

CAPÍTULO CUARTO

EDICTO DE EFFUSIS VEL DEIECTI

I. PRESENTACIÓN DE LAS FUENTES

Las fuentes principales de este edicto³¹⁰ corresponden al título III del libro 9 del Digesto (D. 9.3), intitulado “De los que derramaren o arrojaran alguna cosa” (*De his, qui effuderint vel deiecerint*) y los pasajes de las *Institutiones* de Justiniano (I.4.5.1-2) relativos a la materia. En particular, los *verba edicti* que habría contenido se encuentran en el siguiente pasaje de Ulpiano, recogido en D.9.3.1 pr:

*Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicitur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicitur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicitur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.*³¹¹

A diferencia del edicto visto en el capítulo anterior, esta providencia edictal fue dictada por un magistrado mayor como era el pretor, quien otorgó una *actio in factum* a la víctima de un daño causado por un líquido o una

³¹⁰ Giménez-Candela afirma que el edicto en realidad anunciaba cuatro acciones distintas, con lo cual el pretor habría dictado cuatro edictos y no uno. *Los llamados*, cit., p. 93. Por el contenido de D. 9.3.1 pr., podría tener razón la autora. Sin embargo, además de no existir mayores antecedentes de los eventuales cuatro textos, la cuestión no influye de forma sustancial.

³¹¹ “Dice el pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde la gente se detiene, daré, contra el que allí habitare, acción en el *duplo* por cuanto *daño* con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción de *cinquenta áureos*; si viviera, y se dijese que se le causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en *tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez*. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignorando su dueño, añadiré en el juicio: o que lo dé por noxa”.

cosa derramada o arrojada, no importando quien o por qué derramó o arrojó, siempre que dicho vertimiento o arrojado se haya efectuado desde el piso superior de una casa, y que la caída de lo vertido o arrojado se haya producido en un lugar donde la gente transita o se detiene habitualmente,³¹² no siendo relevante que el camino fuese público o privado (D.9.3.1.2),³¹³ y excluyéndose lugar de paso infrecuente o intermitente.³¹⁴

El edicto es situado temporalmente por la romanística en la primera mitad del último siglo de la República,³¹⁵ pues ya era conocido el edicto por Servio Sulpicio Rulfo³¹⁶ y por Cayo Trebacio Testa.³¹⁷

La intervención pretoria se encuentra asociada al desarrollo urbano de la ciudad de Roma a partir de su reconstrucción en el siglo IV, el cual, ya sea por problemas de espacio (la tierra comienza a ser más escasa), ya sea por razones económicas (es necesario dedicar la parte edificada a nivel de la tierra al comercio, requiriéndose pisos superiores para la habitación), ya sea por razones sociales (los más pobres requerían de habitaciones a bajo costo), o demográficas (creciente afluencia de extranjeros libres y esclavos producto de las conquistas), entre otras, derivó en la construcción de edificios de altura³¹⁸ y calles muy estrechas. De las abundantes construcciones en altura, pendían, podían o debían ser arrojados numerosos objetos, generando un peligro de daño constante a las numerosas personas y sus bienes

³¹² Los comentarios de los juristas ratifican la idea edictal (D.9.3.1.2 y D.9.3.6 pr.). “Las previsiones edictales tomaban como base la frecuencia del tránsito de la población ciudadana (*vulgo iter fit*)”. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 69.

³¹³ Respecto a posibles sospechas de interpolación por el uso de las expresiones *locus publicus* – *locus privatus*, Giménez-Candela, *Ibidem.*, p. 69.

³¹⁴ Ulpiano, en D. 9.3.1.2 segunda parte, deja claro el punto: “por lo demás, si antes no pasaba la gente por aquel camino, y se arrojó o derramó alguna cosa, cuando todavía fuesen lugares excusados, y luego comenzó a transitarse por allí, no debe quedarse obligado por este Edicto”.

³¹⁵ Serrao, Feliciano, “La Responsabilità per fatto altrui in diritto romano”, Estratto da *BIDR. “Vittorio Scialoja”*, Terza Serie, vol. V y vol. LXVI, Milán, 1964, núm. 3, p. 23; Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1104.

³¹⁶ D. 9.3.5.12. Vivió entre 105 a. C. - 43 a. C. Se sabe que fue Cónsul el año 51 a. C.

³¹⁷ D. 9.3.5.1. Contemporáneo a Augusto, cuyo advenimiento tuvo lugar el año 31 a. C. Sobre Trebacio, se puede ver Castro Sáenz, Alfonso, *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla, 2002.

