

CAPÍTULO QUINTO

EDICTO DE POSITIS VEL SUSPENSIS

I. PRESENTACIÓN GENERAL DEL EDICTO

Perteneciendo ambas al ámbito del derecho honorario, y considerado por los compiladores similares en contenido, las referencias a *posita aut suspensa* fueron ubicadas dentro del título “*De his, qui effuderint vel deiecerint*”, específicamente en D.9.3.5.6-13, todos textos pertenecientes a Ulpiano. Además, alusiones al caso *de positis aut suspensis* se insertaron en los pasajes de las *Institutiones* de Justiniano igualmente referidos a *de effusis vel deiectis* (I.4.5.1 e I.4.5.2), porque “a este se asemeja...”. Esta asimilación, y los textos de las Institutas, tuvieron a su vez por fuente el pasaje de Gayo contenido en D.44.7.5.5, en el cual se encuentra la frase “*id positum aut suspensum habet*” a partir de la cual la doctrina ha dado el nombre al edicto (los *verba edicti* no habrían en cambio hecho referencia a *suspensum*). El texto que habría tenido éste, según D.9.3.5.6, sería el siguiente:

*Praetor ait: Ne quis in sugruenda protectove supra eum locum, qua [quo] volgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo, si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo.*⁴⁴⁸

El pretor otorga una protección a los viandantes que el *ius civile* no comprendía, mediante la concesión de una *actio in factum*, cuyos presupuestos iniciales eran que se colocase (*positis*) una cosa⁴⁴⁹ en el “cobertizo” (*sugruen-*

⁴⁴⁸ “Dice el pretor: En el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta cosa alguna, cuya caída pueda causar daño a alguien. Contra el que hiciere lo contrario daré acción por el hecho por diez sueldos, si se dijera que lo hizo un esclavo ignorándolo su dueño, o mandaré que sea dado por noxa”.

⁴⁴⁹ Debía tener el carácter de “sólida”, pues los líquidos no estaban “colocados”, sino contenidos en recipientes, pasando éstos a constituir la cosa efectivamente “colocada” (D.9.3.1.3), por lo que el derrame de líquidos quedaba sujeta al régimen del edicto *de effusis*, mientras que el peligro de caída del recipiente quedaba bajo el régimen *de positis*. Longo se

da) o “alero del tejado” (*protectove*)⁴⁵⁰ que sobrevolara un lugar de tránsito habitual de personas, y cuya “caída pudiera causar daño” a los viandantes.

Dado que los *verba edicti* no aluden al *suspensum* como se dijo, y que para Ulpiano lo que estaba “colgado” (*suspensum*) y cayó se tenía por arrojado, debiendo ser aplicada la *actio de effusis vel deiectis* en vez que la *actio de positis* (D.9.3.1.3), han surgido dudas acerca de si el presupuesto era sólo “colocado” (*positum*), o si también se incluía “colgada” (*suspensum*).⁴⁵¹ Sin embargo, es posible deducir que *suspensum* era equivalente a *positum* para los efectos

pregunta precisamente, sin desarrollar el punto, si desde “*proinde*” en adelante, en D.9.3.1.3, se trató de una generalización compilatoria o clásica. *I quasi delicta, cit.*, p. 433.

⁴⁵⁰ No ha habido mayores dudas sobre su sentido, existiendo coincidencia en la traducciones de los términos “cobertizo” para *suggruenda* y “alero del tejado” para *protectove*. Tanto García del Corral como d’Ors utilizan idéntica expresión “cobertizo o alero del tejado”. Schipani utiliza asimismo “*tettoia* o nel cornicione”, palabras equivalentes en italiano. Ver sobre traducciones nota 343.

Por su parte, en base a las diversas fuentes que analiza, Giménez-Candela concluye que *suggruenda* “se trataba de una suerte de tejado o cobertizo, situado en la fachada de un edificio” y “*protectum* es un voladizo de la fachada a modo de cornisa, que se proyecta al exterior”. *Los llamados, cit.*, p. 116.

⁴⁵¹ El texto de D.9.3.1.3 no ha sido objeto de mayores críticas interpolacionistas. Longo expresamente no se aventura a hipotizar una interpolación de *quod—heberi magis est*, ni cree en alteraciones fundamentales las cuales, de sostenerse, más bien tendrían por base las personales convicciones de los intérpretes (*I quasi delicta, cit.*, p. 433). Asimismo, el *Index Interpolationum* no reporta opiniones de interpolaciones, véase t. I, 1929, 117 e Supp. I, 1929, p. 156. Entonces, habría una aceptación de la romanística del carácter clásico de la idea que lo que está en *suspensum* y cae, era una situación de *deiectis*. Cosa distinta, y sin mayor influencia en el fondo de la cuestión, es la ubicación dada por los compiladores, pues en efecto podría haber sido insertado el pasaje luego de D.9.3.5.6 (en este sentido, Longo, *I quasi delicta, cit.*, p. 433). El objetivo de Ulpiano en D.9.3.1.3 era lograr la sanción y, principalmente, la reparación de un daño causado por una cosa que estaba “colgando” de cualquier parte, y que se precipitaba a tierra. Por lo mismo, la *actio de positis vel suspensis*, de carácter meramente preventivo, y restringida en su aplicación a las cosas “colocadas” o “colgantes” exclusivamente desde *suggruenda protectove* (presupuesto de hecho siguiente), no era aplicable.

Sin embargo, Giménez-Candela, a partir de D.9.3.1.3 distingue precisamente entre “tener colocado” y “colgar” o “tener colgado”, constituyendo “una diferencia de matiz”, que explicaría por qué se aplicaba en caso de caída de una cosa “colgada” el edicto de *effusis* y no el de *positis* (*Los llamados, cit.*, p. 108). Talamanca no concuerda con esta posición, dando como fundamento el caso de la ánfora suspendida en una redcilla desde un lugar que no era *suggruenda protectove* y la opinión de Servio al respecto, contenidas D.9.3.5.12 (*et si amphora es retículo suspensa decidisset*). En efecto, este jurisconsulto romano planteaba la posibilidad de conceder en tal hipótesis, una *actio ad exemplum* de la *actio de positis*, “dando invece per scontata l’equivalenza fra *positum* od il *suspensum*”. Es decir, el problema no era que la ánfora no estaba “colocada”, sino “colgando” de una red; la dificultad se encontraba en que estaba “colgando” de una parte del inmueble que no era *suggruenda protectove*, por lo que a contrario sensu, de haber estado “colgando” la ánfora desde *suggruenda protectove*, habría sido aplicable

de la aplicación del edicto *de positis*, y que tal equivalencia fue considerada desde la época en que fue dictado el edicto o, al menos, muy cercana a ella, pues ya es posible advertirla en un jurista de la primera mitad del siglo I a. C. (Servio). Así entonces, la alusión de Gayo en D.44.7.5.5 (*positis vel suspensis*) no fue más que una explicitación de un antiguo entendimiento que se consolidaría de forma definitiva y hasta nuestros tiempos en las *Institutiones* de Justiniano (I.4.5.1 e I.4.5.2).

Si la cosa no estaba colocada o colgada peligrosamente en el “cobertizo o alero del tejado” de una vivienda, el edicto no resultaba aplicable. De ahí en parte la vocación restringida de los efectos de este edicto, frente a la extensión de la *actio de effusis vel deiectis* (D.9.3.1.3).⁴⁵² Tal vocación es la que Ulpiano habría tratado de superar de forma parcial con una interpretación extensiva del tipo de inmueble, a fin de que se aplicara la providencia pretoria a cosas colocadas en “edificios en general”, como atestigua D.9.3.5.9.⁴⁵³

la *actio de positis vel suspensis*, no siendo necesario buscar una *actio ad exemplum*. Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 618.

⁴⁵² La tradición romanística de denominar a ambos edictos conforme a las palabras iniciales de “las leyes”, en cierta manera buscaba establecer esta diferencia en los alcances: edicto de *his qui deiecerint vel effuderint* (D.9.3.1 pr.) y edicto *ne equis in sugruenda* (D.9.3.5.6). Por ejemplo, Lenel, EP, pp. 173 y 174; Schipani, *Il contributo, cit.*, p. 1104.

⁴⁵³ Pasaje discutido en la romanística. Así, Longo opina que la frase *etiam e vel cuius alterius aedificii* fue introducida por los compiladores, en especial *alterius*, que de forma verosímil se podría entender como no expresado por el jurista romano. *I quasi delicta, cit.*, p. 459. La afirmación es efectuada a partir de la opinión de Scialoja, quien propuso insertar después de *aedificii*, “*sugruenda protectove*” (*Digesta Iustiniani Augusti*, Bonfante y otros, Milano, 1931, p. 245, nota 8; citado también en *Index Interpolationum*, 1929, t. I, p. 118). De la crítica interpolacionista de Longo no participa Giménez-Candela, quien cree que conserva el genuino comentario ulpiano en la forma de una *laudatio edicti*” (*Los llamados, cit.*, p. 112).

El acento es colocado en *alterius*, pues el uso del término *aedificii* en el pasaje no es tan extraño, si se tiene presente que tanto D.9.3.5.7 como D.9.3.5.8 aluden a *aedium*, en ambos casos traducido como “casas” por García del Corral; como “edificios” y “casa” respectivamente por d’Ors; y como “edificio” por Schipani. Ver sobre traducciones nota 343.

Me inclino a pensar en su originalidad, al menos de fondo, pues en D.44.7.5.5, texto tomado de las *Res Cotidianae*, Gayo se refiere a las cosas *positis vel suspensis* en el cenáculo, sin referencia alguna a la restricción de *sugruenda protectove*. En efecto, en la primera parte del pasaje, el jurisconsulto trata la obligación derivada de *effusis vel deiectis*, señalando que estaba obligado aquel de cuyo “cenáculo” se arrojó o se vertió. Luego, afirma que “a éste es semejante el que en aquella parte por la que ordinariamente se suele pasar tiene puesto o suspendido algo que, si cayere, puede causar daño a alguien”, sin especificar “donde” con exactitud tenía “colocado” o “colgado”; mas, dada la asimilación al otro edicto, habría que entender colocado o colgado desde el cenáculo. Mayor claridad aún da el resto del pasaje, referido al hijo de familia que habitaba separado de su padre, donde expresa que “si de un cenáculo se hubiera arrojado o vertido alguna cosa, o si en él tuviere puesto o suspendido algo”.

Desde luego que para generar peligro de daño, la cosa tendría que haber estado puesta “en alguna parte exterior” del cenáculo, la cual sobrevolase un lugar de paso de viandantes.

En todo caso, de acuerdo a los *verba edicti*, para que tuviera lugar la sanción contemplada, no sólo se debía colocar una cosa en *suggruenda protectove*, sino que además se exigía que la “caída pudiera causar daño” (D.9.3.5.6). Por tanto, no se sancionaba la colocación misma de una cosa en una parte que sobrevolaba un lugar de tránsito habitual de personas, sino la “efectiva creación de un peligro” de daño con ello. Ulpiano explica claramente la cuestión al decir que “el pretor mira a que no pueda hacer daño no todo lo que está puesto, sino sólo aquello que está puesto de modo, que pueda causar daño”, teniendo lugar la sanción haya o no tenido lugar el daño (D.9.3.5.11),⁴⁵⁴ lo que es ratificado por otros pasajes.⁴⁵⁵ De manera que, en la práctica, “la responsabilità non era dipendente dall’effetto ma dalla prova di una situazione di pericolo”.⁴⁵⁶

Asimismo, elemento esencial es que el sector del edificio en que se colocó o colgó, se encuentre ubicado sobre un lugar donde de forma regular transitan o se detienen personas (D.9.3.5.6 y D.9.3.5.9). La seguridad de éstas es el objeto de la dictación del edicto. Por lo mismo, el pretor utilizó en D.9.3.5.6 una fórmula idéntica a la del edicto *de effusis vel deiectis*: “*qua [quo] volgo iter fiet inve quo consistetur*”⁴⁵⁷ (“*quo volgo iter fiet vel in quo consistetur*” en el edicto *de effusis*).

