

# **Evolución de la idea de culpa: del Digesto 9.2 a la responsabilidad de los profesionales liberales en el Código Civil y Comercial de la Nación**

---

Por Gastón L. Medina<sup>459</sup>

## **Resumen**

El análisis de la idea de culpa en su desarrollo histórico ha sido un tema de continuo debate y estudio para la doctrina jurídica autoral de todo tiempo y lugar, alcanzando su máxima expresión en la moderna teoría de la responsabilidad, de desarrollo inconcebible sin aquella.

La idea de culpa ha configurado, pues, uno de los grandes logros del pensamiento jurídico antiguo toda vez que ha explicado las razones jurídicas por las cuales una determinada conducta resulta reprochable, ergo,

---

<sup>459</sup> Abogado (UNLP). Especializado en Derecho Social (UNLP). Docente de Derecho Romano en UNLP, UNPAM y UBA. Doctorando en la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLP). Diplomado en Derecho Romano (UAI). Secretario del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Miembro de ADRA y AIDROM. Contacto: medina\_gaston@yahoo.com.ar.

atributiva de la obligación de reparar, ya bien el daño causado (responsabilidad resarcitoria), ya bien el riesgo creado (responsabilidad preventiva) de que un daño acontezca, continúe o se agrave.

Así, su evolución conceptual; sus distintos criterios de apreciación; su estrecha conexidad lógica con los elementos objetivos antijuridicidad y causalidad; los supuestos de presunción de su existencia; su prueba y la inversión de su carga. Todo lo cual ha hecho de la culpa una de las ideas de mayor vigencia e interés en la arena del estudio del derecho, desde la célebre *Lex Aquilia*, pasando por el Libro segundo del Digesto, hasta nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación.

**Palabras claves:** culpa; antijuridicidad; causalidad; *Lex Aquilia*, responsabilidad civil.

## I. Introducción

Suele pensarse a la culpa, actualmente, como un factor subjetivo de atribución de responsabilidad circunscripto exclusivamente a los casi impenetrables muros de la voluntad del agente dañoso. Lo cual es cierto, pero asimismo (hete aquí el exabrupto), como un elemento desprovisto de toda objetividad y distanciado, por caso, del elemento antijuridicidad (arts. 1717, 1737) o, más todavía, en franca oposición al elemento objetivo por antonomasia, la causalidad (arts. 1726, 1728), merced a la vinculación de éste último a los factores objetivos de atribución de los daños acaecidos por el riesgo de la cosa o actividad, o por el hecho del dependiente, es decir, a los supuestos tradicionales de la llamada responsabilidad objetiva.

Sin perjuicio de la certeza y razón de ser de estas afirmaciones, cabe decir que la idea de culpa ha tenido –y aún conserva– mucho más de “objetividad” de lo que podríamos imaginar.

Así, el presente trabajo tiene por objetivo la explicación, razonada y fundada, de los motivos que habilitan, al menos, a poner en tela de juicio dicha concepción tradicional, pergeñada y reiterada por el clamor de la doctrina autoral y jurisprudencial más vernácula.

Formulado el enunciado inicial, pasemos al análisis de la cuestión, partiendo desde el origen más remoto de la idea de culpa, pasando por sus estadios intermedios, hasta arribar a su recepción en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y, en especial, a su regulación en materia de daños causados por la actividad de los profesionales liberales (art. 1768).

## II. La idea de culpa y su evolución

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1716, define a la responsabilidad civil y unifica los regímenes tradicionales de responsabilidad (contractual/extracontractual), centrándose en el elemento antijuridicidad que, conforme el artículo 1717 del mismo cuerpo, es de tipo objetiva y concreta. Es decir, que no remite a una antijuridicidad genérica y abstracta, como el sentido de aquella cita de Ulpiano de Corpus, D. 9. 2, cuando dice *“sed quod non iure factum est”* (aquello realizado en contra del ordenamiento jurídico), sino en relación a un daño o perjuicio concreto y objetivamente reconocido, contra un interés lícito o no reprobado por la ley. Vinculando, de este modo, la idea de “antijuridicidad” con la de “daño-antijurídico”.

Asimismo, tampoco se trata de una antijuridicidad formal sino material, que halla configuración ante la lesión a cualquier interés no reprobado expresamente por la ley, sin necesidad de tratarse de un interés previo y expresamente reconocimiento, es decir, de un derecho subjetivo.

En este sentido, el actual artículo 1737 define al daño como todo perjuicio o lesión, a un derecho o a un interés no reprobado por la ley, siempre que no halle causa de justificación.

