit., p. 28 y p. 42; CAMILLO SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, en *Rassegna giudiziaria*, año V, fasc. III-V, 1934, p. 27; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit, p. 1010.
- 19 D.9.2.9.4, D.9.2.11 pr., D.9.2.28.1, D.9.2.31, D.9.2.52.1; D.9.2.7.4; D.16.1.17 pr.; D.17.2.52.4; D.17.2.72; D.21.2.56.3; D.39.2.44 pr.; D.50.17.203.
- 20 Vale la pena citar en este punto la traducción realizada por TEIXEIRA DE FREITAS, pues exalta el elemento de autorresponsabilidad involucrado en el pasaje. Ella dice: “*Dano, quem o sofre por sua culpa, imputá-lo deve a si, não a outrem*”: AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. *Regras de direito: seleção clássica em quatro partes*, Lejus, São Paulo 2000, p. 60.

Tal situación ha sido justificada de diversas maneras<sup>21</sup>: (i) para algunos, se trata de una aplicación del principio “*volenti non fit iniuria*”<sup>22</sup>; (ii) para otros, la negligencia del perjudicado interrumpe o altera el nexo de causalidad entre la culpa del agente y el daño<sup>23</sup>; (iii) para otros, se trata de un principio de *economía jurídica*<sup>24</sup>; y (iv) por último, se ha señalado que la regla era el fruto del sistema procesal romano, donde la rigidez de la fórmula permitía al juez solo condenar o absolver, impidiendo, en consecuencia, repartir el riesgo del daño sufrido entre agente y víctima<sup>25</sup>.

## B. El surgimiento de la expresión “compensación de culpas”

A pesar de los numerosos pasajes del Digesto que son citados en su apoyo, lo cierto es que la expresión *compensación de culpas* no tiene origen en el derecho romano. Así, según indica CASTRESANA, los romanos jamás usaron dicha expresión. Será el glosador BASSIANO († 1197) quien por primera vez hable de concausalidad y de la concurrencia y compensación de culpas a propósito del “*damnum iniuria datum*” y de la responsabilidad aquiliana. Mucho tiempo después la Pandectística enseña el criterio de la ‘*Schuldkompensation*’<sup>26</sup>. En opinión de CUTURI, la razón del surgimiento de la expresión en cuestión se encuentra en que los glosadores consideraban que por ley la existencia de dos culpas privaba de toda eficacia a la relación obligatoria derivada del ilícito; es más, según tales autores la misma ley

21 Sobre ellas véase SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, cit., pp. 44 ss.; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 196 ss.

22 Así DEMELIUS, cuyo pensamiento exponen PLACIDO BENIGNI. *La così detta compensazione della colpa*, en *Revista Critica di Diritto e Giurisprudenza* n.º 5-6, 7-8, 11-12, Napoli, 1906, pp. 27 ss.; GIOVANNI PACCHIONI. *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, en *Rivista di diritto commerciale*, VIII, II, 1915, p. 1033; CANDICE, Vincenzo. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, Luigi Pierro, Napoli, 1920, p. 79; SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, en *Rassegna giudiziaria*, cit., p. 46.

23 Así, PERNICE, citado por BENIGNI. *La così detta compensazione della colpa*, cit., p. 4; PACCHIONI. *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, cit., p. 1034; CANDICE. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 79 ss.; BLAS E. ROSSI MASELLA. *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1951, p. 193, y también por LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., p. 54.

24 La expresión corresponde a ROSSI MASELLA. *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, cit., p. 194, quien a su vez la atribuye a FERRINI. Sustancialmente en este mismo sentido se había pronunciado PACCHIONI, para quien la regla consiste en “*una massima di diritto positivo introdotto dalla giurisprudenza colla quale, per ragioni di convenienza ed opportunità, si risolveva con un taglio netto un problema che avrebbe altrimenti dato luogo a gravi e quasi insuperabili difficoltà teoriche e pratiche*”. Cfr. PACCHIONI. *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, cit., p. 1034. Opinión seguida también por CANDICE. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 80 ss.

25 Así, ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 1047.

26 Cfr. AMELIA CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 77.

excluía que surgiera la obligación y, en caso de controversia, el juez solo debía constatarlo y declararlo<sup>27</sup>.

En síntesis, la expresión *compensación de culpas* no se encuentra en el *Corpus Iuris*; ella habría sido forjada durante el derecho medieval a partir de algunas disposiciones que hablan de *compensazione negligentiae*<sup>28</sup> y sobre la forma de la compensación de deudas, para indicar que cuando concurría la *culpa* de la víctima, la *culpa* del agente era anulada o *compensada*<sup>29</sup>.

Cualquiera sea la razón y el origen de la expresión *compensación de culpas*, lo cierto es que durante el Medioevo esta institución fue utilizada para justificar la exclusión del resarcimiento en caso de *culpa de la víctima*, así como para explicar ciertas reglas relacionadas con la *utilitas contrabentium*. Así, se conjugaron las reglas relativas a la *culpa in eligendo* con D. 50.17.203 y los criterios de atribución de responsabilidad en el depósito<sup>30</sup>. Analizando tales reglas, los juristas medievales concluyeron que si se celebraba un depósito con un depositario negligente y la cosa se perdía por su culpa, el depositante carecía de acción para reclamar indemnización de perjuicios, porque él mismo había incurrido en culpa al no elegir bien a su contraparte, regla que se hacía extensiva a los varios tipos de contrato<sup>31</sup>. En síntesis, la culpa del depositante *compensaba* la culpa del depositario y, por consiguiente, este quedaba exento de responsabilidad.

De esa manera, se afirmó la idea de que en caso de mediar culpa por parte de quien sufría un daño no había lugar al resarcimiento, a menos que el autor del daño hubiera actuado con dolo<sup>32</sup>. Dicha idea se mantuvo prácticamente durante toda la vigencia del derecho precodificado, e incluso encontró acogida en los

27 TORQUATO CUTURI. *Trattato delle compensazioni nel diritto privato*, Società Editrice Libreria, Milano, 1909, p. 59; véase también pp. 91 ss. y 420ss., donde el autor, disintiendo de la doctrina inmensamente mayoritaria, explica que, a diferencia de los demás autores, BARTOLO y BALDO, “avevano benissimo intuito il pensiero dei giuriconsulti romani (...) [por consiguiente] Nel caso (...) di semplice concorso della colpa o del dolo del danneggiato, la ragione al risarcimento vi sarà, ma ne sarà diminuita praticamente l'efficacia, secondo il giudizio che il magistrato dovrà dare, ex bono et aequo, della condotta di lui”. Cfr. ibíd., p. 431.

28 Cfr. D.16.2.10 pr.

29 Véase BENIGNI. *La così detta compensazione della colpa*, cit., p. 7; COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, cit., p. 11 ss.; CUTURI. *Trattato delle compensazioni nel diritto privato*, cit., p. 56 ss.; CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 77; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 196 ss.

30 Según las reglas de *utilitas contrabentium* en el depósito (a título gratuito) el depositario respondía exclusivamente por el dolo, al cual se asimilaba la culpa grave. Sin embargo, en opinión de Celso, si el depositario se comportaba en el cuidado del depósito de la misma manera que en el cuidado de las cosas propias, aunque fuera gravemente negligente, estaba exento de responsabilidad, pues no podía decirse que hubiera actuado dolosamente. CELSO, D.16.3.32.

31 En este sentido véase el comentario de JUAN BASIANO (s. XII) a D.50.17.203 en IHOANNES BASIANVS. *De regulis Iuris*, ed. de SEVERINO CAPRIOLI y FERDINANDO TREGGIARI, Maggioli Editore, Rimini, 1983, p. 98.

32 Véase P. 7.25.6.



primeros intentos de codificación del derecho germano<sup>33</sup>. Así, en su *Comentario sobre la culpa* de 1761, Friedrich PUFENDORF afirma que cuando el daño sufrido proviene de *culpa* propia y la otra parte no está en culpa, o bien su culpa es de un grado igual al del perjudicado, no hay lugar a la indemnización, porque el daño proviene de la propia víctima<sup>34</sup>.

### C. Superación de la supuesta regla de “compensación de culpas” en la obra de CHRISTIAN WOLFF

Una vez generalizada la regla de la compensación de culpas, que como vimos no es como tal romana, su superación será mérito de CHRISTIAN WOLFF (1679-1754)<sup>35</sup>. En el sentido tradicional, sostiene CASTRESANA, “va a ser CHRISTIAN WOLFF el primero en hacer quebrar esta firme tesis sobre la exclusión de responsabilidad *ex damno* en caso de concurrencia de culpas del agente y de la víctima. WOLFF se aleja definitivamente de aquel obligado dogma romanístico del “todo o nada” que expresa la fórmula procesal y admite el prorrateo de daños de acuerdo con el grado de culpabilidad en el que haya incurrido la víctima cuando, con su propia intervención, se coloca en situación de *damnum*”<sup>36</sup>.