Destaco la circunstancia que la pena con la cual se sancionaba el hecho era una suma única: diez sueldos (100.000 sestercios).⁴⁵⁸

Sin embargo, no necesariamente tendría que haber sido un cobertizo o alero del tejado, conceptos aplicables más bien al inmueble que a un cenáculo en particular. De esta manera, vemos en Gayo como “se generaliza el sector de la vivienda donde podría haberse tenido colocado o colgado”. A ello se debe sumar la circunstancia que para la aplicación del edicto *de effusis vel deiectis*, el mismo concepto de cenáculo había sido ampliado, según ya se dijo.

Hago presente que lo dicho es sin perjuicio del entendimiento de los traductores acerca de D.9.3.5.9, que contiene la frase “*accipere debemus positum sive in habitationis vel cenaculi*”. Esta última parte es traducida por García del Corral como “cobertizo o alero de una habitación, o de un cenáculo”, no obstante a *suggruenda protectove* no hay alusión expresa en el texto. D’Ors en cambio hace la referencia en la traducción, sin entenderla parte del texto mismo: “ya lo esté (en el cobertizo o alero) de una habitación o aposento”. Schipani en cambio, precisamente porque no está en el texto, omite toda referencia a *suggruenda protectove* y traduce simplemente “sia in una casa o nell’allogio di un piano superiore”. Me parece esta última traducción más acorde con la extensión de sentido que daba Ulpiano.

⁴⁵⁴ Por razones formales Longo entiende que “non è interamente ulpiano”, recibiendo-lo así los compiladores. *I quasi delicta*, cit., pp. 459 y 460.

⁴⁵⁵ “*Periculose positum*” (D.9.3.5.7); “*cuius casus periculosus est*” (D.44.7.5.5); “*quod potest, si ceciderit, alicui nocere*” (I.4.5.1).

⁴⁵⁶ Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 460.

⁴⁵⁷ El *Index Interpolationum* no reporta opiniones de interpolaciones respecto a esta frase. Véase t. I, 1929, 117 y Supp. I, 1929, 157 y 158.

⁴⁵⁸ Lenel reemplaza “*solidorum decem*” por “*sestertiorum decem milium nummorum*”. EP³, núm. 62, p. 174.

En cuanto a la datación de este edicto, los autores lo han ubicado cronológicamente en la misma época que el *de effusis*;⁴⁵⁹ de hecho Servio lo conoció (D.9.3.5.12), aunque por una cuestión de especificidad, pareciera que el de *positis vel suspensis* fue posterior, de modo de completar la protección vial pretoria. Las afirmaciones de Ulpiano, en cuanto a que el pretor debió proveer también sobre este caso (D.9.3.5.7),⁴⁶⁰ además del *effusis vel deiectis*, parecieran confirmar que se trató de un edicto sucesivo.

Conforme a lo dicho, se colige fácilmente que el contexto histórico dentro del cual fue dictado el edicto bajo análisis (véase capítulo anterior), era idéntico al *de effusis*, coincidiendo con éste en la seguridad vial como objeto del edicto *de positis* y probablemente en su extensión.

Sí hay una diferencia importante entre ambos edictos: en *de positis*, la colocación o suspensión de cosas en las viviendas en lugares que sobrevolaban vías o lugares de paso de personas, y que generaban peligro de daño, no obedecían, como en el *de effusis*, a una necesidad pública, sino principalmente a razones de ornamento, o a otras variadas motivaciones. En efecto, los desperdicios debían ser eliminados desde las casas mediante su expulsión al exterior como vimos en el edicto *de effusis*; en cambio, de los artículos o accesorios decorativos podía prescindirse, sin afectar de manera importante la vida de los habitantes de la ciudad. Por tanto, el mismo contexto histórico da cuenta de un bien público a la base del edicto *de effusis*, que de forma obligatoria el pretor debió tener en cuenta, mientras en el edicto *de positis vel suspensis*, ni un tal bien público ni otro semejante o distinto concurría, lo que habría condicionado su contenido.

La exigencia de la mera posibilidad cierta de peligro de daño, como presupuesto de la acción, con independencia de un resultado dañoso (D.9.3.5.11), determina que estemos más bien frente a una acción preventiva que reparatoria. En este sentido, la configuración de los presupuestos vistos lleva a pensar en una *actio de positis vel suspensis* que nació para ser deducida única y exclusivamente con antelación al daño. Tanto así que el edicto no sancionaba la conducta de dañar a viandantes ni velaba por la reparación de las víctimas: sólo castigaba a los que infringieran la prohibición que preveía.

En efecto, lo primero que el edicto *de positis* establecía era una conducta que no se permitía a los habitantes de la ciudad, sin excepción alguna: “en el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgar-

⁴⁵⁹ Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 110. Schipani se refiere conjuntamente a las acciones *de effusis* y *de positis*. *Il contributo*, cit., p.1104.

⁴⁶⁰ Aunque se trata de un pasaje pacífico, como reconoce, Longo sospecha algún manejo de su redacción. *I delicta*, p. 458.

mente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta cosa alguna, cuya caída pueda causar daño a alguien”. Luego, contra “*qui adversus ea fecerit*”, se daba la acción a fin de castigarlo (“*poenalis est*”, D.9.3.5.13); es decir, el que violara la disposición, resultaba obligado al pago de la pena ya fijada. Por supuesto que en el fondo lo que se castigaba era la creación cierta de un riesgo de daño.⁴⁶¹

Así, la *actio de positis vel suspensis* resultaba no ser una acción de responsabilidad, sino una acción meramente preventiva, característica destacada por la romanística y sobre la cual no hay discusión.⁴⁶² Esto marcó una diferencia trascendental con la *actio de effusis vel deiectis* desde su nacimiento hasta el derecho justinianeo inclusive (I.4.5.1 e I.4.5.2 siguen refiriéndose a la posibilidad de daño: “*quod potest, si ceciderit, alicui nocere*” y “*cuius casus periculosus est*”).

Parece bastante obvio entonces que el titular de la acción no podía ser “la víctima” de un daño, pues la acción estaba diseñada para ser ejercida antes que éste se produjera. Por ende, su ejercicio quedaba abierto a todo aquel que advirtiera para sí y para los potenciales viandantes, la efectiva posibilidad de sufrir un daño por la caída de una cosa desde *suggruenda protectove* de una casa o edificio. De ahí que no sorprende la afirmación de Ulpiano en D.9.3.5.13: “*actio popularis est*”. El carácter preventivo cuadra perfectamente con la posibilidad que cualquiera del pueblo pudiera dirigirse al pretor invocando el edicto.⁴⁶³ Sobre su naturaleza popular la romanística está de acuerdo, sin perjuicio de algunas dificultades que el pasaje antes citado ofrece.⁴⁶⁴ El pago de la pena, de una cantidad nada despre-

⁴⁶¹ Guzmán, *Derecho privado romano*, cit., t. II, p. 269; Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 111.

⁴⁶² Así Longo, *I delicta*, p. 457; Wallinga, *op. cit.*, p. 909; Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 110; Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 91.

⁴⁶³ Respecto a las dificultades de la naturaleza de las acciones populares, vid. nota 325.

⁴⁶⁴ El carácter popular queda en entredicho al afirmar también D.9.3.5.13 que “*heredi similibusque competit*”. No tiene sentido la transmisión de la acción a los herederos o la cesión a terceros en el ámbito de las acciones populares, cuya titularidad la tenía todo individuo del pueblo (*unus ex populo*, según D.3.3.43.2). Además, D.9.3.5.5 (*actio de effusis vel deiectis*), también Ulpiano, dice todo lo contrario a D.9.3.5.13: “*neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis*”. Algunos, entienden que hay un simple error de copia, bastando corregir el pasaje (por ejemplo, Longo, quien elimina [*similibusque*] y sustituye [*heredes*] por <*heredem*>, en *I quasi delicta*, cit., p. 468). La profundización de D.9.3.5.13, dejando de lado una simple explicación formal, ha dado lugar a dos posturas: una, afirmando que la frase “*actio popularis est*” no dice relación con la *actio de positis vel suspensis*; otra, que sí estaba referida a esta última. La discrepancia sin embargo no ha sido óbice, y es lo esencial, para que unos y otros sostengan que la *actio de positis vel suspensis* era popular, a pesar de la disonante frase “*heredi similibusque competit*” en D.9.3.5.13.

ciable, constituía un buen incentivo para cualquier ciudadano de darse la molestia de accionar.

Respecto a la primera postura citada, se han pronunciado Scialoja y Fadda entre los más representativos. Entienden que “*actio popularis est*” en D.9.3.5.13 se refería a la acción que conforme D.9.3.5.12 se otorgaba por *daño* causado a un transeúnte en sus bienes por una cosa colocada o colgada en un lugar distinto a *suggruenda protectove*, en específico *ad exemplum actionis de posito et suspenso*. Esta acción *ad exemplum* se correspondía por tanto con la primera acción del edicto *de effusis vel deiectis* (acción “*damnum datum*”), con lo cual era “privada” y no “popular”. De ahí que el inicio de D.9.3.5.13 debería haber sido originalmente “*ista autem actio popularis <non> est*”. Bruns, Carlo G. “*Le azioni popolari romane*”, trad. al italiano de Scialoja, Archivio Giuridico, vol. 28, 1882, p. 533, nota del trad. (o); Fadda, *L'azione popolare*, cit., p. 183.

En cuanto a la segunda postura, Casavola también entiende que el caso de D.9.3.5.12 se refería a la *actio ad exemplum actionis de posito et suspenso* pero, a diferencia de lo opinado por los autores antes citados, se correspondería con la tercera acción del edicto *de effusis vel deiectis* (acción “*si viviet nocitumque*”), que sí era popular. Lucgo, “*ista autem actio popularis est*” en D.9.3.5.13 sería una expresión correcta, como también la frase “*heredi similibusque competit*” en D.9.3.5.13, pues era de competencia del heredero, no por derecho hereditario, sino por ser popular (Casavola, *Studi*, cit., p. 167).

Giménez-Candela, buscando superar posturas como las citadas, ha planteado que es posible que la incoherencia que presenta el texto se haya debido a la “abreviación del mismo” por parte de los compiladores, quienes habrían omitido en el resumen, la distinción entre *actio de positis* “popular”, a favor de cualquiera que quisiera ejercerla en pos de la seguridad vial, y *actio de positis* “privada”, en favor de la víctima del daño. Por tanto, si ésta sufrió daño en cosas de su propiedad, por tratarse de un daño patrimonial, la transmisibilidad habría procedido (*Los llamados*, cit., pp. 121 y 122). Con tal solución, la frase “*heredi similibusque competit*” no decía relación con la acción preventiva popular (eliminandose el obstáculo), sino con la acción reparatoria privada (que sería la misma *actio de positis* para la autora). Estaríamos entonces en presencia de una acción que tuvo una naturaleza híbrida, popular y privada (Burdese, *Recensión G-C*, cit., p. 456), siendo el elemento que determinaba uno u otro carácter, la existencia o no de daño. Era popular mientras tuviera un objeto preventivo; se transformaba en privada y a favor de la víctima, excluyendo a los demás, desde la ocurrencia de daño en cosas de un sujeto (concreta víctima).