De este modo, podemos afirmar que para el actual Código la antijuridicidad se configura mediante la “producción objetiva de un daño concreto y cierto a cualquier interés humano no reprobado expresamente por la ley,<sup>460</sup> cuando no halle una causa de justificación jurídica”.

---

<sup>460</sup> Como veremos más adelante, la creación de riesgo de daño, su continuación y/o agravamiento también configurara responsabilidad civil, en su función preventiva (conf. arts. 1710 a 1715 del CCyCN).

Siendo ello así, es válido afirmar que en la lógica del actual cuerpo la violación del precepto *“alterum non laedere”* (Ins. Ulp. I. i.10), es decir, la lesión al “deber de no dañar” (expresamente referida en la primera parte del art. 1716)<sup>461</sup> que no tenga una causa legal de justificación (legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio regular de un derecho, según el art. 1718), ni de eximición (caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder, etc.), será razón suficiente para la configuración de responsabilidad civil,<sup>462</sup> ergo, para el nacimiento de la obligación “de reparar”, ya el “daño causado”, ya el “riesgo” de que un “daño acontezca, continúe y/o se agrave”, cuando aún no haya sucedido. Como se observa, la alteración al estado normal de indemnidad, propia a todo riesgo, resulta suficiente para la configuración de responsabilidad civil (en su faz preventiva) en el actual cuerpo legal.

Sin embargo, no sería justo atribuir exclusivo reconocimiento al mérito de la reforma de 2015, puesto que, en rigor de verdad, la finalidad preventiva de los instrumentos jurídicos ya fue reconocida por el derecho romano cuando se otorgó acción a quien acreditase un “temor de daño” serio y fundado (*cautio damnum et uscausae*).

Bajo esta comprensión, el respeto a la indemnidad<sup>463</sup> de la persona y de sus bienes es consecuencia del cumplimiento de una regla de previsión “media” que, conforme las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar, obliga a todo sujeto-agente a su observancia.

Así, dicho cumplimiento, no es consecuencia de las reglas del azar ni de la casualidad, sino de un conocimiento correcto y acertado de la regla de la causalidad<sup>464</sup> material de los hechos, que deja de serlo ante

---

<sup>461</sup> La norma dice: “Deber de reparar: La violación al deber de no dañar a otro...”

<sup>462</sup> En principio y al solo ejemplo digamos, por ahora, resarcitoria.

<sup>463</sup> El principio de indemnidad halla su fuente constitucional en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional cuando dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (destacado nuestro).

<sup>464</sup> Oportunamente, explicaremos los fundamentos de la intrínseca relación entre la idea de culpa y la idea de causalidad.

el discernimiento fallido e injustificado del agente, al que remite la idea romana de culpa hasta nuestros días. Porque, en rigor de verdad, lo que el derecho romano reprochó del acto u omisión culposos no fue la malicia perniciosa del dolo (ausente por definición), sino el yerro de discernimiento sobre la regla media de previsibilidad impuesta, ya bien a un sujeto determinado o en especiales circunstancias (*in-concreto*), ya bien al ciudadano común (*in-abstracto*).<sup>465</sup>

Sentado lo dicho, podemos aseverar, conforme esta exégesis, que el sistema de los artículos 1716, 1717 y 1737 del actual Código Civil y Comercial de la Nación consagra una antijuridicidad de tipo “objetivo”, “concreta” y “material”, que se traduce en “todo daño causado injustamente” (responsabilidad resarcitoria), o en todo riesgo, agravamiento o continuación del daño, que resultan injustos (responsabilidad preventiva), esto es, sin causa de justificación legal (1710, 1711, 1712, 1716, 1717, 1737, ss y cc).

Podemos advertir que la idea de culpa moderna es de clara reminiscencia romana, puesto que fue el derecho romano el que, ante la limitada sanción de la Ley de las XII Tablas, acotada al dolo, amplió los supuestos de responsabilidad civil, inculcando al autor de un acto u omisión que causare un daño injusto (*damnum iniuria datum*).

Así, la conducta “injuriosa” dejó de estar vinculada exclusivamente al daño intencional (delito de contumelia), para relacionarse con la “imprudencia, negligencia y/o impericia” riesgosas y/o dañosas, esto es, con el incumplimiento del deber de prevención del daño.

En el estudio de los textos romanos, es célebre el caso del podador (*podator*) comentado por Quinto Mucio Scaevola (siglo I a. C), para quien la razón principal de reproche era la falta de previsión del riesgo dañoso inherente a la actividad respecto de los transeúntes, con prescindencia de toda otra consideración, como por caso el carácter público o privado de la heredad.