En efecto, partiendo siempre de la supuesta *culpa in eligendo* del depositante, WOLFF afirma que si el depositante entrega la cosa a un depositario negligente, incurre en culpa<sup>37</sup>; pero, agrega, la culpa del depositante no libera al depositario,

- 
- 33 La aplicación extensiva del principio de compensación de culpas encontró cabida en el Código de Baviera, *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, cuya P. IV. Cap. I, § 20, n. 4 establecía que el culpable de un daño o de la pérdida, en materia contractual, no podía solicitar el resarcimiento a la otra parte que hubiera incurrido igualmente en culpa. El mismo principio se encontraba en el Código Civil sajón, *Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* de 1863, que en su § 688, referido a los contratos, establecía que el perjudicado no puede solicitar el resarcimiento del daño que él hubiera podido evitar con el empleo de la diligencia del atento padre de familia, excepto en el caso en que el hecho lesivo se remontara a dolo ajeno; principio reforzado en materia extracontractual, donde el § 781 establecía que quien acarrea daño a sí mismo no puede pretender algún resarcimiento. BENIGNI. *La così detta compensazione della colpa*, cit., pp. 56 ss.
- 34 Vid. ESAIAS VON FREDERICH PUFENDORF. *De culpa comementatio juris naturalis et civilis*, Lemgovie, Meier, 1741, P. III, Cap. II, § I, p. 155.
- 35 Sobre el punto véase PETER AUMANN. *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Universität Hamburg, Hamburg, 1964; KLAUS LUIG. *Überwiegendes Mitverschulden*, en *Ius Commune*, VITTORIO KLOSTERMANN, Frankfurt am Main, 1969<sup>2</sup>, pp. 189 ss.; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 1010ss. y 1047-1048; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 193 ss.
- 36 Cfr. AMELIA CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., 2001, p. 85. Un desarrollo más extenso de esta idea puede verse en JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontractual*, reimpr., Coimbra, Almedina 2007, pp. 353 ss.
- 37 “Si deponens rem custodiendam commitit homini, quem negligentem esse novit, & negligentia ejes detur damnum; ipse in culpa est” [“Si alguien entrega en depósito una cosa a un hombre, que él sabe

sino que el daño debe ser dividido en proporción a las respectivas culpas<sup>38</sup>. En síntesis, si la cosa pereciere o se deteriorase en manos del depositario negligente, el daño debe ser repartido entre depositante y depositario, en razón de la culpa de cada uno<sup>39</sup>.

La doctrina de este autor será recogida en el Código Civil prusiano (ALR, 1794), el cual contiene reglas que conllevan una parcial superación del *todo o nada*, sobre la base de la gravedad de las culpas alegadas y el carácter *mediato o inmediato* del daño sufrido<sup>40</sup>.

Más tarde, tal doctrina sería recogida en el Código Civil austriaco (ABGB, 1811), y desde aquí pasaría a ser conocida por el resto del mundo<sup>41</sup>. En cuanto

- que es negligente, y por causa de esta negligencia ha acaecido un daño, el mismo [depositante] está en culpa”. Cfr. WOLFF, Christian. *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völkerrechts*, Georg Olms, Hildesheim-New York, 1968-1972, pars. IV, cap. III, § 590.
- 38 “*Si damnum tuum colliditur cum damnum alterius, nec uterque vestrum vacat; illud dividendum est in ratione culpa*” [“Si tu daño coincide con el daño de otro, sin que ninguno esté libre de culpa, el daño debe dividirse en razón de la culpa”]. Cfr. WOLFF. *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völkerrechts*, cit., pars. II, cap. III, § 632. WOLFF propone una división matemática de la responsabilidad entre víctima y victimario (acreedor y deudor), pues, en cuanto profesor de matemáticas y de Derecho, consideraba que este último era el conjunto de las proposiciones jurídicas ordenadas en el mismo modo en que se agrupan las proposiciones de la matemática, algo que ya había propuesto en su *Filosofía práctica universal* (véase PAOLO BECCHI. *Giuristi e principi*, Compagnia dei Librai, 2000, p. 133). En lo que atañe al espíritu matemático de WOLFF se ha dicho que “*Like many other philosophers of the Modern period, such as Descartes, Hobbes, and Spinoza, Wolff believed the method of mathematics, if properly applied, could be used to expand other areas of human knowledge. Perhaps more so than any of his contemporaries, Wolff took this style of exposition to an extreme*”. Cfr. MATT HETTICHE, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, CHRISTIAN WOLFF, en línea, consultado el 11 de junio de 2014, disponible en: <<http://plato.stanford.edu/entries/wolff-christian/#PriSufRea>>. Para una breve síntesis sobre el pensamiento de WOLFF en relación al método matemático, véase MAURICIO BEUCHOT. *El proyecto de una ciencia universal en Cristian Wolff*, en línea, consultado el 11 de junio 2014, disponible en: <<http://www.elementos.buap.mx/numo3/pdf/37.pdf>>).
- 39 “*Si deponens rem custodiendam committit homini negligenti, quem negligentem esse novit, vel noffe poterat, & res deposita negligentia depositarii vel perit, vel deterioratur; damnum inter deponentem & depositarium dividendum in ratione culpa utriusque*” [“Si alguien entrega en depósito una cosa para que la cuide a un hombre, que él sabe que es negligente, o bien habría podido saberlo, y la cosa depositada, por negligencia del depositario perece o bien sufre daño, el daño debe ser dividido entre el depositante y el depositario en razón de la culpa de cada uno”]. Cfr. CHRISTIAN WOLFF (1968-1972): *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völkerrechts*, Hildesheim-New York, Georg Olms, pars. IV, cap. III, § 591.
- 40 Bajo este código, si el perjudicado actuaba con culpa leve o levisima y el agente con culpa grave, este debía todo el resarcimiento; si el perjudicado actúa con culpa grave y el agente también con culpa grave, se deben solo los daños inmediatos; si el perjudicado actúa con culpa grave y el agente con culpa leve o levisima, no es debido ningún resarcimiento. Véase *Código Prusiano*, 1 Parte, Tit. VI, §§ 18 a 21. Véase una traducción al inglés de estas reglas en LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., pp. 57 ss.
- 41 ABGB § 1304: “*Se nel danno concorra anche la colpa del danneggiato, questi lo sopporta proporzionalmente coll'autore del danno, e se non può determinarsi la proporzione lo portano in parti uguali*”. El texto italiano tiene también el carácter de ‘versión oficial’, gracias a la promulgación que se hizo del ABGB en el Reino Lombardo-Veneto, donde estuvo en vigor desde 1866. Esta versión, con

a la forma en que debe realizarse la repartición, el ABGB solo señala que debe ser *proporcional*, pero se entiende que dicha proporción es en razón a la gravedad de la culpa de cada parte<sup>42</sup>, tal y como proponía WOLFF. Sin embargo, dado que el mismo jurista reconocía las dificultades prácticas de su planteamiento<sup>43</sup>, el ABGB agregó una regla complementaria, en virtud de la cual, cuando la proporción no pueda determinarse, la repartición se hace *en partes iguales*.

Es importante señalar que la doctrina chilena que se ha ocupado de este argumento indica a tales disposiciones como la fuente directa del artículo 2330 del Código de Bello. En este sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA afirma: “BELLO cita como fuente al art. 2199 del código prusiano; pero [la regla] también se encontraba en el art. 1304 del código austríaco que parece haber sido más bien el inspirador de dicha norma”<sup>44</sup>. En efecto, la nota al artículo 2494 del Proyecto de 1853, correspondiente al actual 2330, señala: “C.P. 2199”; sin embargo, quien haya consultado o simplemente revisado la estructura del ALR advierte de inmediato que BELLO no podía referirse a este Código, toda vez que él carece de un artículo 2199, pues no contiene una enumeración correlativa de artículos, sino que está dividido en partes, títulos y párrafos, y las disposiciones relativas a la culpa de la víctima se encuentran en la Parte I, tit. VI, §§ 18 a 21. Así, la inspiración del citado artículo 2330 necesariamente proviene de alguna otra de las fuentes utilizadas por BELLO, y la comparación evidencia que se trató del Código Civil peruano de 1852, que precisamente en su artículo 2199 contiene una disposición casi idéntica a la del artículo 2330<sup>45</sup>. Esta conclusión es avalada por los dichos de GUZMÁN BRITO, quien señala que esta fue la única referencia de BELLO al Código peruano y que los editores del proyecto, pensando que era un error, cambiaron la sigla original (C. Per.) por C.P., que era la sigla utilizada por BELLO para referirse al

---

uno de sus comentarios más famosos, el de GIOACHINO BASEVI. *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, en línea, consultado el 11 de junio de 2014, disponible en: <[http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22101934%22](http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22101934%22>)>.

- 42 En este sentido la doctrina expresamente sostiene: “*The damage is apportioned in proportion to the seriousness of either party’s misconduct*”. Cfr. MONIKA HEINTEREGGER. *Contributory negligence under Austrian law*, en MAGNUS ULRICH y MIQUEL MARTÍN CASALS (eds.). *Unification of tort law: contributory negligence*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 9.
- 43 Así ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 1048.
- 44 Cfr. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno*, en *Roma e America* 10, 2000, p. 124. La misma idea repite en RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil, con especial referencia al Derecho Chileno*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* n.º 209, enero-junio de 2001, p. 22. En el mismo sentido, GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ (redactor). *Código Civil y leyes complementarias*, Santiago, 1998<sup>2</sup>, p. 240; CLAUDIA BAHAMONDES y CARLOS PIZARRO. *La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIX, 2012, p. 41.
- 45 Textualmente este artículo señala: “La estimación del daño es sujeta a reducción, si el que lo sufrió se ha expuesto a él imprudentemente”.

Código prusiano<sup>46</sup>. Así se explica entonces el error histórico en que ha incurrido la doctrina civilista chilena.

## II. Concurrencia de culpas en derecho romano

### A. Las fuentes romanas generalmente citadas en apoyo de la compensación de culpas se explican a la luz de otros principios

Conforme a lo señalado en el título precedente, el resultado *todo o nada* consecuencia de la visión medieval de la *compensación de culpas* fue definitivamente superado en el derecho germánico gracias a la obra de CHRISTIAN WOLFF, quien estableció como criterio para la división de responsabilidades la gravedad de las respectivas culpas.