La explicación de la autora española podría ser efectiva, como asimismo podría estar muy lejana al sentido original. Según la misma, el comentario de Ulpiano en D.9.3.5.13, por la reducción compilatoria, habría comprendido la acción general preventiva deducible antes que se produzca un daño material (cosas) o corporal (muerte o lesión de un hombre libre) y la acción específica privada derivada de daño material. En otras palabras, “*ista autem actio popularis est*” e “*in heredes autem non competit, quia poenalis est*” serían frases que eran aplicables a la acción popular y la frase “*et heredi similibusque competit*” a la acción privada patrimonial.

Un reduccionismo compilatorio que haya llevado hasta una tal confusión, no es fácil de aceptar. Asimismo, si Giménez-Candela ha relacionado “*heredi similibusque competit*” sólo con una de las tres posibilidades (daño a cosas, desechando la muerte y lesiones a un hombre libre), culpando de la oscuridad al “recorte” de los compiladores, no se ve por qué no se pueda explicar, en virtud del mismo resumen, de otra manera. Por ejemplo, que aludía a la acción en caso de muerte o lesión de un hombre libre, por una cosa colocada o colgada *in suggruenda protectove*, y que lo que decía Ulpiano era sólo que le correspondía la acción a los herederos (no por derecho hereditario) y a otros terceros interesados (D.9.3.5.5 y D.47.23.1).

II. CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA

1. La conducta “*id positum habeat*” y la presunción quien “*tiene colocada*” es el habitator

Al tenor del edicto, el sujeto pasivo de la acción sería en este caso: “*qui adversus ea fecerit*” (el que hiciere lo contrario); es decir, el que “tenga puesta” alguna cosa (*id positum habeat*). La determinación de la legitimación pasiva en términos tan amplios, obligó a la jurisprudencia romana a buscar criterios para su mejor precisión, como dan cuenta los textos supérstites; y de paso, ha generado dudas a la romanística sobre su alcance.

El texto del edicto habría comenzado con la fórmula “*ne quis*” (D.9.3.5.6), que según el parecer de Ulpiano aludía “a todos, o a los inquilinos, o a los dueños de las casas, ora habiten, ora no, en ellas, pero que tienen expuesta alguna cosa” en los lugares que indicaba la disposición pretoria (D.9.3.5.8). De esta manera, el criterio para la aplicación de la sanción resultaba diverso al del edicto *de effusis vel deiectis*, pues la calidad de *habitator* no era suficiente ni definitorio para ser identificado como legitimado pasivo de la acción (D.9.3.5.12).

Resultaba entonces merecedor de la pena “el que tiene colocado”, noción diversa a “el que coloca”, cobrando especial importancia el sentido que se debía atribuir a la frase “*positum habere*”. El punto lo capta a la perfección Ulpiano, de quien nos ha llegado un pasaje en que precisamente intenta dar respuesta a la cuestión, precisando que en su concepto, quedaba comprendido en el tipo edictal tanto la acción de poner en lo personal como la omisión consistente en “consentir que otro ponga” (D.9.3.5.10). En ambos casos se “tiene colocada” una cosa, resultando una noción más amplia que “colocar”.

Es cierto que la opinión ulpiana implica un estado del entendimiento de la fórmula edictal al siglo III d. C., y que podría estar influida de manera importante por la tendencia subjetiva que tuvo lugar a partir de la interpretación de *iniuria* en la *lex Aquilia*; mas, otros antecedentes respaldan el que se trate efectivamente del sentido y alcance de *qui positum habeat* desde la

Longo está en esta línea. Relaciona el pasaje con D.9.3.5.5, caso del hombre libre herido, y entonces entiende que “la legittimazione attiva del ferito spetta all’erede precisamente perché è un’*actio popularis*”, no por derecho hereditario. Si el herido muere, el titular es el heredero como tercero. *I quasi delicta*, cit., p. 468. Es decir, la referencia sólo habría dicho relación con la solución de la legitimación activa, no alternado de manera alguna el carácter popular en cualquier caso, dada su función preventiva. Mas, el recorte de los compiladores habría llevado que se dijera de forma directa que le correspondía a los herederos y otros semejantes, sin la explicación del por qué.

dictación del edicto. Así, Servio en D.9.3.5.12 plantea la hipótesis del pintor que “*tabulam expositam habuisset*”, donde la fórmula utilizada por este jurista republicano está en consonancia con la distinción entre “exponer” (colocar) y “tener expuesta” (tener colocada).

Por tanto, a diferencia del edicto *de effusis vel deiectis*, se sancionaba a través del edicto *de positis* una “conducta”, y no una calidad determinada (*habitor*), consistente en *id positum habeat* (tener colocado).

La diferente solución pudo tener como fundamento, según Schipani, el hecho que el que vertía o arrojaba con resultado de daño podía ser demandado también con la *lex Aquilia*, mientras que el que *id positum habeat* no podría haber sido demandado por el sólo hecho de tener colocado con otra acción.⁴⁶⁵ De esta manera, si el edicto *de effusis vel deiectis* fue introducido para agregar (a la aquiliana) una acción en favor de la víctima que no tuviera que pasar por el análisis de la conducta, el edicto *de positis vel suspensis* por el contrario, dado su carácter preventivo, debió introducir de forma precisa una conducta a sancionar. Lo que se pretendía era evitar una conducta concreta que podía derivar en un daño, sancionando al que obrara en contrario; en cambio, el edicto *de effusis vel deiectis* pretendía sancionar el resultado mismo, prescindiendo de la conducta concreta de la cual éste derivó, pues para ello ya existía una acción que analizaba las conductas dañosas (*actio ex lege Aquilia*).

No obstante lo dicho, curiosamente ha existido una opinión mayoritaria en la romanística en cuanto a entender que se aplicaba el edicto al *habitor*.⁴⁶⁶ Sólo en los últimos años los autores han tendido a explicitar que era sujeto pasivo de la acción *is qui positum habeat*, más acorde de forma aparente con la sola lectura de los *verba edicti*.⁴⁶⁷

Punto central a partir del cual nacieron diversas dudas respecto al edicto en estudio, entre ellas el criterio que atribuye la legitimación pasiva de la acción, y que llevó a la citada opinión mayoritaria, es el primer párrafo de otro texto ulpiano, en D.9.3.5.12, que cito para una mejor exposición: “*si id, quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio, qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam...*”⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1111. La misma observación en Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 119.

⁴⁶⁶ Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 117. Marrone afirma precisamente que “fu concessa dal pretore contro l’*habitor* (se la casa non era abitata, contro il *dominus*)”, ob., cit., p. 515.

⁴⁶⁷ En esta última línea Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 462; Rossi, Debora, “In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D.9.3.5.12”, *Index*, núm. 27, 1999, p. 411.

⁴⁶⁸ “Si lo que estaba puesto hubiera caído y hecho daño, compete acción contra el que lo puso, no contra el que allí habitare, cual si esta acción no fuera suficiente, porque no parece

La primera parte del texto parece estar en contradicción con lo dicho, en cuanto afirma que “compete acción contra el que lo puso” (“*in eum competit actio, qui posuit*”), pero descarta que el sujeto pasivo sea el *habitor*, al agregar “no contra el que allí habitare” (“*non in eum qui habitaverit*”). Pero luego la segunda parte, atendiendo a la distinción entre “poner” y “tener puesto”, afirma todo lo contrario, al decir que la acción no es suficiente (“*quasi haec actio non sufficiat*”), pues el que “lo puso” no es quien “lo tenía colocado”, si no es propietario o habitante (“*quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator*”). Por tanto, según esta segunda parte, se le debía atribuir la responsabilidad al propietario o al *habitor*, quienes (se lee implícitamente) no removieron aquello que estaba puesto de forma peligrosa, y que al final causó daño. De esta manera, sin importar quien colocaba la cosa de forma peligrosa en *suggruenda protectove*, se habría imputado un deber al propietario o *habitor* de remover las cosas colocadas en lugares que sobrevolaban el paso de personas.

Por los problemas formales que presenta el pasaje, y su atribución de responsabilidad al *habitor* o al propietario, resulta sospechosa su autenticidad.⁴⁶⁹ Sin desconocer algún manejo del texto⁴⁷⁰ (como su abreviación), para poder insertarlo coherentemente después de D.9.3.5.11 y junto a los dos casos especiales que luego D.9.3.5.12 menciona (la caída de la tabla del pintor y de la ánfora suspendida en una redcilla), Giménez-Candela prefiere mantener la autenticidad del pensamiento ulpiano. Se trataría de “una contradicción aparente, pues... la acción del edicto se da contra *is qui positum habeat*, pero no se precisaba la prueba de que (había colocado)”, dándose habitualmente contra el *habitor* o *dominus aedium*.⁴⁷¹ Ello porque la figura “del que tenía colocado” coincidía de forma normal con alguna de estas últimas calidades.

La posición de la autora española me parece que permite una interpretación coherente de D.9.3.5.12 en conjunto con D.9.3.5.6, D.9.3.5.8 y D.9.3.5.10. En efecto, a mi parecer no debiera haber dudas en cuanto a que originalmente, el criterio para determinar la legitimación pasiva de la *actio*

ciertamente que lo tuvo puesto el que lo puso, si no fue o dueño de las casas, o habitante de ellas”.

⁴⁶⁹ En este sentido, Longo afirma que “tutta la frase ‘*quasi haec actio ... vel inhabitator. Nam*’ è inserita”, lo que se debería a la confusión de los compiladores entre el régimen de la *actio de effusis vel deiectis* con el de la *actio de positis vel suspensis* *quasi delicta*, cit., p. 462. Agrega que “il *nam* è índice della ricutura compilatoria”, pues permitió a los compiladores hilar el pasaje citado con los casos especiales que se citan a continuación en D.9.3.5.12 (*Ibidem*, p. 464).

⁴⁷⁰ Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 126.

⁴⁷¹ *Los llamados*, cit., p. 124.

de positis vel suspensis era el sujeto que tenía colocada una cosa en *suggruenda protectove* (*id positum habeat*, D.9.3.5.6). Por tanto, esta conducta, y no una calidad determinada, permitían fijar al demandado (legitimación pasiva) en cada caso concreto; daba lo mismo ser inquilino, dueño de la casa, habitador, etcétera (D.9.3.5.8). Otra cosa distinta es qué se entendió por “tener colocado” (o colgando), distinguiendo la jurisprudencia romana entre la conducta activa de colocar, y la conducta pasiva de dejar que otro coloque o no remover la cosa que amenaza con caer (D.9.3.5.10). Luego ¿quién normalmente tiene la posibilidad de remover las cosas colocadas o colgadas que peligran caída? Con certeza el habitador o el dueño del inmueble (D.9.3.5.12), pero claro, especialmente el primero, quien con su permanencia en la casa está en situación de verificar de forma cotidiana que las cosas a ella adheridas estén fijadas de forma tal que no amenacen caída y daños consecuenciales a los viandantes. Por tanto, la interpretación de Ulpiano que “tener colocado” incluía “consentir que otro coloque”, estaba a un paso de una presunción de responsabilidad para el *habitator*, que es lo que en definitiva contiene el texto de D.9.3.5.12 perteneciente al mismo autor. De ahí la identificación del criterio de imputación del edicto *de positis vel suspensis* con esta calidad en la doctrina mayoritaria.

Dicho lo anterior, y aunque explicado junto a D.9.3.5.6, D.9.3.5.8 y D.9.3.5.10, toma sentido desde la perspectiva del criterio aplicado para sancionar en base al edicto *de positis*, el verdadero problema planteado por el primer párrafo de D.9.3.5.12 es otro y muy distinto. A su respecto, y por todo lo dicho en las líneas precedentes, me parece bastante verosímil la afirmación de Giménez-Candela, en cuanto a que la cuestión afrontada por D.9.3.5.12, que era la determinación de cuál acción se debía deducir contra “el que pone”, y no contra “el que tiene colocado”.⁴⁷² La imputación de responsabilidad infraccional al *habitator* o al *dominus aedium* por su actitud pasiva, debe haber generado una sensación inmensa de injusticia en los juristas, al ver librado de responsabilidad “al que puso”. Frente a ello, resulta bastante atendible que en caso de daño, se considerase “insuficiente la acción contra el que habita” (la acción *de positis vel suspensis*), proponiendo fórmulas para responsabilizar en última instancia al que colocó.