La idea de culpa queda así identificada con la idea de antijuridicidad en el sentido de daño injusto, de “*iniuria*”. Indudablemente, estamos ante

---

<sup>465</sup> La fórmula genérica aludía a “el cuidado propio y esperado de un buen padre de familia.”

una idea “objetiva” de la culpa, vinculada a la ausencia de una razón legal y objetiva que justifique la falta de previsión dañosa del agente, más allá de la conducta en sí misma.

La figura del “*damnum iniuria datum*” nos remite a la idea de injuria receptada en la famosa *Lex Aquilia*, del siglo III a. C., del derecho romano. En dicha ley (en rigor se trató de un plebiscito que adquirió fuerza legal por efecto de la Ley Hortensia), la “idea de culpa” es asimilada a la “idea de injuria” en el sentido de todo daño injustamente causado (“*damnum iniuria datum*”) como causa principal de reproche.

A su turno, la codificación justiniana (S. VI) conservó este significado, a través de la recepción de la idea de culpa en los “*casus*” analizados a partir del Título segundo del Libro Noveno del Digesto (D. 9. 2), cuya rúbrica inicial, “*De Legem Aquiliae*”, no deja margen de duda.

Como puede apreciarse, esta idea primigenia de culpa (*rectius*: injuria) no remite a una responsabilidad de tipo punitiva basada en el castigo de la mala intención maliciosa (dolo), sino a otra de tipo resarcitorio, basada en el fin reparatorio o compensatorio del perjuicio o daño injustamente padecido. Las expresiones latinas “*in integrum restitutio*”, aplicada al incumplimiento de una obligación, o “*statu quo anque*”, propia de otros ilícitos dañosos, son muestras clara de ello.

En este sentido, la idea romana de culpa significó un innegable progreso no solo respecto a la concepción arcaica de la Ley Decenviral, sino asimismo sobre toda la cultura jurídica antigua, toda vez que logró superar las limitaciones derivadas del rígido concepto de dolo, que era regla, en la responsabilidad de los casos de injuria (contumelias) previstos por aquella legislación arcaica, en la que se sancionaba solo los daños dolosos que, además, hayan sido causados por la “acción directa” del agente (“*corpore corporidatum*”). Como ocurría en los supuestos “*membris ruptio autos siffractio*” (Tablas VIII y IX), en los que el daño era consecuencia de un golpe directo (“*pugnus*”; “*ictus*”), o del impacto con un objeto contundente (daño con la cosa) o, en su faz moral, la lesión maliciosa y directa del honor de otro (“infamia”), o los embrujos o maldiciones a personas, cosas o lugares (“*Carmen furiosus*”), todas estas figuras delictivas regidas por la malicia perniciosa del dolo.

Sin embargo, el requisito de la causalidad directa, a la que alude la ex-

presión “*corpore corporidatum*”, seguía siendo un obstáculo a superar por la tarea de los jurisprudentes.

La expresión “*corpore corpori*”, que exigía la existencia de un daño causado por acción propia y directa del agente (“cuerpo sobre cuerpo”), logró ser superada recién con la vinculación de la idea de culpa al “error de conocimiento no excusable de la relación causal existente entre el acto u omisión y sus consecuencias dañosas”, que no tardó en manifestarse como un claro signo del progreso científico que se vislumbraba hacia fines de la República.

Será a partir del derecho romano clásico (que no sin razón fue llamado “época de oro”), entre los siglos I a. C. a III, cuando del serio y constante trabajo de las escuelas de jurisprudentes surgirá la idea de culpa vinculada al objetivo elemento de la causalidad. Nace así, por vez primera, la noción de causa determinante (“*conditio sine qua non*”) que, siglos más tarde, será tratada en detalle por los Títulos 2 y 3 del Libro 9 del Digesto. Así, mientras el título segundo preveía distintos supuestos incluíbles en la categoría tradicional de causalidad elemental o directa “*corpore corporidatum*”, el título tercero ampliaba sus implicancias sobre una serie de casos que excedían la causa directa del hecho propio del agente, al circunscribirse a supuestos de daño con las cosas colocadas o suspendidas (“*positum et suspensus*”) y/o derramadas (“*deiectum effusum*”); por aquellas de las que se sirve; daños con animales (“*pauperies*”); daño por el hecho del dependiente, responsabilizando al dueño o guardián, o al principal, respectivamente. Asimismo, se ratificó la protección preventiva del daño, mediante la ya citada “*cautio damnun metus causa*”.