³¹⁸ “In Roma, l’antica casa familiare (*dominus*) non aveva tendenzialmente aperture verso l’estero; ma soprattutto a partire dalla ricostruzione della città posteriore all’incendio provocato dalla invasione dei Galli (387 a. C.; Livius 5,55), oltre a questo tipo di casa vennero costruite più spesso abitazioni a più piani (*insulae*). Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1104. Asimismo, Schipani, *De la ley Aquilia*, cit., p. 279.

que por las callejuelas de Roma transitaban o se detenían.³¹⁹ Al respecto, téngase presente que a la época no existían sistemas de evacuación de aguas servidas o de acopio y recolección de la basura como hoy conocemos. Por tanto, era habitual que los desechos fueran lanzados desde las ventanas, lo que creaba la situación de potencial daño para quienes se encontraban en la calle, parados o en tránsito. Ante estos riesgos entonces el pretor decide intervenir, “porque es de pública utilidad, que sin miedo y sin peligro se ande por los caminos” (D. 9.3.1.1).³²⁰ De esta manera, aunque los *verba edicti* no hacen referencia expresa a su aplicación a casas en altura, el edicto está precisamente asociado a las problemáticas que surgen con la construcción en altura en Roma. Estos problemas urbanos se habrían mantenido “hasta muy avanzada la época imperial”,³²¹ prolongando con ello la vigencia de la protección edictal. Todo lo anterior sin perjuicio de las extensiones que pudieron tener lugar en la aplicación del edicto.³²²

La pena fijada como sanción por el edicto no era única, pues según D.9.3.1 pr hubo penas distintas según el daño irrogado al demandante, solución ya vista en el edicto *de feris* (y que motiva la relación estructural entre ambos señalada en el capítulo tercero, romano II, inciso 1). De tal circuns-

³¹⁹ Serrao, *La Responsabilità, cit.*, núm. 3, p. 23; Giménez-Candela, *Una perspectiva histórica, cit.*, p. 120.

³²⁰ Sobre la autenticidad del pasaje existen sospechas, dado que contiene una justificación de la disposición, lo cual no correspondería al método utilizado por la jurisprudencia. Asimismo, en cuanto al contenido de la justificación, “classicamente, l’*utilitas publica* non è mai ragione di Stato”, Longo, *I quasi delicta, cit.*, pp. 431 y 432. No obstante ello, “el texto conserva un pensamiento clásico”, a decir de Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, p. 67.

³²¹ Giménez-Candela, *Ibidem*, p. 74.

³²² Al parecer el edicto se aplicó no sólo en zonas urbanas. Según Paulo en D.9.3.6 pr, no solamente se aplicaba el Edicto a *civitates et vicos* sino también a las *vías* por las cuales *vulgo iter fit*. Con relación a “*vicos*”, Giménez-Candela destaca que este término habría designado a un grupo de casas, y que por extensión se empleó también en el sentido de calle en Roma. D’Ors traduce “*vicos*” como “aldeas” (*El digesto, cit.*). Asimismo, a propósito de la expresión “*itineraria commeari*” en D.9.3.1.1, Giménez-Candela afirma que la protección pretoria se destinaba a los transeúntes, sin importar el lugar (*Los llamados, cit.*, p. 68) y no por tanto circunscrita a un núcleo urbano determinado (*Los llamados, cit.*, p. 90).

El texto de D.9.3.6.3 da cuenta además de la extensión de la aplicación a las cosas arrojadas desde una nave, y por tanto en un contexto distinto al urbano. Aparenta ser una aplicación extensiva del Edicto, por interpretación, pues claramente el edicto, sancionaba al *habitor*. Se ha señalado por la doctrina que se podría haber tratado más bien de una opinión de Paulo en cuanto a aplicar una *actio in factum* (el pasaje habla de *actio utilis*) para solucionar el problema de las cosas arrojadas desde una nave, que se debiera entender en el puerto para que le sea aplicable el edicto. Valiño opina que la propuesta sería una *actio in factum* decretal, mientras Giménez-Candela plantea que no tendría tal naturaleza, sino la misma acción del edicto, mencionada en otros pasajes como *in factum* (D.9.3.1.4; D.9.3.5.3), *Los llamados, cit.*, p. 106.

tancia han nacido algunas dudas acerca del número, naturaleza y nombre de las acciones que concedía. Giménez-Candela alude a cuatro acciones, a saber: acción “*damnum datum*”, acción “*si homo liber perisse*”, acción “*si viviet nocitumque*” y acción “*si servus vel filius fecisse*”,³²³ ligada a la noxalidad. La distinción, haya o no sido efectiva, resulta interesante desde la perspectiva del diverso régimen aplicado, según fuera el daño de la víctima.

Así, la *actio* “*damnum datum*” habría sido la regla general (nótese la coincidencia con el “*damnum iniura datum*” de la *lex Aquilia* en D.9.2.1 pr.), castigándose al *habetor* condenado con una pena ascendente al *duplo* del *daño causado*. Este doblaje del perjuicio, demuestra su carácter punitivo, aunque implícitamente portase a un resarcimiento.