2. Naturaleza subjetiva del criterio adoptado

El análisis de este edicto se debe a la tendencia en doctrina a considerar que el edicto *de positis vel suspensis* importaba una responsabilidad de

⁴⁷² *Ibidem*, p. 125.

naturaleza objetiva, por lo que habría estado en la misma línea del edicto *de effusis vel deiectis*. Si el primero era parte del segundo, no podría haber una diferencia en la materia. Mas, a la cuestión de cuál era el elemento que determinaba la objetividad, la respuesta presenta algunos matices. Mientras Giménez-Candela señala que la responsabilidad derivaba “del *positum* en forma peligrosa”,⁴⁷³ Paricio afirma que “en los casos sancionados a través de la *actio de effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis*, el *haborator* era responsable de unos hechos que habitualmente serían ajenos a su dolo o a su culpa”.⁴⁷⁴

Por otra parte, la postura objetivista ha recibido diversas críticas en la lógica de lo expresado en el acápite precedente. En efecto, si el *positum habeat* de forma peligrosa es una conducta sancionada, su eventual concurrencia pasaba por un análisis tanto material como de la actitud del demandado (“*insciente domino*”, D.9.3.1 pr.), su conocimiento, o al menos conciencia, de la posibilidad de caída dañosa en perjuicio de los viandantes, lo que parece más bien llevar a una responsabilidad subjetiva que objetiva⁴⁷⁵. Wallinga efectúa esta ecuación: “la *actio de positis vel suspensis* se trata de una responsabilidad por *culpa*: el responsable es quien *positum habet* el objeto”, porque el demandado “tiene que saber que el objeto (y el peligro) está presente: entonces, si no hace nada es un caso de *culpa per negligentia*”.⁴⁷⁶

En esta misma línea Burdese, rebatiendo a Paricio, señala que “chi risponde non è (obbiettivamente) l'*haborator*, o il *dominus* della casa, bensì chi tiene collocato alcunché in situazione di pericolosa instabilità (D. 9.3.5.8), per cui si avrebbe, anziché una responsabilità obbiettiva anche per eventuali fatti altrui, una responsabilità per proprio comportamento (*suspensum habere*) implicante di per sé una obbiettiva imprudenza”.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 118. Igualmente Longo, según el cual la previsión edictal acerca de la legitimación pasiva de carácter objetivo emerge de la frase “*habent... aliquid expositum his locis*”, de D.9.3.5.8. *I quasi delicta*, cit., p. 459.

⁴⁷⁴ *Los cuasidelitos*, cit., p. 48.

⁴⁷⁵ Burdese, respecto al *positum* peligroso señala que “pare... che questo non costituisca un mero fatto oggettivo, come sarebbe in sé l'esistenza di quella situazione di pericolo, poiché l'*habere positum*, il tenere collocati gli oggetti in tale situazione, sembra implicare una qualche coscienza della stessa”, como se desprendería de D.9.3.5.10. Rec. G-C, cit., p. 456. Talamanca, afirma por su parte que “se la responsabilità fosse veramente oggettiva, il *dominus* o l'*haborator* dovrebbero rispondere per le *res positae aut suspensae* ad opera di persona illegittimamente od illecitamente immessasi nell'abitazione in loro assenza, ancor prima che, al rientro, potessero prendere le misure necessarie per la rimozione”, *Recensión*, cit., p. 619.

⁴⁷⁶ *Op. cit.*, p. 910.

⁴⁷⁷ Recensión Javier Paricio, Los cuasi delitos. “Observaciones sobre su fundamento histórico”, *SDHI*, núm. 56, 1990, p. 446.

Me parece que la crítica está en la línea correcta. Ya se dejó en claro en la letra precedente que el criterio de atribución de la pena no es una calidad, como la de *habitor*, pues la conducta de tener puesto o colocado peligrosamente puede ser ejecutada por diversas personas. Asimismo, que es una cuestión distinta el que la conducta de “tener colocado o colgando” se pueda imputar de forma preferente al *habitor* o al *dominus*, caso en el cual se sanciona no por tener una de estas calidades, sino porque se presume la omisión de las diligencias debidas.

Pero además, no se puede entender al edicto *de positis* como una simple prolongación del edicto *de effusis*. Es evidente que entre ambas providencias pretorias existió una diferencia fundamental: el segundo sólo punió conductas que producían un resultado dañoso, mientras que el primero castigó la mera ocasión de producir daños, independientemente de que se produjesen o no.⁴⁷⁸ La diferencia se traducía en una prohibición expresa por parte del edicto *de positis* de tener colocados objetos en *suggruenda protectove* en lugares de paso habitual de transeúntes, mientras que el edicto *de effusis* no prohibía las conductas de arrojar o verter. Reitero que *de positis* sancionaba precisamente a “*qui adversus ea fecerit*”, al que contraviene, sin importar la presencia de daño. *De effusis* en cambio requiere de un resultado dañoso.

De lo dicho se desprende que si en la práctica se colocaba o colgaba peligrosamente una cosa, concurriendo los demás presupuestos del edicto, se estaba en presencia de una actuación ilícita, haya o no tenido lugar un resultado dañoso. Luego, una cosa es el criterio para determinar cuándo la actuación es ilícita y otra, el criterio para la atribución de responsabilidad cuando haya tenido lugar un daño como consecuencia de la caída de una cosa desde *suggruenda protectove*. Ello no obstante la íntima relación entre ambos.

En efecto, en el *positum habeat* del edicto *de positis*, para establecer si se estaba o no en presencia de la conducta prohibida, no sólo debía concurrir la circunstancia material que estuviere una cosa colocada o colgada peligrosamente, sino que además ella fuese “imputable” a un sujeto individual; es decir, que en los hechos se pudiera identificar un sujeto que estando en situación de remover la cosa o de tomar las medidas correspondientes para asegurar a *suggruenda protectove* la cosa, no hubiese ejecutado acción alguna, manteniéndose en actitud pasiva. La determinación de si se estaba o no en posición de actuar, implicaba una valoración de la conducta, tanto psicológica como material. Psicológica, en cuanto si tuvo o no conocimiento de que había una cosa colocada o colgada de forma peligrosa; material, en cuanto

⁴⁷⁸ Esta diferencia es reconocida por Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 110.

a si habiendo tenido conocimiento, si podía o no removerla o asegurarla.⁴⁷⁹ De esta manera, si había tenido conocimiento y tuvo la posibilidad de actuar y no lo hizo, el demandado debía ser sancionado.

Me parece entonces que el *positum habeat*, en la perspectiva moderna, comportaba de forma implícita la exigencia de “culpa”, aunque expresarlo con este término ciertamente no resulte adecuado a la época del edicto y pueda generar un mal entendido. Por ello, en lo que importa, el *positum habeat* se transformaba en un verdadero criterio de imputación de la conducta sancionada para el edicto *de positis*, de carácter subjetivo.

No es verdad entonces, como afirma Giménez-Candela para sostener su posición, que podía haber culpa o dolo, pero la prueba de su concurrencia no era condición necesaria para la aplicación de la sanción.⁴⁸⁰ Ésta requería la prueba de la concurrencia de todos los presupuestos del edicto, lo que equivalía entre otras cosas a acreditar la omisión consciente de la debida conducta impuesta por el edicto por parte del sujeto demandado.

Otra cosa distinta es que el conocimiento como la omisión de la diligencia debida se presumiese. Ello porque lo habitual debió ser que cualquiera del pueblo ejerciera la acción preventiva en contra del *habitor* del inmueble que presentaba la cosa colocada o colgada en *suggruenda protectove*, presumiéndose el conocimiento de la situación y de que estaba en posición de removerla o asegurarla. Mas, la cuestión sólo habría dicho relación con la inversión de la carga probatoria, y no con el fondo de la cuestión, relativa a la naturaleza del criterio.

Me parece entonces, con bastante sustento, que el criterio que permitía establecer si la conducta era o no contraria al edicto *de positis*, que permitía fijar la responsabilidad infraccional en éste, fue subjetiva *ab initio*.

III. LAS POSIBLES ACCIONES EN CASO DE DAÑO POR CAÍDA DE COSA “COLOCADA” O “COLGADA”

1. *Actio deducible en caso de daño causado por cosa “colocada” o “colgada” en suggruenda protectove*

Si la *actio de positis vel suspensis* era una acción preventiva y popular, la pregunta lógica era cuál acción correspondía deducir a la víctima de daños producidos

⁴⁷⁹ Imagínese a quien se encontraba de viaje, al cual un tercero extraño le colgó alguna cosa en *suggruenda protectove*. Una cosa es que estando ausente fuera informado de la situación, y otra que pudiese acudir a removerla.

⁴⁸⁰ *Los llamados*, cit., p. 123.

por la caída de la cosa colgada o suspendida en un cobertizo o alero del tejado, que sobrevolaba un lugar donde transitaban de forma habitual personas. Es claro que no podía ser la misma acción, dada su finalidad.

Por otro lado, tanto en el edicto de *effusis vel deiectis* como en el de *feris* encontramos que se diferenciaban los daños causado a las cosas, de los daños provocados a un hombre libre, creando una subdivisión respecto a este último su muerte o el sufrimiento de lesiones. Las penas aplicadas a cada tipo de daño eran diversas (D.9.3.1 pr. y D.21.1.42). Frente a esto, no existe razón a priori para pensar que en caso de daños causado por cosas colocadas o colgadas *in suggruenda protective*, sobretodo porque el edicto de *positis* “pertenería al primero” (D.9.3.5.7), los juristas obraron de manera distinta. En caso de daño, conforme a la hipótesis en estudio, lo más probable es que hubiera tenido lugar la diferenciación de los daños (de cosas, muerte o lesión de hombre libre) y de las correspondientes sanciones.

Con relación a esto último, es en especial dudoso que se haya mantenido la pena fija para el condenado de 10 sueldos (10.000 sestercios). ¿Se podía sancionar de igual manera la violación de la prohibición que la violación con resultado de daño?, y aún más, ¿cualquiera que fuese éste?

Las fuentes no ofrecen muchas luces sobre la solución que adoptaron los juristas y el pretor. Por el contrario, el único texto que se refiere a la situación de daño causado por caída de cosa colocada o colgada es D.9.3.5.12, el cual presenta una redacción poco clara, generando diversas interpretaciones entre los autores.⁴⁸¹ Ante las dudas, resulta lógico pensar en que dependía de si tuvieron o no lugar daños, conforme a los hechos que las partes alegaran y las pruebas aportadas, se recurriera a la *actio de effusis o de positis*; o sea, a la que más se ajustara al caso concreto.⁴⁸²

De todos modos las posibilidades no eran muchas: o se concedía la *actio de positis vel suspensis* adaptada; o la *actio de effusis vel deiectis* adaptada; o una *actio* contra *qui posuit* modelada a partir de otra o especial para el caso. Por supuesto, se descarta una cuarta alternativa: que no haya habido acción con la cual sancionar el hecho dañoso.

Alguno, con mentalidad moderna, podría pensar que el daño provenía de una infracción al edicto de *positis*, que prohibía tener colocada una cosa peligrosa en *suggruenda protective*. De hecho, surgiría una actuación culpable (*iniure*) y por tanto habría permitido el ejercicio de la *actio ex lege Aquilia* directa. Sin embargo, esta posibilidad es descartada por la doctrina, pues es evidente que el daño no habría sido cometido directamente por quien sólo

⁴⁸¹ Véase nota 469.