Más allá de la distinción temática que no dejó de ser una cuestión netamente metodológica, ambos títulos del Digesto tuvieron como denominador común la consideración de una idea de culpa estrechamente vinculada al objetivo elemento de la causalidad determinante. Tanto así, que lo que resultó reprochable, ergo, antijurídico, fue el yerro inexcusable de discernimiento por parte del agente sobre la relación causal de los hechos, al grado de la condición determinante del daño.

Dicho de otro modo, lo que se reprueba en el obrar culposo es haber contribuido a la producción del daño en grado de condición determinante, mediante la falla o falta total de previsión sobre el debido cuidado sobre las

cosas de su propiedad, guarda o uso, o sobre el obrar de sus dependientes o sujetos a su cargo.

En síntesis, si bien es cierto que esta idea de culpa tiene de “subjetivo” su necesaria remisión a un error inexcusable de discernimiento, configurando éste un elemento integral de la voluntad junto a la intención y a la libertad, de igual modo adquiere “objetividad” de su estrecha e inescindible vinculación al objetivo elemento de la causalidad.

Por su parte, el artículo 1768 del actual Código regula la responsabilidad de los profesionales liberales por los daños causados por motivo de su actividad.

Ante todo, cabe decir, que los artículos 1756, 1757 y 1758 del actual cuerpo receptan los tradicionales supuestos de la llamada responsabilidad objetiva (daño con la cosa; daño por el riesgo y/o vicio de la cosa y/o la actividad; hecho del dependiente).

Sin embargo, sin razón aparente, se derogó el supuesto de inversión del “*onus probandi*” de la culpa previsto en el Código de Vélez conforme la reforma introducida por la Ley 17711 al artículo 1113, referido al caso del daño con la cosa no riesgosa ni viciosa, en los que la culpa se presumía debiendo el demandado demostrar su falta de culpa, a razón de que se extremaban los cuidados debidos y esperados. Más allá de ello, en general la regulación sigue siendo la misma.

Lamentablemente, no podemos decir lo mismo en relación al supuesto contemplado en el artículo 1768 de nuevo Código. A su respecto, cabe decir que estamos en presencia de una discriminación positiva en favor de un grupo social determinado por los profesionales liberales.<sup>466</sup> Las múltiples razones que justifican la tacha de inconstitucional y convencionalidad de esta norma excederían con creces el objetivo del presente trabajo, justificando su específico abordaje en otro estudio. En síntesis, la norma dispone que la responsabilidad, en estos casos, estará regida por las reglas de las obligaciones de hacer, siendo la responsabilidad “subjetiva”<sup>467</sup> salvo

---

<sup>466</sup> Conforme el Código, aquellos profesionales que gozan de título habilitante; están matriculados en una Colegiatura, y sujetos a un control de Código de ética a cargo de un Tribunal de Disciplina.

<sup>467</sup> En el sentido de su atribución por culpa y su naturaleza de obligación de medio.



que se hubiere comprometido un resultado concreto. A renglón seguido, dispone la no aplicación (sin esgrimir razón jurídica alguna) a los daños causados por la actividad de los profesionales liberales mediante el empleo de “una cosa”, del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa previsto en el comentado artículo 1757, dejando a salvo su implicancia cuando el daño haya sido causado por el vicio de la cosa empleada. De este modo, se consagra una distinción arbitraria en beneficio de un grupo social determinado, sobre la que la jurisprudencia tendrá el deber público de sometimiento al control constitucional y convencional de los tratados como medio de tutela real y efectiva a favor de la garantía de indemnidad de la parte más débil de la relación dañosa: el damnificado.

Por el momento el panorama no parece ser alentador, mientras su desenlace siga sujeto al perverso juego de los intereses políticos y corporativos.

Ojalá el derecho romano sea la nueva luz al final del camino...

## Bibliografía

BONFANTE, P., FERRINI, C. FADDA, C., RICCOBONNO, R. y SCIALOJA, G. (1931). *Digesta Iustiniani Augusti*. Milano: Vallardi.

DI PIETRO, A. (2014). *Imperio y Derecho*. La Plata: Editorial de la UCALP.

GHIRARDI, J. C. (2004). “Síntesis conceptual sobre la evolución del concepto de daño (*damnum iniuria datum*; daño injustamente causado) y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano”. En *Anuario de Derecho Civil*. N° 9, p. 121/129.

SÁENZ, C. (1882) “Contardo Ferrini: Su obra de historiador y de jurista”. En *Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina de Santa María de los Buenos Aires*. Volumen IV.