Sin embargo, precisamente desde finales del siglo XIX se ha venido cuestionando que los romanos hayan efectivamente aplicado la regla de *todo o nada* o principio de *compensación de culpas*<sup>47</sup>, pues, como reconoce ROSSI, al lector atento no se le escapa “que todos o casi todos los textos mencionados, que dan lugar a la exoneración de la responsabilidad del autor del daño por mediar la culpa de la víctima, podrían interpretarse con las mismas consecuencias sin utilizar este principio”<sup>48</sup>.

En efecto, el que participa de un acto deportivo se expone voluntariamente a los riesgos que conlleva tal actividad; además, dado que la lesión se produce sin haber infringido las reglas del juego, el agente no comete *iniuria*, presupuesto básico de la responsabilidad aquiliana (D. 9.2.11). Tampoco comete *inuria* quien se ejercita en el campo de tiro (D. 9.2.9.4)<sup>49</sup>, o el que poda un árbol en lugar privado donde no hay camino (D. 9.2.31). El tabernero que se defiende del ladrón actúa en legítima defensa (D. 9.2.52.1). Solamente en el caso de quien se deja rasurar por un barbero que coloca su silla en un lugar peligroso (D. 9.2.11 pr.) podría establecerse la exoneración de responsabilidad del barbero en razón de

46 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006, p. 209, nota 47.

47 Como puede advertirse de la bibliografía citada en este trabajo, en la literatura italiana de principios del siglo XX hay numerosas obras dedicadas al argumento “*della cosiddetta compensazione delle colpe*”, o sea, “de la llamada compensación de culpas”.

48 Cfr. ROSSI MASELLA. *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, cit., p. 191.

49 A propósito de este pasaje señala CASTRESANA: “es claro que el ‘*intempesive*’ que califica la conducta del *servus* hace de ésta la única acción culpable del caso y, por ello, es la propia víctima, el *servus*, con su intervención la que se coloca en la situación de *damnum*. Además, WOLLSCHLÄGER ha observado, con razón, que en este caso no hay en el conjunto causal dos orígenes distintos de culpabilidad, dado que el lanzador no ha hecho un lanzamiento culpable, y lo que finalmente sirve a la decisión del supuesto aquí planteado es el origen de la culpa. El esclavo es productor de su propia muerte ya que no debía estar en la zona de tiro. No hay concurrencia de culpabilidades”: CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 75.

la culpa del cliente; sin embargo, en este caso podría hablarse de asunción del riesgo por parte de la víctima, que acepta ser rasurada consciente del peligro que ello significa<sup>50</sup>.

Tratándose de pasajes relacionados con la responsabilidad contractual, la solución se explica recurriendo a reglas propias de este régimen. Así, el depositario responde exclusivamente por su dolo (y luego de *culpa lata*), en razón de la *utilitas contrahentium* (D. 16.3.20). La obligación del vendedor es garantizar al comprador el goce pacífico de la cosa durante el tiempo necesario para adquirirla por prescripción; si esta no se verifica por *culpa* del comprador, la conducta de este interrumpe el nexo de causalidad entre el hecho del vendedor y el daño sufrido (D. 21.2.56.3). La sociedad es un contrato de confianza, los socios se conocen mutuamente, eso justifica que algunos juristas sostuvieran que la diligencia debía apreciarse en concreto y, por consiguiente, no cabía exigir responsabilidad al socio conocidamente negligente (D. 17.2.72).

En síntesis, si bien en el *Corpus Iuris* se han identificado diversos pasajes en que la *culpa de la víctima* actúa como eximente de responsabilidad, de ellos no se sigue que en Roma hubiera regido un principio de *compensación de culpas*, pues falta la *ilicitud* de la conducta del agente<sup>51</sup>, ya sea por ausencia del elemento *iniuria* o porque el perjudicado asumió el riesgo de la lesión. Por tanto, de esos mismos pasajes no es posible deducir que, una vez demostrada la responsabilidad del agente (*damnum e iniuria*), la culpa de la víctima hubiera sido en todo caso suficiente para eliminar esta responsabilidad. Ni siquiera D. 50.17.203 es suficiente para hacer una generalización en tal sentido, pues es perfectamente posible que en el caso concreto el jurista hiciera referencia a un caso de *culpa ex-*

50 ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 1013. Véase la opinión contraria de COPPA-ZUCCARI, para quien este es precisamente un ejemplo de la forma en que operaba la llamada compensación de culpas. En concreto, este autor afirma: “*il radere, come il farsi radere in luogo tanto pericoloso costituisce colpa; ed al barbiere come allo scbiavato è quindi imputabile l’effetto dannoso sopravvenuto. - Perciò riteniamo anche noi che in questo passo si consideri in caso di c.d. C., risoluto con la statuizione della irripetibilità del danno da colpa comune: ogni risarcimento è escluso*”: COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, cit., pp. 33-34. En el mismo sentido CANDICE. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 76 ss. En el mismo sentido CASTRESANA, quien afirma: “más que de concurso de culpas, hay que hablar aquí de asunción voluntaria de un riesgo –que se conoce o se ha podido prever– por parte de la víctima, como causa de exclusión de responsabilidad para el agente que ha intervenido en el *damnum dare*”: CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 104.

51 En este sentido, se ha dicho que “*i giuristi romani esigono la culpa, il comportamento colposo di chi sembra causa fisica dell’arvenimento. Perciò negano l’azione se l’autore materiale del danno abbia agito come un diligens pater familias nello svolgimento del negozio giuridico ed invece la culpa sia insita nella persona del lesa*”: BENIGNI. *La così detta compensazione della colpa*, cit., p. 9. Véase también COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, cit., pp. 26 ss., quien destaca que en prácticamente todos los casos citados como ejemplos de la “llamada compensación de culpas”, en realidad, falta el elemento de la ‘culpa común’, es decir, se trata de culpa exclusiva de la víctima. En el mismo sentido véase CANDICE. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 64 ss.

*clusiva de la víctima*, cosa que no sabemos, pues no disponemos de los elementos suficientes para reconstruir los hechos<sup>52</sup>.

En conclusión, los pasajes citados por la doctrina para fundar la regla todo o nada se explican más bien a la luz de otras reglas y no aluden a casos de *culpa concurrente* de la víctima. Se trata de casos en que la víctima es la única responsable del daño sufrido; por tanto, modernamente tampoco darían lugar a una disminución del resarcimiento, sino a una exención de responsabilidad<sup>53</sup>.

## B. La repartición de responsabilidades entre víctima y agente según las fuentes romanas

Tras asumir que en el *Corpus Iuris* no se encuentran aplicaciones concretas de la compensación de culpas, el mayor argumento de quienes afirman que en Roma regía este principio es la ausencia de ejemplos en sentido contrario<sup>54</sup>. Así, LAWSON reconoce que los pasajes que cita para ilustrar la regla constituyen situaciones en que el agente derechamente no es responsable, y que de ellos no se desprende cuál era la solución romana para el caso de *concurso de culpas*, pero, agrega, es de suponer que se seguía el mismo principio de exoneración que operaba en caso de *culpa exclusiva de la víctima*, pues si la solución hubiese sido distinta habría noticias de ello<sup>55</sup>.

Sin embargo, un análisis detenido de las fuentes evidencia que los juristas romanos sí contemplaron la posibilidad de repartir la responsabilidad entre víctima y agente. En efecto, de algunos pasajes del Digesto se desprende que la *culpa del perjudicado* en la generación del daño podía actuar no solo como eximente, sino

52 Tajantemente en el sentido de que D. 50.17.203 se refiere precisamente a un caso de “culpa exclusiva de la víctima”, véase COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, cit., p. 27.

53 La doctrina civilista reconoce que si no ha habido culpa por parte del agente, no cabe aplicar las reglas de disminución del *quantum respondeatur*, pues estas se refieren al caso de *culpas concurrentes*. En caso de *culpa exclusiva de la víctima* el problema se resuelve exclusivamente en el plano de la causalidad y no hay responsabilidad alguna del agente. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil*, cit., p. 37; LE TOURNEAU. *La responsabilidad civil*, cit., p. 95. En el mismo sentido se ha dicho que “si la culpa de la víctima aparece como causa exclusiva del daño, porque su conducta ha sido para el agente algo imprevisible, o previsible pero inevitable, absorbe integralmente la causalidad”: MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 141; véase también p. 158, donde la autora agrega: “la explicación de la exoneración del agente dañoso en el caso de culpa exclusiva de la víctima se encuentra exclusivamente en la causalidad y no en el carácter culpable o no de la conducta de ésta”. Similarmente se ha dicho: “si el daño deriva exclusivamente de la culpa de la víctima no hay delito ni cuasidelito y, en consecuencia, tampoco responsabilidad”: AGUIAR. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, cit., p. 298.

54 Expresamente en este sentido SAVARESE, quien afirma: “*La rigorosità del principio quod quis ex culpa sua... non ha permesso ad alcuno di portare un solo esempio di ripartizione nel diritto romano della responsabilità tra danneggiato e danneggiante per un danno causato dalla colpa comune, e di una quantunque, in questi casi responsabilità del terzo*”: SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, cit., pp. 25-26.

55 Cfr. LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., pp. 53 ss.

también como atenuante de responsabilidad, siempre y cuando existieran criterios objetivos sobre la base de los cuales efectuar la disminución del resarcimiento. En esta parte del trabajo se ofrecen dos ejemplos de lo que venimos diciendo<sup>56</sup>.