⁴⁸² En este sentido Longo, *I quasi delicta*, cit., 461.

tenía “colocado”, sin cumplir con el requisito del *damnum corpore corpori datum* (Gai. 3.219).

Veamos a continuación las posibles hipótesis desarrolladas acerca de la acción deducible en caso de daño.

A. *Hipótesis actio de positis vel suspensis*

En principio esta respuesta debería ser la más natural, por ser de la misma hipótesis (cosa colocada en *suggruenda protectove* sobrevolando un lugar de tránsito habitual de personas). El elemento adicional sería “sólo” el daño. D.9.3.5.11 pareciera consentir en una postura como ésta, pues señala en su parte final que la *actio de positis vel suspensis* compete contra el que tenía colocada la cosa, haya o no producido daño. Es decir, si tuvo lugar un daño, que es el caso que aquí interesa, procedería igualmente esta *actio* según Ulpiano.

Luego D.9.3.5.12, no obstante todas las dificultades que el primer párrafo presenta, establece en su párrafo segundo una *actio ad exemplum* de la *actio de positis* para dos casos que no corresponden a daño por caída de una cosa colocada en *suggruenda protectove*. La razón por la cual se plantea la necesidad de acciones útiles en los dos casos que se mencionan, no es la inaplicabilidad del edicto *de positis vel suspensis* a la situación de daño resultante, sino porque no había concurrido un presupuesto de hecho por éste establecido: que la cosa haya sido colocada en *suggruenda protectove*.

Si la *actio de positis vel suspensis* era aplicable, entonces parece lógico que se sancionara al responsable con la misma pena: 10.000 sestercios.⁴⁸³

Esta solución, si bien es bastante atendible desde el punto de vista de los textos citados, resulta dudosa formalmente⁴⁸⁴ como asimismo desde la perspectiva que, de haber sido cierta, no habría tenido lugar la distinción referida a la naturaleza de los daños y de sanciones correlativas que presentan los edictos de *effusis* y *de feris*. Por tanto, significa suponer que, si se trata de un daño a cosas o de lesiones a un hombre libre, la pena aplicada había sido idéntica: 10.000 sestercios.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 619. Rossi, *op. cit.*, p. 413.

⁴⁸⁴ Siempre son dudosas las soluciones que pasan por negar autenticidad al texto actual, ofreciendo luego una construcción de lo que podría haber dicho en su inicio el pasaje, pues sin nuevos antecedentes, no es posible su verificación. En este sentido, Rossi, luego de su interpretación, propone como inicio de D.9.3.5.12: “*si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio <qui positum habuit non in eum> qui posuit, [non] <neque> in eum qui habitaverit*”, *op. cit.*, pp. 413 y 414.

⁴⁸⁵ Precisamente Fadda, criticando la teoría de Mommsen (Cuiacius), afirma que “l’*actio* no può qua essere contro il solito responsabile, perchè l’editto ha limitato l’obbligo di questo ad una penalità”, *L’azione popolare, cit.*, pp. 182 y 183, nota 2. La observación se debe a que

Lo anterior genera una serie de incógnitas: y si murió un hombre libre, ¿operaba cómo popular o sólo no existía acción? En el mismo caso, y si procediere como popular, ¿la demanda era efectivamente por 10.000 sestericios? ¿no habría sido injusto este monto frente a los 50.000 sestericios por muerte en caso de *effusis vel deiectis*?; en caso de lesiones a un hombre libre, ¿por qué fijar desde ya 10.000 sestericios como sanción, cuando en la *actio de effusis vel deiectis* es el juez el que debía determinar según lo que le pareciere justo, al no tener precio el cuerpo de un hombre libre?⁴⁸⁶

Pero más allá de tales interrogantes, y si a pesar de ellas en efecto la acción a deducir hubiese sido la misma del edicto,⁴⁸⁷ se habría tratado de una *actio* cuyo objeto era sancionar el daño causado por cosas caídas desde el cobertizo o alero del tejado que sobrevolaba un lugar de tránsito o detención habitual de persona; esto es, causado con infracción de la prohibición establecida por el edicto de *positis*. Desde esta perspectiva, y en términos actuales, se habría tratado de una acción que tenía como presupuesto una actuación ilícita (*contra ius*) dañosa, que castigaba por tanto a quien dañaba con *culpa contra legem*. Así, el criterio de atribución de responsabilidad, aunque no tengamos fuentes que lo digan de forma expresa, habría sido subjetivo, de haberse deducido esta acción.⁴⁸⁸

en el entendimiento de Fadda, si hay daño, la pena debería haber sido diferente, pero si se aplica la misma *actio de positis*, tendrá que ser la misma.

⁴⁸⁶ Me parece que dificultades como las anotadas han llevado a algunos autores a buscar soluciones híbridas. En esta línea Rossi, quien luego de afirmar que D.9.3.5.12 se refería a la *actio de positis aut suspensum*, entiende que ella era sólo un instrumento anexo a la vía ordinaria, constituida por la *actio de effusis vel deiectis* (funda su postura en la opinión de Ulpiano reproducida en D. 9.3.1.5). De esta manera, la víctima podía deducir la primera contra el que hubiere tenido colocada de forma peligrosa la cosa, y la segunda contra el *habitor*. Si en ambos casos el sujeto pasivo resultaba ser el *habitor*, para resolver el concurso de acciones que tendría lugar, sostiene que el demandante habría sido obligado a elegir entre una u otra, según le conviniera. Rossi, *op. cit.*, pp. 414 y 415.

Talamanca, además de hipotizar una cláusula en el edicto, de la cual no hay antecedentes para poder superar entre otras las dificultades de la pena, justamente afirma: “e qui sorgerebbe il problema se non vi fosse, eventualmente, un rinvio alla regolamentazione che si aveva, sul punto, nelle varie forme dell’*actio de effusis et deiectis*”, *Recensión, cit.*, p. 618.

⁴⁸⁷ Aceptando además el carácter popular para que fuese deducida por cualquiera del pueblo y el carácter privado para la víctima, como propone Giménez-Candela. Véase nota 464.

⁴⁸⁸ Se ha pretendido aplicar el pasaje de D.9.3.6.2 al edicto en estudio, dado que es un texto que viene a continuación de los pasajes referidos al edicto de *positis vel suspensum*. Y podría una tal aplicación ser correcta, dado que en efecto el criterio de atribución del edicto es subjetivo. Sin embargo, ello es criticable. Claro, algunos lo han atacado a efectos de sostener la postura de la responsabilidad objetiva, como es el caso de Aràngio-Ruiz, quien señalaba que para los clásicos, el edicto establecía una responsabilidad de este tipo, siendo la referencia a la culpa insertada por los justinianos en D.9.3.6.2 (alude a Betti). *Istituzioni di*

B. *Hipótesis actio de effusis vel deiectis*

Interesante es también la postura de Mommsen, quien basado en Cuiacio,⁴⁸⁹ invertía las posiciones *de posuit e habitator* en el texto de D.9.3.5.12, quedando: “...*in eum competit actio [qui posuit, non in eum] qui habitaverit, <non in eum qui posuit>, quasi haec actio non sufficiat*”.⁴⁹⁰ Esta inversión permitiría leer el texto original, pues un error de un copista lo habría dejado en su actual estado. Así, en caso de daño por caída de un objeto colocado en *suggruenda protectove*, se aplicaba el edicto *de effusis et deiectis*, dirigiéndose la acción contra el *habitator*.⁴⁹¹ Esta conclusión sería ratificada por D.9.3.1.3.

Respecto a este último pasaje, se debe recordar que las tres hipótesis a que Ulpiano se refiere en él (incluyendo lo colgado), tienen por base “la caída” de una cosa. Encontrando el pasaje citado dentro del edicto *de effusis vel deiectis*, y perteneciendo *de positus vel suspensis* a éste (según D.9.3.5.7), se podría concluir que la acción general por “caída” de cosas desde altura (arrojadas, vertidas, colocadas o colgadas), fue la *actio de effusis vel deiectis*.⁴⁹² De lo

diritto romano, 14a. ed., 1984, p. 377. Mas, no es por ello que la aplicación resulta errada, sino porque el comentario está claramente referido al edicto *de effusis vel deiectis*, y no al *de positus*, no obstante su ubicación a continuación de éste (Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 464).

Por otro lado, tanto D.44.7.5.5 como I. 4.5.1, luego de declarar que “las más de las veces se obliga por culpa de otro, ya de su esclavo, ya de su hijo”, los textos agregan que el caso *de positus vel suspensis* se asemeja al *de effusis vel deiectis*. De estas referencias se podría entenderse que las fuentes explícitamente indican que el responsable del *positum habere* respondía de culpa propia y de culpa ajena. Sin embargo, en el edicto *de positus* la situación es la contraria: se responde de culpa propia y no de culpa ajena. Ello debido a que no es responsable *qui posuit*, sino quien *positum habere*, por lo que no importa si otro colocó o colgó de forma peligrosa, pues en vez de tomar las precauciones para eliminar la peligrosidad o retirar el objeto, se ha mantenido colocado o colgado, correspondiendo así la sanción por culpa propia. De esta manera, es difícil entender la referencia a la culpa de D.44.7.5.5 e I.4.5.1 como aplicable a la *actio de positus vel suspensis*.

⁴⁸⁹ Cuiacio, *Observation*, lib. XXII, cap. 32. Es citado por Pothier, en *Pandette di Giustiniano*, cit., p. 105, nota (*). Glück, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁹⁰ Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, p. 296, nota 6.

⁴⁹¹ Rossi, no obstante que le resulta interesante la argumentación, la rechaza porque no explicaría la frase que sigue [*quasi-inhabitor*], *op. cit.*, p. 413. Longo tampoco la acoge, para él habrían sido, al parecer, los compiladores los que confundieron el régimen de las dos acciones con la parte que en su concepto fue insertada “*quasi haec actio ... vel inhabitor. Nam*”. *I quasi delicta*, p. 462.

⁴⁹² Citando la transposición propuesta por Mommsen a partir de D.9.3.5.12, Provera sostiene que “avrebbe trovato applicazione l’*actio de effusis vel deiectis*”, *op. cit.*, p. 261. Fadda, aunque propone una *actio in factum ex legis Aquilia*, sostiene al pasar que “certo in base al fr. 1 §3, *de eff.*, 9.3, si potrebbe dare l’*a. de effusis*, ma contro l’*habitator*” (*L’azione popolare*, p. 182, nota 2). Talamanca, *Recensión*, cit., p. 618.

contrario, ¿por qué Ulpiano habría realizado esta interpretación extensiva del edicto *de effusis vel deiectis*, si para el caso de daño por cosas colocadas o colgadas se deducía la *actio de positis vel suspensis*? (conforme a la posición referida). La respuesta a esta pregunta estaría en la circunstancia que la *actio de positis* fue pensada y diseñada por el pretor como una acción preventiva y no como una acción de reparación. En caso de caída dañosa de un objeto puesto o suspendido desde una *suggruenda protectove*, la reparación efectiva del daño no se podía obtener mediante la *actio de positis*.

D.9.3.5.12 habría tratado de expresar esta situación en su primer párrafo, siendo oscurecido su sentido por el hipotético error señalado de un copista.

Desde el punto de vista del criterio de atribución de responsabilidad, si se hubiera recurrido a la *actio de effusis vel deiectis* para reparar el daño sufrido por la víctima, lo lógico habría sido que se recurriera a la calidad de *habitor*, como manda el edicto, para fijar la legitimación pasiva. Ello, no obstante el *habitor* eventualmente no hubiese sido *qui positum habeat*. El criterio, en esta hipótesis, habría tenido entonces naturaleza objetiva.

C. *Hipótesis actio contra qui posuit*

Dato objetivo, sin efectuar ningún tipo de intervención al texto, es el que D.9.3.5.12 establece como regla: “si lo que estaba puesto hubiere caído y hecho daño, compete acción contra el que lo puso, no contra el que allí habitaré”. Por tanto, el resultado dañoso habría llevado a involucrar a un sujeto que el edicto no mencionaba (“*qui posuit*”); y por el contrario, pareciera que dicho resultado liberaba de responsabilidad tanto “al que tenía colocado” como al *habitor* (criterios de imputación del edicto *de positis* y *de effusis* respectivamente).

Lo anterior estaría en consonancia con la naturaleza preventiva de la *actio de positis vel suspensis*, que no habría sido competente para sancionar las situaciones de daño ni para lograr su reparación: la “responsabilità non sembra perseguibile con questa azione”.⁴⁹³ Esto sería ratificado por la circunstancia que, como se dijo, no tenía lugar en el edicto una distinción de daños y sanciones correlativas, como sí en cambio sucedía en los edictos *de effusis* y *de feris*. Igualmente, esta “lejanía” del edicto con el resultado dañoso es lo que podría explicar la interpretación extensiva de Ulpiano en D. 9.3.1.3, pues de haber tenido aplicación el edicto *de positis*, no necesitaba re-

⁴⁹³ Schipani, *Il contributo*, cit., pp. 1111 y 1112.

currir al *de effusis* para el caso de daño por caída de lo colgado (incluso si se hubiera estimado que “colgado” no quedaba comprendido en “colocado”, podría haber efectuado una interpretación extensiva del edicto *de positis* en vez del edicto *de effusis*).

Conforme a estos antecedentes, se puede estimar que en caso de daño, sólo se habría podido deducir una acción contra *qui posuit*, o bien, ella habría concurrido con otras. Mas, ambas posturas tienen un problema común a resolver: cuál habría sido la acción deducible contra el que puso la cosa que con posterioridad cayó, dañando a un transeúnte. Las dificultades que presenta el pasaje de D.9.3.5.12 y la falta de fuentes explícitas han llevado a variadas respuestas, que se unen o forman parte de las alternativas vistas en los dos acápites anteriores, y que Schipani sintetiza diciendo: la responsabilidad “verrà fatta valere *in eum qui posuit* la cosa, con un adattamento, o di questa azione (*de positis*, n. del a.) o di quella *de deiectis* o dell’aquiliana (D.9.3.5.12)”.⁴⁹⁴

Ahora bien, dentro de estas tres alternativas generales, hay diversas particularidades en las respuestas ofrecidas por los romanistas. Algunos autores han propuesto una *actio de positis vel suspensis* “*utilis*” contra *qui posuit*.⁴⁹⁵ Fadda en cambio advierte que de una parte la *actio de positis* no se podía otorgar contra “el que colocó”, pues se habría tratado de un tercero distinto al *habitor* o *dominus* que en cambio eran los que podrían haber tenido “colocado” según exigía el edicto; y de otra, si el que colocó se identificaba con quien habitaba o era propietario, por el monto fijo de la pena establecida, la víctima podía resultar no indemnizada, siendo entonces la acción insuficiente. Por estas razones, se le habría otorgado según Fadda al dañado otra acción, que no pudo ser la *actio ex lege aquilia* por faltar el requisito del *corpore corpori*, proponiendo entonces que contra *qui posuit* se otorgaba una *actio in factum legis aquiliae*.⁴⁹⁶

Interesante es la opinión de Giménez-Candela, pues a diferencia de la mayoría de los autores, entiende el texto como auténtico, intentando una interpretación a partir de lo que dice, y no de aquello que no dice o que pudo haber dicho. Bajo esta premisa, opina que el verdadero problema tratado en el primer párrafo de D.9.3.5.12, era la determinación de cuál acción se debía deducir contra “el que colocó”. De esta manera, “como la acción edictal se da contra el *habitor* (*dominus* o inquilino) *qui posuit*, se crea una acción especial (decretal *in factum*) para castigar a quien *posuit* pero no era inquilino

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 1112.

⁴⁹⁵ Mommsen *cit.* por Giménez-Candela, p. 125, nota 78. Glück, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁹⁶ *L'azione popolari*, *cit.*, p. 183, nota 2.

o propietario; así la frase *quasi haec actio non sufficiat* quiere decir que la acción del edicto no bastaba para castigar a quien en efecto *posuit* no siendo *inquilinus* o *dominus*".⁴⁹⁷ Por supuesto, más antecedentes acerca de esta acción decretal *in factum* que plantea la autora no existen. En todo caso, tampoco se salva de las críticas.⁴⁹⁸

Destaco también el parecer de Talamanca, quien a fin de eludir las dificultades que los textos supérstites presentan, sencillamente desliza la posibilidad que el edicto hubiese contemplado una "específica cláusula" que introdujera un acción especial contra *qui posuit*, para el caso que lo puesto hubiere producido daño. Una acción como ésta, no habría tenido la pena fija de 10.000 sestercios, sino una pena al estilo del edicto *de effusis vel deiectis*.⁴⁹⁹ Esta solución habría sido la más simple, pero lo concreto es que se trata de especulación pura.

2. *Lo que se puso o quedó suspendido en lugar distinto a sugruenda protectove*

Conforme a los presupuestos de la *actio de positis vel suspensis*, en virtud de cosas colocadas o suspendidas en un lugar distinto de *sugruenda protectove*, ella no procedía; con mayor razón no tenía aplicación si caían y producían daño. En principio, además, se debería descartar la posible procedencia de la *actio de effusis vel deiectis*, porque no se trata de un daño producido por la acción de arrojar o verter. El hecho habría quedado por tanto sin sanción, y sobre todo, la víctima sin reparación (el ejercicio de la *actio lex Aquilia*, además de la prueba de culpa del demandado, exigía el daño se hubiese causado *corpore corpori*).

Probablemente, como ya se señaló, la situación antes descrita explica la extensión en la aplicación que hiciera Ulpiano del edicto *de effusis* en D.9.3.1.3, donde "el colgar" lo entendía forzosamente como "arrojar". A través de esta lata interpretación, era posible sancionar entonces al menos al *habitor* que tuvo colgada una cosa (desde cualquier parte) que cayó produciendo daño. El punto no es menor porque aplicar la *actio de effusis* implicaba

⁴⁹⁷ *Los llamados, cit.*, p. 126.

⁴⁹⁸ Talamanca duda que *competere* en D.9.3.5.12 diga relación con la introducción de una acción decretal. La frase *in eum competit actio, qui posuit, non in eum qui habitaverit* tendría por objeto resolver la legitimación pasiva de la acción y no la introducción de una nueva, lo que sería confirmado por el uso de *competere* por segunda vez, la cual sí daría cuenta efectiva de una extensión decretal de una acción edictal, que sería la *actio de positis et suspensis*. *Recensión, cit.*, p. 618. También es rechazada por Rossi, aunque no desarrolla claramente sus razones, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁹⁹ *Recensión, cit.*, p. 618.

atribuir de forma efectiva responsabilidad al demandado por una calidad determinada, lo que en el edicto *de positis* no tenía lugar.

Ahora bien, frente a la cuestión, resulta de particular interés la relación que Talamanca hace de D.9.3.5.12 y D.9.3.1.3. En el primer texto, sostiene el autor, hay dos aplicaciones en vía útil de la *actio de positis*, en las cuales se daría por descontada la equivalencia entre *positum* y *suspensum*; en el segundo, se extendía la aplicación del edicto *de effusis vel deiectis* al *suspensum* de una cosa. Luego, si *positum* es igual a *suspensum* (D.9.3.5.12) y el edicto *de effusis vel deiectis* se aplicaba al *suspensum* (D.9.3.1.3), concluye el autor italiano que “quando il danno stesso si sia verificato, il dominus o l’habitor rispondono con l’actio de effusis et deiectis, in quanto hanno la disponibilità dell’abitazione presupposta dall’integrazione del *positum habere*”.⁵⁰⁰ Esto llevaría a entender que la regla general en el derecho clásico romano habría sido la *actio de effusis vel deiectis*, y que se habría aplicado tanto a los daños derivados de cosas arrojadas o vertidas, como asimismo causados por cosas colocadas o colgadas “en general”.

Si lo anterior fuese acertado, resurge necesariamente la duda respecto a la acción que correspondía en caso de daños provenientes de cosas colocadas o colgadas de forma específica en *suggruenda protectove*. Al respecto, podrían haber tenido lugar dos posibilidades. La primera, que tales daños quedaran solo bajo la supuesta regla general, porque el edicto *de effusis vel deiectis* no distinguía, con lo cual la solución habría sido la de la letra B. del acápite precedente. La segunda, que habiendo Talamanca tomado de D.9.3.5.12 sus conclusiones, y con base en el mismo argumento, se podría afirmar que en las aplicaciones por vía útil de la *actio de positis*, la razón por la cual Servio en el pasaje no ve posible aplicar la *actio de positis*, porque no se trata de cosas colocadas o colgadas en *suggruenda protectove*. A *contrario sensu*, de haber sido colocadas o colgadas en *suggruenda protectove*, habría debido operar el edicto *de positis*, aplicándose la acción consagrada en éste.

Por tanto, lo único claro es que si una cosa era colocada o colgada de forma peligrosa en un lugar distinto a *suggruenda protectove*, la acción preventiva de *positis vel suspensis* no procedía, así como tampoco la *actio de effusis vel deiectis* por no existir daño alguno. En cambio, si la cosa caía y producía daños, todas las alternativas posibles resultan, hasta la fecha, hipotéticas, salvo la cosa colgada que se precipita dañando, que en virtud de D.9.3.1.3 habría entrado en el ámbito del edicto *de effusis vel deiectis*.

Por otra parte, también es verosímil que la distinción entre colocar o colgar en *suggruenda protectove* o en un lugar distinto a éste, tendió a desapare-

⁵⁰⁰ Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 618.

cer, pues en D.44.7.5.5, I.4.5.1 e I.4.5.2 la diferenciación no se encuentra, lo que demostraría una absorción cada vez mayor de la situación *de positis* en la *de effusis*. A pesar de ello, el problema de la punición queda de todas maneras en la nebulosa, pues al momento de referirse a las sanciones, I.4.5.1 sólo alude a arrojar o verter y reitera las penas fijadas en D.9.3.1 pr.

En todo caso, ratifica la pérdida de importancia de la distinción, los casos especiales de D.9.3.5.12, texto según el cual se aplicaban acciones *ad exemplum* de la *actio de positis*.⁵⁰¹ Esta vía para integrar casos no sujetos a las acciones legales y honorarias existentes, más la aplicación del procedimiento extraordinario en época imperial, lo más seguro es que contribuyeron para que los compiladores no constituyera ningún problema la sanción de daños por cosas colocadas o colgadas en lugares distintos a *suggruenda protectove*.

IV. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

“*Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo*” es la frase final que habría tenido el edicto de positis vel suspensis (D.9.3.5.6), muy similar como se puede apreciar al texto “*si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere*” que presentaba el de effusis (D.9.3.1 pr.). La disposición se encuentra complementada en las fuentes por el comentario de Ulpiano conservado en D.9.3.5.10, el cual explica que el *positum habere* comprende también al que no pone por sí mismo pero “consiente” (*patiatur*) que sea puesta por otro. Es esto último lo que determinaría, según el jurista que “si un esclavo la hubiera puesto, pero el dueño la permita puesta, el dueño no quedará obligado por la acción noxal, sino en su propio nombre” (*si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur*).