**1. Disminución de la condena cuando la culpa de la víctima ha interferido en la producción del daño: D. 14.1.7 pr.**

El primer ejemplo que demuestra la aptitud de la culpa de la víctima para atenuar la responsabilidad del agente es una opinión de JULIANO –que llega a través de AFRICANO– en materia de ‘*actiones adiecticiae qualitatis*’<sup>57</sup>, contenida en D. 14.1.7 pr.:

*Africanus 8 quaest. “Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavuit se in refectioem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectioem navis esse consumptam. respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectioem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioem pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari”.* [LUCIO TICIO puso a STICO por patrón de una nave, y habiendo éste recibido dinero en mutuo, aseguró que lo había recibido para reparar la nave; se preguntó ¿acaso no quedaría obligado TICIO por la acción ejercitoria de otro modo, que si probase el acreedor que el dinero se invirtió en la reparación de la nave? Respondió, que el acreedor ejercitaría la acción útilmente, si, cuando se prestase el dinero, la nave hubiese estado en situación de que debiese ser reparada; porque así como no conviene que el acreedor sea obligado a esto, a que él mismo cuide de que sea reparada la nave, y sea gestor de un negocio del dueño, lo que ciertamente habría de suceder si tuviera necesidad de probar que el dinero se gastó en la reparación, así también se ha de exigir esto, que sepa que

56 Otros ejemplos, referidos principalmente a la culpa de la víctima en la agravación del daño, pueden verse en SAN MARTÍN NEIRA. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., *passim*.

57 Sobre estas acciones en general véase EMILIO BETTI. *Diritto romano*, Cedam, Padova, 1935, pp. 127 ss.; CRISTIANO FEDERICO GLÜCK. *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, trad. al italiano de BONFANTE, P., Società Editrice Libreria, Milano, 1907, pp. 1 ss.; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 51 ss.; RICCARDO FERCIA. *Criteri di responsabilità dell’exercitor*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 1 ss.; RICCARDO FERCIA. *Responsabilità per fatto degli ausiliari nel diritto romano*, Cedam, Padova, 2009, pp. 1 ss.

él presta para aquella cosa para la que cualquiera haya sido nombrado patrón; lo que verdaderamente no puede suceder de otro modo, que si además supiere esto, que es necesario el dinero para la reparación. Por lo cual, aunque la nave se hubiere hallado en estado de ser reparada, pero se hubiere prestado mucha mayor cantidad de dinero de la que para tal objeto fuese necesaria no debe darse por el todo acción contra el dueño de la nave].

Este pasaje proviene de las *Quaestiones* de AFRICANO, pero la verdadera paternidad de la solución contenida en el pasaje corresponde a JULIANO<sup>58</sup>, de quien AFRICANO habría sido discípulo<sup>59</sup>.

El problema analizado en el pasaje se refiere a la posibilidad de ejercer la *actio exercitoria* y al resultado que con ella se podía lograr; por consiguiente, resulta útil recordar algunos aspectos relacionados con esta acción. La *actio exercitoria* correspondía a la acción que el pretor daba contra un armador (*exercitor*) cuando se había celebrado con el capitán de la nave (*magister navis*) un negocio concerniente a la gestión de la misma, conforme a las órdenes dadas por el armador, a fin de obtener todo aquello que era exigible en virtud del contrato<sup>60</sup>.

En el marco del contrato con el armador, el *magister navis* recibía órdenes o instrucciones sobre el modo en que debía conducir los negocios que se le encargaban. Estas órdenes iban incluidas en la *lex praepositionis*, en fuerza de la cual el *magister* quedaba autorizado para celebrar todas las convenciones necesarias para el desarrollo de la gestión que se le encargaba<sup>61</sup>. Si él actuaba conforme a sus instrucciones, el armador quedaba obligado plenamente frente al tercero por todos los contratos celebrados<sup>62</sup>.

58 Así EMILIO COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Casa Editrice Luigi Battei, Parma, 1891, p. 68. Por lo demás, el mismo jurista sostiene que la solución es de un tercero, pues usa el verbo responder en tercera persona: “*respondit*”, y con toda seguridad se trata de JULIANO.

59 AFRICANO fue contemporáneo de JULIANO (s. II d. C.) y hay pleno acuerdo en que habría sido discípulo de este; en razón de ello, existe una fuerte conexión entre las *Quaestiones* de AFRICANO y la obra de JULIANO, tanto así que se considera demostrable que, en algunos casos, donde aparece simplemente el *ait respondit* y expresiones similares, debe entenderse: “JULIANO responde o dice”: cfr. FRITZ SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana*, trad. italiana de GUGLIELMO NOCERA, Sansoni, Firenze, 1968, pp. 144 ss.; RICCARDO ORESTANO. S.v. “*Africano Sesto Cecilio*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I (1), Utet, Torino, p. 392.

60 Cfr. GLÜCK. *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, cit. p. 8. Véanse COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 29 ss.; PIETRO BONFANTE. *Corso di diritto romano*, vol. IV, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 362 ss.; FRANCESCO DE MARTINO, . *Studi sull'actio exercitoria*, en *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 1-2, 1941, pp. 5 ss.; SIRO SOLAZZI. *Letà dell'actio exercitoria*, en *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 3-4, 1941.

61 Véase COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 64 ss.; DE MARTINO. *Studi sull'actio exercitoria*, cit., pp. 5 ss.

62 Cfr. GLÜCK. *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, cit., p. 10; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 52.



Sin embargo, respecto del dinero recibido en mutuo por el capitán, la cuestión no es del todo pacífica. Según refiere ULPIANO, el mutuante tenía siempre acción contra el armador por los dineros efectivamente invertidos, pero respecto de aquellos malversados por el capitán tenía acción solo cuando (mediante una *lex contractus*<sup>63</sup>) se hubiere declarado el destino que se le daría al dinero (D. 14.1.1.8-9). Sin embargo, la doctrina no está de acuerdo sobre la autenticidad de estas soluciones, y precisamente en este contexto se sitúa D. 14.1.7 pr.

Dicho pasaje trata de un acreedor que prestó dinero para la reparación de una nave, que luego fue malversado por el *magister navis*. En la celebración del contrato se dijo expresamente que los dineros eran para la reparación de la nave, con lo cual, en virtud de lo sostenido por ULPIANO en D. 14.1.9, el mutuante quedaría a salvo de la malversación, es decir, procedería la *actio exercitoria* contra el armador. Sin embargo, a fin de establecer si efectivamente procede la acción contra el propietario, el jurista analiza *la necesidad que presentaba la nave de ser reparada*. Así, afirma que si la nave efectivamente necesitaba reparaciones, el acreedor tiene derecho a ejercitar la acción, de lo contrario no. Además, agrega, en caso que la nave efectivamente hubiere necesitado reparaciones, pero la cantidad prestada hubiere excedido lo necesario para llevarlas a cabo, el mutuante podrá recuperar la cantidad necesaria para las reparaciones, incluso en caso de que no se hubieren realizado. En definitiva, el mutuante que quiere asegurar la devolución íntegra del préstamo debe cerciorarse de que la cantidad prestada corresponda a la necesaria para reparar la nave.

En este punto surge la pregunta: ¿cómo se explica que el mutuante tenga que cerciorarse de la necesidad del dinero mutuado? En opinión de COSTA, esto se explica por la combinación de dos factores: (i) el fundamento de la *praepositio* es la voluntad del *praeponeus* (el armador) de celebrar los negocios ejecutados por el *praepostus* (*magister navis*)<sup>64</sup>, y (ii) la *praepositio* se integra tácitamente con la facultad de realizar todos los actos necesarios para la gestión del negocio encomendado<sup>65</sup>. Así, cuando la nave necesitaba reparaciones, se entendía que el *magister navis* estaba tácitamente autorizado para celebrar el mutuo necesario. En consecuencia, la necesidad del mutuo era indispensable para que surgiera la obligación de restitución del armador. Por el contrario, de no haber sido necesario, decaía la presunción de que este habría prestado su voluntad para la celebra-

63 DE MARTINO. *Studi sull'actio exercitoria*, cit., p. 10; GIANNETTO LONGO. *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, en GIUSEPPE GROSSO. *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. II, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1972, p. 591.

64 Esto es también lo que nos dice GAYO en Gai. 4.71. Aunque la doctrina discute sobre la autenticidad de este pasaje. Para la tesis negativa, véase SOLAZZI. *L'età dell'actio exercitoria*, cit., p. 29. En el lado opuesto véase LONGO. *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, cit., pp. 581 ss.

65 COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 64 ss.

ción del contrato<sup>66</sup>. La opinión de este autor aparece convincente. Ciertamente el armador no habría autorizado la celebración de un mutuo innecesario; por consiguiente, un mutuo semejante quedaba fuera de la *praepositio* y el armador no resultaba obligado a restituir el dinero.

Sin embargo, dicho razonamiento debería llevar a que el *praeponens* tampoco quedara obligado cuando el *praepostus*, en el ejercicio de su encargo, cometiera un ilícito, pues también este caso queda claramente fuera de la *praepositio*; no obstante, el mismo autor refiere dos casos relativos a la *actio institoria*<sup>67</sup> (D. 14.3.5.8 y D. 14.3.9), en que el *praeponens* se obliga para con el tercero en virtud de un acto ilícito del *praepostus*. En definitiva, concluye este autor, para que nazca la obligación entre el *praeponens* y el tercero basta que el hecho del *praepostus* sea ejecutado en el ámbito del negocio para el que fue *praepostus*, sin importar que se trate de un contrato o bien de un delito<sup>68</sup>. De esta manera, el mismo autor contradice su razonamiento y la respuesta proporcionada para justificar la solución del pasaje bajo análisis resulta insuficiente.