Ahora bien, sobre esta posibilidad de dar en *nox* que otorga D.9.3.5.6, también hay alguna discusión en la romanística, aunque más bien porque se le relaciona con el edicto de *effusis*, se extendió la polémica de la concurrencia de la noxalidad respecto de éste al edicto de positis. En este sentido, algunos entienden que la frase “*aut noxae dedi iubebo*” en D.9.3.5.6 fue insertada por los compiladores, lo que significaría que la posibilidad de la *noxae deditio* originalmente no estaba contemplada en el edicto.⁵⁰² Con todo, la

⁵⁰¹ Según Giménez-Candela, ya no habrían dudas que se trató de acciones decretales *in factum*. *Los llamados, cit.*, p. 127.

⁵⁰² En esta línea por ejemplo Biondi, quien creyó interpolada toda la frase *si servus iubebo*, pues la formulación coincidiría con la usada por los compiladores cada vez que querían introducir la *noxae deditio*. Biondi, *op. cit.*, p. 266 y nota 5 en la misma página. Rechaza por

mayoría de los críticos no objeta en sí la alternativa de la *noxae deditio* en el edicto de *positis*, sino su formulación.⁵⁰³ La circunstancia que la autenticidad de D.9.3.5.10, que alude a la procedencia de la noxalidad, no sea discutida por la doctrina,⁵⁰⁴ constituye un piso para pensar que la referencia en el edicto efectivamente existió.

Que el texto del edicto de *positis* contemplara la *noxae deditio* del hechor, no debiera en todo caso constituir ninguna extrañeza, pues por su propia naturaleza se le debía aplicar el régimen general de la noxalidad. Ello porque no obstante el edicto de *positis vel suspensis* habría sido parte del *de effusis*, su situación era muy distinta a la de este último en materia de responsabilidad por el hecho ajeno. Como se ha dicho de forma reiterada, el criterio de imputación en el edicto de *positis vel suspensis* era el *positum habere* peligrosamente (concurriendo además los otros presupuestos de hecho vistos); esto es, una conducta, y no una calidad determinada. Dicha conducta podía ser ejecutada por un sujeto *sui iuris* o *alieni iuris*: si era *sui iuris*, respondía en forma directa *qui positum habere*; si era *alieni iuris*, como un *filiusfamilias* o un *servus*, la víctima podía eventualmente ejercer contra el *paterfamilias* o *dominus* la acción noxal. En el edicto de *effusis vel deiectis*, al responder quien tenía la calidad de *habitor* pero que no había ejecutado ningún hecho dañoso, no se podía ejercer la acción noxal. La aplicación de un criterio objetivo (*habitor*) modificó de forma sustancial la regla aplicada sobre responsabilidad por el hecho ajeno, modificación que no tenía lugar en el edicto de *positis*.

Con todo, podría surgir una razonable duda: si tenía aplicación el régimen noxal general, por qué habría sido necesario incluir la cláusula en el edicto. Se puede hipotizar que cuando se trata de un tipo penal nuevo, que establecía una sanción por simple contravención de *alieni iuris* o *sui iuris*, sin

tanto la proposición de Lenel por considerar que se trata de una forma insólita en el edicto, en el cual se habla siempre de concesión o no de la acción noxal. Es evidente en todo caso, que si Biondi rechazaba la fórmula de D.9.3.1 pr, no podía luego aceptar la misma para el edicto de *positis*.

⁵⁰³ Giménez-Candela, dando por auténtica la fórmula, delinea sobre ella su propuesta de cláusula para D.9.3.1 pr. (actio de effusis).

Por el contrario, Lenel sostuvo que lo más probable fue que la fórmula original del edicto de *positis vel suspensis* no haya sido distinta a la del edicto de *effusis vel deiectis*, y que los compiladores, sin mayor reflexión, habrían tomado de forma literal la frase (“*aut noxam dedere*”), dándose cuenta que *in iudicio adiciam* no tenía ya sentido para su tiempo, sustituyéndola en el edicto de *positis* por la frase que recibimos “*aut noxae dedi iubebo*”. EP³, p. 174, §62, nota 10. Están de acuerdo con Lenel, Longo, *I quasi delicta, cit.*, p. 458; Albanese, *Sulla responsabilità, cit.*, p. 158, nota 62.

⁵⁰⁴ Albanese, *Sulla responsabilità, cit.*, p. 157. El *Index Interpolationum* y su *Supplementum* no contiene referencias de interpolaciones para el pasaje.

la exigencia de daño, pudo haber existido alguna vacilación en los jurisprudentes en la procedencia de la aplicación del régimen noxal. Sin embargo, establecida la conducta como ilícita, como si fuera un delito (*quasi delicta*), y ejecutada por un esclavo, lo razonable era que la noxalidad tuviera lugar. Expresarlo así en el texto resultaba por tanto de mayor claridad a los destinatarios de la norma.

Lo más probable entonces (salvo por la duda precedente) es que el texto del edicto *de positis vel suspensis* haya finalizado, respecto al *positum habere* del *servus*: “*aut noxae dedi iubebo*” (D.9.3.5.6); es decir, al igual que el *de effusis* (D.9.3.1 pr.), el edicto *de positis vel suspensis* habría aludido a la posibilidad de entregar en noxa al esclavo autor del hecho. Empero, la *actio de positis vel suspensis* procedía noxalmente, conforme al régimen regular de la noxalidad, mientras que la *actio de effusis vel deiectis* no. Esto último explica y genera la teoría comentada de la llamada *exceptio noxalis*.

En consecuencia, si era un esclavo el que *positum habere* de forma peligrosa, él tenía la calidad de “autor del hecho ilícito”, pues era el sujeto que contravenía la prohibición edictal y quien había cometido el *maleficio* en términos de D.9.4.1 e I.4.8 pr. Pero, producto de la imposibilidad de ser demandado en juicio, la víctima dirigía la acción con carácter noxal en contra del *dominus* actual, quien tenía la posibilidad de pagar la *litis aestimatio* o entregarlo en noxa. Esta posibilidad, se recuerda, mantenía incólumes los principios tanto de personalidad de la pena como aquél según el cual los actos del esclavo no pueden perjudicar patrimonialmente al propietario.

Respecto a los posibles sujetos en virtud de los cuales podía ejercerse una acción noxal, hago presente que las fuentes sólo aluden al *servus*, sin referirse en parte alguna a un *positum habere* del *filius familias*, como en el edicto *de effusis*. Empero, debería entenderse, si la acción noxal era procedente en materia *de positis vel suspensis*, que el *paterfamilias* pudo ser demandado por esta vía en razón de cosas colocadas o colgadas peligrosamente por parte del *filius* (o bien de la *filia*). No es descartable por tanto que haya existido alguna referencia al *filius* en el texto mismo del edicto, alusión que luego fue eliminada por los compiladores en virtud del reconocimiento de plena capacidad para ser demandado, y el venir a menos de la noxa contra el hijo o la hija (I.4.8.7).

Ahora bien, una cosa es que el régimen noxal fuese aplicable al edicto *de positis*, y otra distinta son las posibilidades prácticas de que ellos ocurriese, pues ya se señaló que el sujeto sancionado sería *qui positum habere*, quien coincidiría normalmente con un sujeto *sui iuris*, dueño de la propiedad o *habitor*. Desde esta perspectiva, la responsabilidad por el hecho ajeno se encontraba más restringida que en edicto *de effusis*, pues quedaba circuns-

crita exclusivamente al *positum habere* ejecutado por personas “sin capacidad jurídica”. La situación se presentaba, en este sentido, idéntica a la que tenía lugar con la *lex Aquilia*.

Es más, como se puede apreciar en los pasajes citados de los *verba edicti* y su complemento (D.9.3.5.6 y D.9.3.5.10), nuevamente la *scientia domini* tuvo aplicación en este edicto, de manera que su concurrencia determinaba que el hecho ilícito había sido ejecutado por el *dominus* y no por el *servus*.⁵⁰⁵ La novedad estuvo en una nueva referencia al contenido de la *scientia*: el *patere* del *dominus*.⁵⁰⁶ Si éste consentía que el esclavo colocara o colgara peligrosamente, la acción se dirigía de forma directa hacia su persona, excluyéndose la noxalidad.

V. CONCLUSIONES PARTICULARES

El edicto de *positis vel suspensis*, conforme a la época y contexto histórico de su dictación, constituyó una medida pretoria en favor de los viandantes, compartiendo con el edicto de *effusis* la seguridad vial como finalidad inmediata. Sin embargo, hay una diferencia entre dichos edictos respecto al “de qué cosa” fueron protegidos los pasantes: en el edicto de *effusis*, fueron protegidos de daños causados por una actividad de necesidad pública (vertimiento o arrojamiento de los desperdicios líquidos o sólidos), mientras que en el edicto de *positis*, se les protegió de acciones del ornamento de los edificios, del cual podía prescindirse. Tal diferencia influye de forma sustancial en el instrumento adoptado por el pretor para la protección perseguida. A diferencia del edicto de *effusis* y de la *lex Aquilia*, el edicto de *positis* introdujo un mecanismo punitivo —preventivo, y no punitivo— reparatorio.

Como se podía prescindir de cosas colocadas o colgadas peligrosamente en cobertizos o aleros de los tejados que sobrevolaran lugares de paso habitual de personas, el pretor prohibió esta conducta (tener colocadas o colgadas), sancionando a quien obrase en contrario, antes que algún daño tuviese lugar. La pena podía ser por lo mismo demandada popularmente. El edicto de *effusis* en cambio simplemente era aplicable en presencia de alguno de los daños que señalaba, concurriendo las circunstancias fácticas que describía: caída de una cosa vertida o arrojada desde altura en un lugar de tránsito habitual de personas.

Si el edicto de *positis* estableció “una conducta” prohibida y una pena para quien actuara contra la prohibición, fundamental resultaba la claridad

⁵⁰⁵ Véase capítulo segundo, romano I, núm. 8 (regla general *scientia domini*).

⁵⁰⁶ “*Il pati* include la *scientia*”, Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 465.

acerca de “lo prohibido” y quién se entendía infractor de la prohibición (legitimado pasivo de la acción). Según el texto que habría tenido el edicto *de positis vel suspensis*, lo prohibido era la conducta consistente en tener colocada o colgada una cosa (*id positum habere*), en un cobertizo o alero del tejado (*suggruenda protectove*) que sobrevolase un lugar donde pasaban o se detenían habitualmente viandantes, cuya caída podía causar daño (la concurrencia de éste, se reitera, no formaba parte del tipo penal). Una prohibición en estos términos, de acuerdo al entendimiento por parte de la jurisprudencia, implicó distinguir entre el presupuesto de hecho básico que el edicto exigía, consistente en “colocar” o “colgar” una cosa, concurriendo las demás circunstancias descritas por el tipo, y la conducta seguida a partir de este hecho, correspondiente al “*id positum habeat*”.

No bastaba por tanto que alguien hubiese colocado o colgado una cosa para que procediera la aplicación de la sanción. Se requería además que “alguien” ejecutara la conducta consistente en “*id positum habeat*”. Dicho de otro modo, podía ocurrir que una cosa estuviere colocada o colgada, porque alguien, en un momento pretérito, la colocó o colgó; pero que, posteriormente, no pudiese identificarse a un sujeto que “la tenga colocada o colgada” (*id positum habeat*). Claro, para tenerla colocada o colgada previamente se debió colocar o colgar, pero esta actuación sólo era un antecedente fáctico, y no la conducta sancionada. Así, se llegó a distinguir entre *qui posuit* (presupuesto) y *qui positum habeat* (conducta prohibida). La distinción es ratificada en las fuentes por la circunstancia que una de las problemáticas que enfrentaron los juristas fue justamente si correspondía sancionar a *qui posuit* si la cosa se precipitaba causando daños.