La doctrina ha intentado otra posible respuesta. Así, DE MARTINO afirma que la opinión de JULIANO se debe a un cambio en el modo en que operaba el mutuo al interior de la *praepositio*. A diferencia de otros, este autor afirma que el mutuo –incluso cuando era necesario para la reparación de la nave– no entraba en la *praepositio*, sino cuando había sido expresamente incorporado. En consecuencia, para que el armador se obligara con el mutuante era siempre necesaria una *lex contractus* de que el dinero sería invertido en la reparación de la nave y, además, que fuera efectivamente empleado en ello. Desde esta perspectiva, la opinión de JULIANO habría disminuido las exigencias de la *lex contractus*, estableciendo el requisito menos estricto de la *necesidad* en el lugar del *empleo efectivo*. Se trataría de una solución más adecuada a los usos del tráfico marítimo, pues la otra forma hacía casi imposible que el *magister navis* encontrara a alguien dispuesto a prestarle el dinero<sup>69</sup>. En definitiva, según esta tesis, JULIANO habría ideado una solución que conjugaba los intereses de todas las partes involucradas.

66 Cfr. *ibíd.*, p. 66.

67 La *praepositio* es un elemento común de las acciones *institoria* y *exercitoria*, regida en ambos casos por las mismas reglas. Véase COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 44 ss.; SOLAZZI. *Letà dell'actio exercitoria*, cit., p. 193.

68 Cfr. COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 70-73. Sobre la responsabilidad del *exercitor* por el hecho ilícito del *praepostus*, véase FERCIA. *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., pp. 2 ss.

69 Véase DE MARTINO. *Studi sull'actio exercitoria*, cit., pp. 13 ss. Esta opinión es sustancialmente seguida por LONGO. En efecto, este autor, después de haber señalado que el pasaje no es original, sino que sufrió modificaciones de contenido, afirma: “*il giurista diceva, assai pianamente e in una coerenza limpida con la nota corrispondenza tra praepositio e sue conseguenze, che quando le riparazioni, in realtà, avessero dovuto operarsi, il mutuo bene era stato contratto e il creditore bene avesse potuto rivolgersi contro l'exercitor*”. Cfr. LONGO. *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, cit., p. 593.

Ahora bien, sin duda, cuando el mutuo no había sido autorizado expresamente, la jurisprudencia romana se planteaba el problema de si él estaba o no incluido en las facultades del *magister*, o sea, si daba o no origen a la acción contra el *exercitor*, sin que hubiera pleno consenso al respecto<sup>70</sup>. Por tanto, sea que aceptemos o no la tesis formulada por DE MARTINO, debemos concordar con este autor en que JULIANO quiso dar una solución al problema, introduciendo el criterio de la *necesidad*.

Cabe entonces preguntarse: ¿qué implicancias tiene para el acreedor la solución propuesta por JULIANO? En nuestra opinión, ella implica imponerle una *carga de diligencia* al momento de contratar, pues tendrá que cerciorarse de que el dinero prestado sea efectivamente necesario<sup>71</sup>. Así, si actúa negligentemente, al punto de no cerciorarse en lo absoluto de que el dinero que está prestando es realmente necesario para los fines indicados en el contrato, no hay acción contra el *exercitor*; pero si la negligencia consiste solo en la estimación de la suma necesaria, entonces la acción se limita a lo necesario<sup>72</sup>. El mismo principio es repetido por AFRICANO en los dos pasajes siguientes: en el primero, D. 14.7.1, sostiene que si se prestó dinero para un fin que no podía ser realizado en el lugar en que se prestó, el acreedor no dispone de la acción contra el *dominus*, y, aclara, esto es porque el acreedor debe prestar diligencia (actuar diligentemente)<sup>73</sup>; en el segundo, D. 14.1.7.2, se refiere, por analogía, a la *actio institoria*, sosteniendo que si el dinero fue prestado al esclavo para la compra de mercancías que no eran necesarias y este lo malversó, nada hay que reclamar contra el *dominus*. En síntesis, la *necesidad* se transforma en criterio para delimitar el *quantum* a restituir por parte del tercero civilmente responsable.

La doctrina moderna niega que la solución contenida en el pasaje analizado corresponda a JULIANO. Así, según LONGO, la disminución de la *summa condemnationis* hasta el monto de la necesidad es, a todas luces, un agregado bizantino. A este autor no le parece posible que JULIANO hubiera realizado tales considera-

70 En este aspecto concuerda toda la doctrina, además, salta a la vista toda vez que es uno de los principales problemas que se plantea la jurisprudencia a la hora de analizar el contenido de la *praepositio*. Véanse D.14.1.1.8-9 y D.14.1.7 pr.

71 En este mismo sentido se pronuncia BONFANTE. Este autor sostiene que, cuando no estaba del todo claro si el negocio celebrado con el *magister navis* entraba o no en la *praepositio*, como en el caso del mutuo, “*incombe al terzo l’obbligo della diligenza, cioè di assicurarsi in limiti discreti che il denaro è veramente destinato a tale scopo*”: BONFANTE. *Corso di diritto romano*, vol. 4.º, cit., p. 365.

72 En este sentido se pronunciaba el mismo COSTA: “*El mutuante deve assicurarsi che veramente la necessità di quelle riparazioni esista, che le spese occorrenti per esse corrispondano alla somma richiestagli e che questa non ecceda soverchiamente su quelle; che esista poi in ogni caso la possibilità di provvedere alle occorrenze della nave nel momento e nel luogo in cui il mutuo è contratto*”: COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., p. 67.

73 La misma explicación nos da en Afr. D.16.1.17 pr., cuando concede a la mujer la excepción contra el acreedor que había aceptado la *delegatio solvendis*.

ciones<sup>74</sup>. Lo mismo sostiene respecto del llamado a la *diligentia* incorporado en el pasaje siguiente. En su opinión, este sería ciertamente, y en su totalidad, de proveniencia justinianea<sup>75</sup>.

Por nuestra parte, sin perjuicio de que el pasaje haya podido ser intervenido, no estimamos inverosímil que la solución ahí contenida pertenezca a JULIANO, pues mediante la distinción introducida se conjugan definitivamente los intereses de las tres partes involucradas: (i) el del *magister navis*, quien podrá ejercitar su encargo más expeditamente; (ii) el del mutuante, quien podrá recuperar la suma prestada sin tener que supervigilar los trabajos de reparación; y, (iii) el del *exercitor*, que es tutelado de manera indirecta a través de la diligencia del mutuante. En efecto, si el mutuante sabe que podrá recuperar solo el monto necesario, evitará prestar más de ello, disminuyendo así el riesgo de que el *magister* solicite grandes préstamos para realizar reparaciones de poca monta, con el consiguiente perjuicio del *exercitor*, todo lo cual está plenamente de acuerdo con el modo de razonar de JULIANO. De hecho, reflexiones prácticamente idénticas han sido realizadas a propósito de diversos pasajes del *Corpus Iuris* en los cuales se refleja el pensamiento del mismo jurista<sup>76</sup>.

74 A este autor le parece del todo aberrante la idea de que, cada vez que se debiera dar una suma en mutuo para las reparaciones de la nave, el mutuante debiera verificar si la cantidad era adecuada a la envergadura de las reparaciones a realizar, lo cual “*rende tranquilli circa la fonte di questa parte del testo*”. Cfr. LONGO. *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, cit., p. 594.

75 *Ibíd.*, pp. 592 ss.

76 A modo de ejemplo, en tal sentido cabe mencionar: (i) D. 19.1.13 pr., en donde JULIANO, para efectos de la *summa condemnationi* derivada de la *actio empti*, distingue entre el vendedor de buena y de mala fe; (ii) D. 19.2.33, en donde JULIANO limita el *summa condemnationi* de la *actio empti* a lo que el comprador había pagado por concepto de precio; (iii) D. 9.2.47, en donde JULIANO establece que si se demanda por las heridas de un esclavo y este luego muere a causa de las mismas heridas, el actor puede demandar por la muerte, pero de la condena se descontará lo que haya obtenido en el primer juicio; (iv) D. 17.2.52.4, en donde ULPIANO, refiriendo la opinión de JULIANO, afirma que si un socio, en la realización de las actividades sociales, sufre un daño en su patrimonio personal, este debe ser soportado por todos los que componen la sociedad a prorrata de sus cuotas; (v) D. 19.1.23, en donde JULIANO, con la nota crítica de MARCELO, sostiene que quien hubiere manumitido al esclavo vendido con peculio, se obliga no solo por razón del peculio habido al tiempo de la manumisión, sino también por lo que adquiera después y, además, debe dar caución de que se habrá de restituir cualquier cosa que heredare del liberto; y (vi) D. 9.2.51.1-3, en donde se discute el caso de dos que hirieron mortalmente a un mismo esclavo, pero en momentos diversos: el jurista sostiene que ambos deben responder según el primer título de la ley Aquilia, pero por distintos montos. Así, “aunque JULIANO hace responsable *ex primo acapite* a los dos que lesionan, sin embargo el cálculo de la pena es distinto en uno y otro caso: el primero tendrá que pagar el valor más alto del esclavo dentro del último año a contar desde que se produjo la lesión. El segundo será condenado a pagar el valor más alto del esclavo en el último año previo al tiempo de la muerte (...) el sistema de estimación del *damnum* propuesto por JULIANO, además de original, permite adecuar la medida de responsabilidad de cada agente a las consecuencias lesivas que realmente trae consigo su acción, más allá de la consideración de las conductas típicas en la que se detiene CELSO. Y además la víctima del ilícito obtiene así una mejor tutela”: CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 55; DANILO DALLA. *Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell’Aquila*, en *Archivio Giuridico*, vol. CLXXXVII, fasc. 1 y 2, 1974, p. 168. Sobre el carácter innovador de la solución propuesta por JULIANO en este último caso, véase *ibíd.*, pp. 156 ss.

JULIANO utilizaba ampliamente el *quantum respondeatur* como una herramienta para restablecer el equilibrio patrimonial perdido, con lo cual existen razones para suponer que la solución contenida en D. 14.1.7 pr. es de su autoría. La única razón para pensar en el origen posclásico de la solución se refiere a la fórmula del contrato de mutuo. En efecto, el mutuo daba origen a una fórmula con *intentio certa* y de derecho estricto; por consiguiente, en principio, las consideraciones fácticas no debían verse reflejadas en la sentencia, el juez debía condenar o absolver sin vías intermedias. Así, resulta difícilmente justificable la repartición de responsabilidades realizada por el jurista, quien estaba ligado a la estructura de la fórmula. Sin embargo, una situación semejante se producía en el caso de la *actio ex lege Aquilia* y, según se dijo, JULIANO señaló más de una vez que la cuantía de la condena podía ser utilizada para corregir las iniquidades a que hubiera llevado una aplicación estricta de la fórmula.

En síntesis, en el pasaje analizado puede observarse una *disminución* de la *summa condemnationis* basada en la negligencia del acreedor, quien no se cercioró de la necesidad del dinero prestado. Por esa vía, JULIANO reparte el riesgo (y el daño) entre el armador que no eligió adecuadamente al capitán de su nave y el prestamista que actuó a la ligera, llegando así a una solución diametralmente opuesta al *todo o nada* impuesto por la *compensación de culpas*.

Para efectuar el reparto el jurista utiliza un criterio objetivo: *la necesidad* de las reparaciones; mediante este criterio es posible determinar la cantidad de dinero que no se hubiera prestado y, por tanto, la cantidad de dinero que no puede recuperar el prestamista. De esta manera, JULIANO nos da una pauta sobre cómo deben resolverse los casos semejantes, esto es, mediante la identificación de criterios objetivos que permitan conectar la conducta del sujeto con el parte de riesgo (daño) que le corresponde asumir.

## **2. El no resarcimiento del mayor daño causado “ex domini negligentia”: D. 9.2.52 pr.**

En D. 9.2.52, ALFENO analiza una serie de casos en que la *culpa* de quien sufre el daño es el factor determinante del nexo causal<sup>77</sup>. Entre ellos se encuentra D. 9.2.52 pr.:

77 El párrafo 1.º se refiere a una riña originada por un pasajero que se llevaba el farol con que un ventero iluminaba el ingreso a su taberna; este, tratando de recuperar el farol, se defendió del golpe propinado por el pasajero que insistía en llevarse el farol y terminó vaciándole un ojo. El jurista sostiene que el ventero no ha cometido *iniuria*, pues el pasajero fue el primero en golpear, por consiguiente, él ha sido la “causa” del daño sufrido por él mismo. El párrafo 3.º trata de la venta de un buey que deriva en un problema delictual por el daño sufrido por el esclavo del comprador en virtud de la cornada propinada por el buey comprado. ALFENO afirma que si la conducta del esclavo no fue la adecuada con relación al buey, esta constituye *culpa* y en ella debe verse la “causa” del daño; por consiguiente, el dueño del esclavo nada puede reclamar al vendedor del animal.

*Alfenus libro secundo digestorum. “Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur”.* [Si un esclavo hubiese muerto de las heridas, y esto no hubiese sucedido por ignorancia del médico, o por negligencia del dueño, debidamente se ejerce la acción por la muerte de aquél].

El pasaje se refiere a un esclavo herido por un tercero que muere una vez pasado un lapso de tiempo. El dueño del esclavo consulta al jurista si es posible demandar por la muerte del esclavo. ALFENO responde que si la muerte se produjo efectivamente por las heridas, y no por la ignorancia del médico o bien la negligencia del propio dueño, procede la demanda mediante el ejercicio de la *actio ex lege Aquilia*<sup>78</sup>. *A contrario sensu*, si la muerte se produjo por *domini neglegentia*, el dueño no tiene derecho a indemnización por ella.

La exención de responsabilidad establecida en D. 9.2.52 pr. ha sido históricamente interpretada como una manifestación de la regla *todo o nada* o *compensación de culpas*<sup>79</sup>. En efecto, la interpretación tradicional del pasaje sostiene que “si la muerte se hubiese producido por ignorancia del médico o por la culpa del amo, éste nada habría podido reclamar, puesto que su culpa, o la del médico, según resulta del texto transcrito, absorbía la culpa o el dolo del autor de las heridas”<sup>80</sup>. Esta lectura, que si bien en lo que se refiere a la muerte del esclavo es correcta, descuida un antecedente fundamental: la división interna de *lex Aquilia*.

En efecto, la *lex Aquilia* estaba compuesta de tres títulos: (i) el primero sancionaba el homicidio del esclavo o de un animal cuadrúpedo y de rebaño (D. 9.2.2 pr., Gai. 3.210); (ii) el segundo se habría referido al *adstipulator* que hubiese hecho fraudulentamente *acceptilatio* de la obligación, lesionando así el derecho del *stipulator* (Gai. 3.215-216); y, (iii) el tercero tenía un carácter más general, pero, en todo caso, solo consideraba aquel daño ejecutado mediante una conducta material consistente en *urere, frangere, rumpere*, un bien material propiedad de la víctima<sup>81</sup> (D. 9.2.27.5, Gai. 3.217-218). En consecuencia, los títulos I y III

78 La reconstrucción del caso debe ser hecha por hipótesis, a partir del responso del jurista, pues solo este nos viene dado por las fuentes, debiendo, en todo caso, ser considerado íntegro. Cfr. SANDRO SCHIPANI. *Responsabilità ‘ex Lege Aquilia’. Criteri di imputazione e problema della ‘culpa’*, Giappichelli, Torino, 1969, p. 78. Para la reconstrucción del pasaje véase también MARÍA SOLEDAD DEL CASTILLO SANTANA. *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 57 ss.

79 Sobre el punto, y en sentido crítico, véase COPPA-ZUCCARI. *La “compensazione delle colpe”*, cit., pp. 39 ss.

80 Cfr. HENOCH D. AGUIAR. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, cit., p. 311.

81 Cfr. LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., pp. 6 ss.; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 957 ss.; PAOLA ZILLOTTO. *L'imputazione del danno aquiliano*, Cedam, Padova, 2000, pp. 1 ss.; GIUSEPPE VALDITARA. *Dammum iniuria datum*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 11; ALESSANDRO CORBINO. *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, Cedam, Padova, 2005, pp. 31 ss.

sancionaban conductas típicas, consistentes, respectivamente, en: *servum, quadrupedemve occidere*<sup>82</sup>, o en un *rumpere, urere, frangere aliquit*<sup>83</sup>. En virtud de dicha división, las acciones para reclamar de la muerte y las heridas eran distintas, al punto que era posible demandar primero por las heridas, y luego, si a causa de las mismas heridas el esclavo moría, podía demandarse también por la muerte. Así lo sostiene ULPIANO en D. 9.2.46:

*Ulpianus 50 ad sab. "Si vulnerato servo lege aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnerare agi lege aquilia nihilo minus potest".* [Si se ejercitó la acción de la ley Aquilia por haber sido herido un esclavo, después, muerto de la misma herida, puede no obstante reclamarse por la ley Aquilia]<sup>84</sup>.

Por lo demás, según sostienen CELSO, ULPIANO y MARCELO, cuando una persona hubiera primero herido a un esclavo (incluso mortalmente) y luego otra lo hubiere matado, ambas quedan obligadas por la ley Aquilia: la primera por las heridas y la segunda por la muerte (D. 9.2.11.3).

En consecuencia, la pregunta propuesta por el consultante a ALFENO debió haber sido del siguiente tenor: Ticio dio una cuchillada a mi esclavo Estico y este, después de una semana, murió: ¿puedo pretender que mató, o solamente que lo hirió? Técnicamente traducido, ello significa querer saber si el propietario del esclavo, actor contra el tercero *ex lege Aquilia*, puede solicitar la pena

82 Sobre este verbo, que es el que nos interesa en esta sede, hay una expresa definición de JULIANO, en D.9.2.51 pr. En doctrina véase CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., pp. 28 ss.; VALDITARA. *Dammum iniuria datum*, cit., pp. 19 ss.; CORBINO. *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, cit., pp. 71 ss.

83 Cfr. VALDITARA. *Dammum iniuria datum*, cit., p. 19. En el mismo sentido: SCHIPANI. *Responsabilità 'ex Lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, cit., pp. 41 ss.; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 962 ss.; FRANCESCO MARIA DE ROBERTIS. *Dammum iniuria datum*, vol. 1, Cacucci, Bari, 2000, pp. 24 ss. Gran parte de la doctrina, basándose en la jurisprudencia de la época, afirma que los verbos contemplados en la ley Aquilia son taxativos, y que solo el daño causado por una de dichas conductas era objeto de tutela mediante los instrumentos previstos en ella.