La temática de los criterios de atribución de responsabilidad tiene como elemento basilar la presencia de un daño a la persona o patrimonio de un sujeto. Precisamente, el problema de fondo es quién debe soportar el perjuicio en definitiva, la víctima o un tercero. Como en el edicto *de positis vel suspensis* no concurre daño alguno como presupuesto de la acción que introdujo (en virtud de su carácter preventivo), preguntarse por un criterio de atribución “del daño” (o de “la responsabilidad por daño”) y su naturaleza, no tiene sentido alguno. Hablar de responsabilidad objetiva o subjetiva a su respecto resulta entonces bastante fuera de lugar. Lo único que procedería en cambio, es la revisión de los elementos del tipo que deben concurrir a efectos de configurar o no la infracción edictal, y eventualmente la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de ellos.

Bajo la óptica precedente, la conducta sancionada “*id positum habeat*” exigía un elemento psicológico constituido por el conocimiento (*scientia*) del demandado de que había una cosa colocada o colgada en las condiciones que

el edicto señalaba; un elemento material, constituido por la omisión de las acciones destinadas a remover la cosa o asegurar su no caída luego de haber tomado conocimiento; y un elemento jurídico, consistente en la valoración de si tal omisión se debió a una imposibilidad en el actuar o a simple desidia. Tales elementos determinaban efectivamente la diferencia entre un simple colocar o colgar, y la “verdadera” conducta sancionada (*id positum habeat*), que tenía lugar en un momento posterior. Aunque hubiese sido un tercero distinto la habitator el que *posuit*, y tuviera en los hechos la disposición y control material de la casa, se encontraba sujeto al deber de remoción de la cosa o a su aseguramiento, siempre y cuando tomara conocimiento de que había sido colocada o colgada (si no había sido el mismo) y estuviera en condiciones de actuar.

Por tanto, dados los elementos que exigía la conducta prohibida, se puede afirmar que la situación de no remoción de la cosa colocada o colgada (*id positum habeat*), requería “implícitamente” de culpa para ser considerada infracción sancionable. O bien, que dichos elementos conformaban un criterio subjetivo de determinación de la efectiva actuación contra *ius* del demandado.

A pesar de lo anterior, de forma tradicional la doctrina ha afirmado que el edicto *de positis*, como el *de effusis*, sancionaba al *habitor*, lo que es conceptualmente inexacto aunque coincidente en la práctica. La afirmación se sustenta en el hecho que habitualmente el sujeto en situación de remover la cosa colocada o colgada, o de asegurarla, y por tanto infractor del edicto *de positis*, era el *habitor*. Empero, a pesar de una eventual coincidencia en la persona, las razones para que el *habitor* fuese sancionado por un edicto o por otro eran distintas: por la *actio de effusis*, se le punía en virtud de tal calidad, no obstante ninguna conducta realizase y no tuviese siquiera conocimiento de lo ocurrido; por la *actio de positis* respondía porque tenía la cosa colocada o colgada peligrosamente, o sea, porque conscientemente omitió las medidas que se requerían. Entonces, podía demandarse al *habitor* en razón del edicto *de positis*, por presumirse que era *qui positum habeat*; mas, resultaba sancionado porque así era, pudiendo eximirse de responsabilidad entonces si demostraba que no había ejecutado la actividad penada por el edicto.

Desde luego, siempre era posible que el remedio preventivo introducido por el edicto *de positis* no funcionase, y una cosa colocada o colgada en el cobertizo o alero del tejado de una casa que sobrevuela un lugar de paso ordinario o detención de personas, infringiendo la prohibición pretoria, se precipitara a tierra, causando daños a los transeúntes. Las fuentes no aclaran la acción otorgada a la víctima o a sus herederos (en caso de muerte) al

dictarse el edicto y durante la primera época de vigencia, existiendo sólo hipótesis avanzadas por la doctrina al respecto, las cuales presentan variados inconvenientes: pudo haberse concedido la *actio de positis vel suspensis*, pero necesariamente adaptada; la *actio de effusis vel deiectis* con alguna modificación; o una *actio* contra *qui posuit*. En este último caso, las posibilidades se multiplican, pudiendo haberse tratado de una adaptación de la *actio de positis*, de la *actio de effusis* o de la *actio ex lege aquilia*; o bien, alguna acción especial decretal *in factum*, creada después al edicto *de positis* o como parte de éste.

De lo anterior, quizás lo único que se puede concluir de modo cierto es que la romanística no ha podido establecer, de acuerdo a las fuentes disponibles, qué acción o acciones se otorgaron y consecuentemente su configuración. Este desconocimiento sobre la acción que se concedía tiene especial consecuencia para el presente trabajo, pues impide fijar con exactitud el criterio de atribución de responsabilidad en caso de “daño” bajo las condiciones originales establecidas por el edicto *de positis*: cosa colocada o colgada en *suggruenda protectove*. Al igual como ocurre con las supuestas acciones, sólo caben hipótesis sobre el particular. Así, podría aventurarse que la naturaleza del criterio de atribución de la responsabilidad era directamente dependiente de la acción tomada como base.

En efecto, si la acción admitida hubiese sido la *actio de effusis vel deiectis*, dado que correspondía aplicar el criterio del *habitor* para determinar la legitimación pasiva, la responsabilidad surgida habría sido objetiva. Si en cambio el instrumento procesal concedido era misma *actio de positis vel suspensis*, el criterio de atribución de responsabilidad hubiese sido subjetivo, en una doble perspectiva: por una parte, el criterio que permitía determinar quién era el infractor de la prohibición edictal era subjetivo; y por otra, la sola actuación contra ley determinaba que la conducta fuese reprochable (*iniure*), configurando modernamente una *culpa contra legem*. Si la acción otorgada hubiese sido la *actio* contra *qui posuit*, la naturaleza de la responsabilidad habría dependido de si el modelo fue la *actio de effusis*, *de positis* o *ex lege aquilia*: conforme la primera alternativa, objetiva; conforme las dos últimas, subjetiva. Finalmente, si la acción utilizada fue una decretal *in factum* contra quien colocó o colgó, salvo que haya tenido un modelo y sea aplicable lo antes expresado, la falta de antecedentes sobre su existencia impiden algún pronunciamiento.

No obstante este panorama, ante la situación de daño como consecuencia de la caída de una cosa que había sido colocada o colgada en *suggruenda protectove*, se debiera entender que si se concedió una acción, ello fue con la intención de castigar al sujeto que con su conducta personal causó efectivamente el daño (y no ya sólo al que ha mantenido el peligro de que caiga).

Desde esta perspectiva, resulta razonable que se hubiese otorgado una *actio* contra *qui puosil* con resultado dañoso, y que su carácter haya sido subjetivo, independientemente del modelo. Se sancionaba pues al que colocó en *sugruenda protectove* dañando a otro, y por ende, se valora y castiga la conducta personal del hechor demandado.

En cuanto a la situación de cosas colocadas o colgadas “en partes del edificio diversas” al cobertizo o alero del tejado durante la República, originalmente la acción preventiva otorgada por el edicto *de positis* era inadmisibles, por encontrarse fuera sus límites (salvo pensar en el otorgamiento de una *actio* vía *ad exemplum* de la *de positis*). Sin embargo, la restricción de la ubicación de lo colocado o colgado tendió a desaparecer, no encontrándose ella en Gayo (D.44.7.5.5) ni en las *Institutiones* (I.4.5.1 e I.4.5.2). Ello significaría que la acción preventiva se otorgó, al parecer desde el siglo I d. C., ampliamente respecto a cosas colocadas o colgadas en cualquier parte exterior de las habitaciones, siempre que sobrevolasen lugares de paso o detención habitual de personas.

Si en cambio la cosa colocada o colgada en lugares distintos al cobertizo o alero del tejado de una casa, caía y provocaba daño, también presenta dificultades el conocimiento de la acción que pudo haberse concedido. En particular, originalmente no habría podido recurrirse al edicto *de effusis vel deiectis* por no darse sus presupuestos (una cosa colocada o colgada de alguna parte de un inmueble, que caía y provocaba daño, no era una cosa que hubiese sido arrojada o vertida). Sin embargo, D.9.3.1.3 da cuenta de una interpretación jurisprudencial clásica tardía, conforme a la cual se debía distinguir entre *positum* y *suspensum*. Así, mientras lo colgado (*suspensum*), sea en *sugruenda protectove* o en otro lugar, se entendió como arrojado, resultando aplicable el edicto *de effusis vel deiectis*, lo colocado (*positum*) se mantuvo excluido del ámbito de este último. La concesión de la *actio de effusis vel deiectis* al *suspensum*, significa que respecto a esta situación de daños, la responsabilidad era objetiva y procedía la *exceptio noxalis*.

Así las cosas, desde la dictación de los edictos *de positis* y *de effusis* hasta la compilación justiniana, el caso que aparece entonces como excluida de la protección edictal, tanto por los *verba edicti* de ambas providencias pretorias, como por la amplitud de las interpretaciones de la jurisprudencia, fue el caso de daño por caída de una cosa “colocada” (*positum*) en cualquier parte exterior del inmueble. El vacío pudo haber sido llenado con acciones *ad exemplum* contra el que puso la cosa (D.9.3.5.12), o bien, que se considerara la *actio de effusis vel deiectis* como acción general en la materia, dado lo expresado en D.9.3.1.3 y la identificación del *positum* con el *suspensum* en D.9.3.5.12. La primera alternativa habría significado la generación de una

responsabilidad subjetiva, y la segunda de una responsabilidad objetiva limitada a través de la *exceptio noxalis*. No existen los antecedentes para definir cuál fue la real solución, pero la absorción cada vez mayor de la situación de *positis* en la *de effusis* que puede advertirse en D.44.7.5.5, I.4.5.1 e I.4.5.2 pueden inclinar la balanza hacia la segunda sin perjuicio del problema de si se aplicaban o no las mismas penas también.

En materia de responsabilidad por el hecho ajeno, no obstante el edicto de *positis* es tratado conjuntamente en el mismo título que el *de effusis*, se aplicaban a su respecto las reglas generales. Ello porque quedaba sujeto a la sanción quien tuviese colocada o colgada la cosa (esto es, siempre por un hecho propio), y no quien tuviese la calidad de *habitor*, aunque ninguna participación le cupiese en los hechos (situación que daba lugar a responsabilidad por el hecho propio). De ahí que si *qui positum habeat* era un sujeto *sui iuris*, respondía personal y directamente; si en cambio *qui positum habeat* era un individuo *alieni iuris*, como *filiusfamilias* o *servus*, en virtud de su incapacidad procesal, podía ser demandado el *paterfamilias* o el *dominus* mediante acción noxal, y eventualmente responder por el hecho ajeno. Si esto último tenía lugar, y era condenado el demandado, tanto el fundamento de la condena como la posibilidad de limitar su responsabilidad con la *noxal deductio* se encuentran en el régimen noxal (capítulo segundo), y no en la introducción de un criterio objetivo de responsabilidad atemperado a través de la noxalidad como ocurría en el edicto de *effusis vel deiectis*.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno, también debe tener presente cuanto se ha dicho respecto a la posible *actio* deducible para el caso de daño causado por lo que se tenía colocado o colgado, en *suggruenda protectove* o en otro punto exterior de la casa habitación. Para los casos ya indicados en que la acción hubiese sido la *actio de effusis vel deiectis*, o una contra *qui puosit* basada en ella, el *habitor* podría haber tenido que responder objetivamente por el hecho de un *filiusfamilias* o de un *servus*, caso en el cual debiera haber tenido lugar la llamada *exceptio noxalis*. Si la acción fue la *actio de positis vel suspensis* adecuada, o una acción contra *qui puosit* modelada sobre ella, o sobre la *actio legis aquiliae*, el *paterfamilias* o el *dominus* también hubieran podido ser demandados por el hecho de su *filiusfamilias* o el *servus* vía noxal. Luego, sea a través de la *exceptio noxalis* como de la *actio noxalis*, el demandado podía limitar su responsabilidad con la entrega en noxa del hijo o siervo.