84 En todo caso, esta neta división del *an debeatur* no se veía reflejada en el *quantum respondeatur*, pues aquí los juristas tuvieron el buen cuidado de aclarar que procediendo de ese modo el dueño no podía obtener en el segundo juicio todo el valor del esclavo, sino que debía tenerse en cuenta aquello que hubiera obtenido en el primero, de manera que no obtuviera más de lo que habría obtenido si desde el principio hubiera accionado por la muerte del esclavo; véase D.9.2.47: *Iulianus 86 Dig. "Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset"* ["Pero si hecha la estimación en el primer juicio, después, muerto el esclavo, hubiere intentado el dueño reclamar por haber sido matado, será repelido opuesta la excepción de dolo malo; para que por ambos juicios no consiga nada más de lo que debería conseguir, si al principio hubiese demandado por haber sido muerto el esclavo"].

prevista en el primer capítulo (*de iniuria occiso*) o bien solo aquella resultante del tercero (*de iniuria [cor]rupto*)<sup>85</sup>.

De haber mediado negligencia del amo, ALFENO excluye que pueda demandarse por la muerte del esclavo, pero su respuesta se refiere exclusivamente a la muerte, no se pronuncia respecto de las heridas. Por consiguiente, si bien de acuerdo al jurista el *dominus* no podía demandar conforme al primer acápite de la ley Aquilia, nada le impedía demandar sobre la base del tercero<sup>86</sup>. Tal solución será luego expresamente enunciada por PAULO en D. 9.2.30.4:

*Paulus 22 ad ed. "Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso".* [Si un esclavo hubiere sido herido no mortalmente, pero hubiere perecido por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por haber sido muerto]<sup>87</sup>.

De esta manera, si el amo de un esclavo herido omitía los cuidados necesarios para evitar que las heridas le causaran la muerte, jurídicamente, él era responsable de la muerte; por consiguiente, no podía demandar una indemnización fundada en ella. Sin embargo, ello no significaba que el agresor quedara exento de toda responsabilidad, sino solo que esta se limitaba a las heridas. De esta manera, cuando la muerte de un esclavo se debía a la *culpa* del amo que omitía los cuidados necesarios para que no se agravaran las heridas sufridas, la estructura y funcionalidad de ley Aquilia permitían una repartición de la responsabilidad sobre la base del daño causalmente conectado a la actividad (u omisión) de cada interviniente<sup>88</sup>, sin que tuviera lugar la compensación de culpas.

85 CARLO AUGUSTO CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 284. En el mismo sentido véase CONTARDO FERRINI. S.v. "Danni (azioni di)", en *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, Libreria, Milano, p. 30; LUIGI DE SARLO, . *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 46.

86 En este mismo sentido véase ibíd., p. 130, donde se pone en evidencia la importancia práctica de esta solución en materia de *quantum respondeatur*.

87 Sobre este pasaje véase BENIGNI. *La così detta compensazione della colpe*, cit., pp. 19 ss.; quien concluye: "Il danneggiante non risponde di occiso perché il suo colpo non fu causa adeguata della morte, imputabile solamente al padrone del servo il quale nulla ha fatto per impedirla, nessuna energia ha spiegato sia ricorrendo come ogni altro diligens pater familias all'opera del medico, sia prendendo le altre opportune provvidenze" (p. 20). En el mismo sentido COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, cit., pp. 37 ss., para quien "la serie causale iniziata dal ferimento non conduce alla morte, la quale è dovuta esclusivamente alla domini negligentia (...). Il dire che lo schiavo non sarebbe morto per negligenza, se non fosse stato ferito, suppone la confusione tra i concetti di condizione e di causa" (pp. 38-39). Véase también CORBINO, quien pone el acento en que la causa de la muerte está dada por la inactividad del *dominus*. Al efecto señala: "se il servo ferito in modo non mortale è morto poi per le omesse cure, il feritore risponde solo della ferita: delle omesse cure (che qui si presentano come pura 'non attività') non risponderà (come sottolinea Paolo, non vi sarà perciò actio de occiso)": CORBINO. *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, cit., pp. 125-126.

88 De manera general esta idea es compartida por SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, cit., p. 41 ss. En síntesis, este autor sostiene que el no resarcimiento por la muerte se debe puramente a la



Una vez más, vemos que es posible repartir el riesgo (en este caso de la muerte del esclavo producto de unas heridas) sobre la base de un criterio objetivo: la división del daño en dos partidas, las heridas y la muerte. Las heridas son atribuidas al agente, que responde por ellas. La muerte es atribuida al *dominus*, que asume su *autorresponsabilidad*.

## Observaciones finales

Una opinión generalizada sostiene que en derecho romano se habría aplicado el principio de *compensación de culpas* con su resultado *todo o nada*; sin embargo, la expresión *compensación de culpas*, con el valor aquí atribuido, no se encuentra en las fuentes romanas, sino que es producto del trabajo de los juristas medievales, quienes la forjaron a partir de la interpretación de diversos pasajes del *Corpus Iuris* que aluden a la *culpa de la víctima* como causal de exoneración de responsabilidad del agente. Sin embargo, todos esos pasajes pueden ser explicados a la luz de otras reglas. Así, en algunos casos falta el elemento *iniuria*, requisito esencial de la responsabilidad aquiliana, en otros se configura una asunción de riesgos de parte de la víctima, o bien se trata de la aplicación de otras reglas tales como la *utilitas contrabentium*. En consecuencia, a partir de tales pasajes no es posible concluir que en Roma se aplicaba el principio *compensación de culpas* o regla de *todo o nada*. Al contrario, en este trabajo ha quedado demostrado que en el Digesto se encuentran casos en que opera un reparto de la responsabilidad entre víctima y agente.

Estos casos presentan como característica común la posibilidad de establecer una *división objetiva* del riesgo que corresponde soportar a la víctima, ya sea porque recae sobre una cosa divisible, como el dinero, o bien porque hay lugar a una fragmentación ideal sobre la base de los diferentes capítulos de la *lex Aquilia*. Así, el reparto se realiza mediante la conexión causal entre la *conducta de la víctima* y aquella específica parte de riesgo que le corresponde soportar. De ahí que la principal preocupación fuera establecer criterios objetivos que permitieran hacer dicha conexión. Así, en D. 14.1.7 pr. el reparto se hace sobre la base de la *necesidad* del dinero prestado: el prestamista tiene derecho a recuperar solo hasta el monto necesario para realizar las reparaciones de la nave. Por su parte, en D. 9.2.52 pr. el reparto se logra mediante la adscripción del daño al específico título de la *lex Aquilia*: el agente responde por las heridas, mientras que el *dominus* soporta la muerte del esclavo.

No hemos logrado identificar casos en que se realizara un reparto de responsabilidad sobre la base de criterios subjetivos, aplicables a casos en que no fuera

---

posibilidad de evitar el daño, que conserva el nexo causal con el hecho del agente. Sin embargo, el dueño tiene derecho a aquella parte de daño provocada por las heridas, fenómeno que él llama "*parziale compensazione delle colpe*".

posible la fragmentación objetiva del riesgo. En consecuencia, conforme con la opinión vigente, debemos atribuir a CHRISTIAN WOLFF el mérito de haber extendido la repartición de responsabilidades a los daños indivisibles, fundándose en la *gravedad de las culpas*.

Estimamos que el análisis efectuado puede contribuir a arrojar luces sobre la discusión en torno a los criterios que debería emplear el juez a la hora de aplicar la disminución del resarcimiento por *culpa concurrente de la víctima*. En este sentido, el derecho romano nos enseña que el primer esfuerzo debe consistir en establecer criterios que permitan conectar objetivamente la conducta de la víctima con una parte específica del daño sufrido. En aquellos casos en que esta conexión causal no resulte posible, conforme con las enseñanzas de WOLFF, debe recurrirse a la *gravedad de las culpas*<sup>89</sup>. Finalmente, si ninguna de esas opciones parece plausible, debería considerarse la solución supletoria del Código Civil austriaco, según la cual debe dividirse el daño en partes iguales.

## Bibliografía

AEDO BARRENA, CRISTIÁN EDUARDO (2010): “El uso de estacionamientos como acto de consumo: reflexiones sobre la causalidad y la culpa. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 30 de marzo de 2010”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, año 17, n.º 1, pp. 213-239.

AEDO BARRENA, CRISTIÁN EDUARDO (2013): “El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la responsabilidad civil: una mirada desde la imputación objetiva”, en DOMÍNGUEZ, CARMEN *et al.* (eds.). *Estudios de derecho civil VIII*, Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters, pp. 505-523.

AGUIAR, HENOCH D. (1950): *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires, TEA.

---

89 Establecer qué significa en esta sede *gravedad de las culpas* y cómo debe realizarse la *conexión causal* supone un análisis que excede los objetivos de este trabajo y que trataremos en otra sede. Con todo, algunas ideas pueden adelantarse:

A) La *gravedad de las culpas* no alude exactamente a la tripartición de la culpa contemplada en el Código de Bello (art. 44 Código Civil chileno), pero sin duda será un criterio a considerar. Además, el juez debería tener en consideración, por ejemplo, (i) la relevancia de las normas legales infringidas por cada parte, (ii) el tipo de conducta desarrollada y (iii) las circunstancias en que se desenvolvía cada parte.

B) La *conexión causal* entre el hecho de la víctima y el daño auto-inferido debe necesariamente realizarse en sede de causalidad normativa, sobre la base de criterios que permitan discernir qué daño debe ser considerado *indirecto* respecto a la conducta del agente. Estimamos que los criterios más apropiados para realizar este juicio son la *causalidad adecuada* y el *riesgo creado*.

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria.
- ARAYA JASMA, FERNANDO (2003): *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Santiago, LexisNexis Chile.
- AUMANN, PETER (1964): *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Hamburg, Universität Hamburg.
- BAHAMONDES, CLAUDIA y PIZARRO, CARLOS (2012): “La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, pp. 39-52.
- BARAONA GONZÁLEZ, JORGE (2005): “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas”, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago, Universidad de los Andes, n.º 10, pp. 123-153.
- BARAONA GONZÁLEZ, JORGE (2011): “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas”, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago, Universidad de los Andes, n.º 20, pp. 147-181.
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO (2010): *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, t. II, *De las Fuentes de las Obligaciones*, Santiago, Jurídica de Chile.
- BARONCEA, DÉMÈTRE J. (1930): *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, Paris, E. Duchemin.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE (2006): *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile.
- BASEVI, GIOACCHINO (1859): *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, 7.<sup>a</sup> ed., Milano, 1859, disponible en: <http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22101934%22>
- BASSIANVS, IHOANNES (1983): *De regulis Iuris*, SEVERINO CAPRIOLI y FERDINANDO TREGGIARI (eds.), Rimini, Maggioli.
- BECCHI, PAOLO (2000): *Giuristi e principi*, Genova, Compagnia dei Librai.

- BENIGNI, PLACIDO (1906): “La così detta compensazione della colpe”, *Revista Critica di Diritto e Giurisprudenza* n.º 5-6, 7-8, 11-12, Napoli, Prem. Stab. Tip. Cav. G. M. Priore.
- BETTI, EMILIO (1935): *Diritto romano*, Padova, Cedam.
- BEUCHOT, MAURICIO (1985): “El proyecto de una ciencia universal en Cristian Wolff”, disponible en: <<http://www.elementos.buap.mx/numo3/pdf/37.pdf>>.
- BONFANTE, PIETRO. *Corso di diritto romano*, vol. 4º, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè.
- BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS (2007): *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontractual*, reimpr., Coimbra, Almedina.
- CALIXTO, MARCELO JUNQUEIRA (2008): *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função*, Rio de Janeiro, Renovar.
- CANDICE, VINCENZO (1920): *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, Napoli, Luigi Pierro.
- CANNATA, CARLO AUGUSTO (1997): *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini all'opera di Labeóne*, Torino, Giappichelli.
- COPPA-ZUCCARI, PASQUALE (1909): *La “compensazione delle colpe”*, Modena, Società Tipografica Modenese.
- CORBINO, ALESSANDRO (2005): *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, Padova, Cedam.
- CORRAL TALCIANI (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile.
- CARVAJAL, PATRICIO-IGNACIO (2010): “Nuevas pautas investigativas en la ciencia jurídica (Derecho: ley y ciencia, sociedad e historia)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, pp. 191-196.
- COSTA, EMILIO (1891): *Le azioni exercitoria e institoria*, Parma, Casa Editrice Luigi Battei.
- CUTURI, TORQUATO (1909): *Trattato delle compensazioni nel diritto privato*, Milano, Società Editrice Libreria.

- DALLA, DANILO (1974) “Giuliano e il ‘longum intervallum’ in tema di applicazione dell’Aquila”, *Archivio Giuridico*, vol. CLXXXVII, fasc. 1 y 2, pp. 145-176.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS (1996): “Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Roma, Mucchi Editore, pp. 29-40.
- DE MARTINO, FRANCESCO (1941): “Studi sull’actio exercitoria”, *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 1-2.
- DE ROBERTIS, FRANCESCO MARIA (2000): *Damnum iniuria datum*, vol. 1, Bari, Cacucci.
- DE SARLO, LUIGI (1940): *Alfeno Varo e suoi Digesta*, Milano, Giuffrè.
- DEL CASTILLO SANTANA, MARÍA SOLEDAD (1994): *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson.
- DÍEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS (1997): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN (1966): “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 136, pp. 29-54.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN (2000): “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, *Roma e America*, n.º 10, 2000, pp. 115-127.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN (2001): “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil, con especial referencia al Derecho Chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 209, pp. 7-27.
- FEDTKE, JÖRG, MAGNUS, ULRICH (2004): “Contributory negligence under German law”, en ULRICH MAGNUS y MIQUEL MARTÍN CASALS (eds.), *Unification of tort law: Contributory negligence*, The Hague, Kluwer Law International, pp. 75-98.
- FERCIA, RICCARDO (2002): *Criterî di responsabilità dell’exercitor*, Torino, Giappichelli.

- FERCIA, RICCARDO (2009): *Responsabilità per fatto degli ausiliari nel diritto romano*, Padova, Cedam.
- FERRINI CONTARDO (1906): voz “Danni (azioni di)”, en *Enciclopedia giuridica italiana*, Editrice Libreria, vol. IV.
- GATICA PACHECO, SERGIO (1959): *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, Jurídica de Chile.
- GLÜCK, CRISTIANO FEDERICO (1907): *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, trad. italiana de P. BONFANTE, Milano, Società Editrice Libreria.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (2006): *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, Thomson/Aranzadi.
- HALLER, MARGUERITE (1926): *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, Paris, LGDJ.
- HEINTEREGGER, MONIKA (2004): “Contributory negligence under Austrian law”, ULRICH MAGNUS y MIQUEL MARTÍN CASALS (eds.), *Unification of tort law: contributory negligence*, The Hague, Kluwer Law International, pp. 9-23.
- LARENZ, KARL (1958): *Derecho de obligaciones*, t. 1, trad. de JAIME SANTOS BRIZ, Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- LAWSON, FREDERICK HENRY (1962): *Negligence in the civil law*, Oxford; Latimer, Trend & Co. Ltd, reimpr. de la ed. de 1955.
- LE TOURNEAU, PHILIPPE (2004): *La responsabilidad civil*, trad. de JAVIER TAMAYO JARAMILLO, Bogotá, Legis.
- LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA (2001): “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños. (Especial consideración de la culpa de la víctima)”, en ALFONSO MURILLO VILLAR (coord.), *Actas del Congreso Interamericano y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, Universidad de Burgos, pp. 21-40.
- LONGO, GIANNETTO (1972): “Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria”, en GROSSO, Giuseppe. *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. II, Milano, Cisalpino-Goliardica, pp. 581-626.

- LUIG, KLAUS (1969): “Überwiegendes Mitverschulden“, *Ius Commune*, MPI para la historia del derecho europeo, Helmut Coing (ed.), 2.ª ed., Frankfurt am Main.
- MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO (1998): *Responsabilidad civil extracontractual*, 10.ª ed., Bogotá, Temis.
- MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LÉON y TUNC, ANDRÉ (1958): *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5.ª ed., Paris, Montchrestien.
- MAZEUD, HENRY, MAZEAUD, LÉON y MAZEAUD, JEAN (1960): *Lecciones de Derecho civil*, Parte segunda, vol. II, trad. de LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Buenos Aires, EJEA.
- MEDINA ALCOZ, MARÍA (2003): *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson.
- MIGUEL, ALEXANDRE (2003): “A responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações”, *Revista dos Tribunais*, vol. 92, n.º 809, pp. 11-27.
- ORESTANO, RICCARDO (1957): voz “Africano, Sesto Cecilio”, *Novissimo digesto italiano*, vol. I (1).
- PACCHIONI, GIOVANNI (1910): “Della cosiddetta compensazione delle colpe”, *Rivista di diritto commerciale*, VIII, II.
- PUFENDORF, SAMUEL VON (1980): *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, t. I, trad. de LELIA B. V. DE ORTIZ, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.
- QUINTERO FUENTES, DAVID (2008): “Sentencia sobre un caso de exposición imprudente al daño. Un análisis de su efecto moderador en la determinación del quantum indemnizatorio (Corte de Apelaciones de Antofagasta)”, *Revista de Derecho*, Valdivia, Universidad Austral, vol. XXI, n.º 2, pp. 273-283.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO (2010): *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile.
- ROSSI MASELLA, BLAS E. (1951): *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, Montevideo, Universidad de Montevideo.

- SAINT-JOSEPH, FORTUNÉ ANTHOINE (1840): *Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoléon*, Paris y Leipzig, Charles Hingray y Brochhaus et Avenarius.
- SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN C. (2012): *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- SAVARESE, CAMILLO (1934): “La compensazione delle colpe”, *Rassegna giudiziaria*, año V, fasc. III-V.
- SCHIPANI, SANDRO (1969): *Responsabilità ‘ex Lege Aquilia’. Criteri di imputazione e problema della ‘culpa’*, Torino, Giappichelli.
- SCHIPANI, SANDRO (2009): “Rileggere i digesta. Enucleare i principii. Proporli”, en TRISCIUOGGIO, Andrea (ed.). *Valori e principii del diritto romano, Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- SCHULZ, FRITZ (1968): *Storia della giurisprudenza romana*, trad. de GUGLIELMO NOCERA, Firenze, Sansoni.
- SOLAZZI, SIRO (1941) “L’età dell’actio exercitoria”, *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 3-4, pp. 243-264.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (1999): *De la responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Temis.
- TEIXEIRA DE FREITAS, AUGUSTO (2000): *Regras de direito: seleção clássica em quatro partes*, São Paulo, Lejus.
- VALDITARA, GIUSEPPE (2005): *Damnum iniuria datum*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli.
- WOLFF, CHRISTIAN (1968-1972): *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völkerrechts*, Hildesheim, New York, Georg Olms.
- ZILIOOTTO, PAOLA (2000): *L'imputazione del danno aquiliano*, Padova, Cedam.
- ZIMMERMANN, REINHARD (1992): *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, South Africa - Deventer (Boston), Juta & Co. y Kluwer.



### **Jurisprudencia citada**

*Pérez Arrau María Francisca con Fisco de Chile* (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de abril de 2011 (acción de indemnización de perjuicios), CL/JUR/3279/2011, Rol n.º 495-2010.