La acción “*si homo liber perisse*” (por muerte) tenía la particularidad que introducía de forma excepcional la sanción de esta hipótesis en el ámbito del derecho privado, en circunstancias que tradicionalmente fue castigado como *crimina*,³²⁴ de modo que la *lex Aquilia* no la contenía. Asimismo, por la naturaleza del perjuicio, resultaba imposible a la víctima fallecida exigir la pena, lo que explica el que a fin de evitar que el *habetor* quedara sin sanción, se concedía como “popular”³²⁵ (D. 9.3.5.5) y por ende era intransmisible.³²⁶ La pena en este caso era una multa fija (50 Áureos)³²⁷ en favor del actor,³²⁸ que

³²³ Las denominaciones son tomadas evidentemente por la autora de los *verba edicti* contenidos en D.9.3.1: “*quantum ex ea re damnum datum factumve erit...*”; “*Si vivet nocitumque ei esse dicetur...*”; “*Si eo ictu homo liber perisse dicetur...*”; y “*Si servus insciente domino fecisse dicetur...*”.

³²⁴ En todo caso, en el año 81 a. C. se dictó la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* que sancionó el homicidio de hombre libre. La jurisprudencia interpretó que esta *lex* no hacía distinción entre esclavos y libres, de modo que caía bajo sus prescripciones el que mata a un esclavo ajeno (Guzmán, *Derecho privado*, cit., t. I, p. 317). Los crímenes en derecho romano siempre requirieron la concurrencia de “dolo”. La *lex Cornelia* no es una excepción en este sentido, pues las situaciones por ella prevista exigían dolo (D.48.8.1.3; D.48.8.14). Por ello, si bien Gayo señalaba que “el señor del esclavo muerto puede escoger entre perseguir al matador como reo de un crimen capital, o pedir el resarcimiento del daño en virtud de la ley Aquilia” (Gai. 3.213; D. 48.8.1.2), hay que entender que para perseguirlo como reo de crimen el homicidio debía ser doloso. Ello es ratificado por D.48.8.7, que expresamente señala que no es aplicable la *lex* al caso del podador que mata a alguien con culpa, por no avisar, situación tratada en la *lex Aquilia* (D.9.2.31).

³²⁵ Según D.47.23.1, es popular la acción “que ampara el derecho propio del pueblo”. La noción sin embargo es discutida en doctrina. Véase Fadda, Carlo, *L'azione popolare*, Roma, 1972, en particular pp. 298 y 299; 382; 385 y 386. Casavola, *Studi*, cit., pp. 18 y 19).

³²⁶ Si cualquiera del pueblo podía deducirla, no se podía conceder a los herederos. De ahí que llame la atención D. 9.3.5.5 y la suerte de prelación de legitimados activos a que alude.

³²⁷ “Áureos” es una expresión introducida por los compiladores. Originalmente la pena debió ser de 50.000 sestercios (1 Áureo = 1.000 sestercios).

³²⁸ Casavola, *Studi*, cit., pp. 3 y 4. Fadda distingue las acciones populares con “*condanna a favore di una casa pubblica*, o a *profito totale dell'attore*, o finalmente a *profito di un*

resultaba bastante alta. El fundamento de por qué no era el doble como en el caso precedente, radicaba en que no cabía la *aestimatio* del cuerpo de un hombre (D.9.3.1.5).

La acción “*si viviet nocitumque*” (por lesión) no fijaba nominalmente el monto de la condena ni aplicaba un múltiplo, entregando al juez el deber de establecerla, condenando al demandado a cuanto le pareciere justo;³²⁹ no tratándose de un daño pecuniario, la acción era “intransmisible”.³³⁰ Se trataba de una acción emparentada con la llamada *actio iniuriarum aestimatoria*, en cuanto era ésta la que sancionaba en el ámbito de los delitos privados las lesiones corporales causadas a un sujeto libre.³³¹ Estas relaciones cobrarán importancia en el proceso de abstracción de las disposiciones romanas al momento de la confección de los códigos decimonónicos.

II. NATURALEZA DEL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Criterio de atribución según los verba edicti: el habitator

De acuerdo a los *verba edicti*, el pretor concedía acción contra “*qui ibi habitaverit*”, resultando claro entonces que el criterio de atribución de res-

terzo”, correspondiendo la acción en estudio a la segunda categoría. Fadda, *L'azione popolare*, cit., p. 1.

³²⁹ Sobre el sentido de una “*condemnatio in aequum*”, véase Paricio, Javier, *Estudio sobre*, cit., pp. 21-24.

D.9.3.1.6 clarifica en todo caso que los daños sancionados con la acción son específicamente los relacionados con las lesiones corporales, y no los causados o derivados de otras cosas del hombre libre (estas últimas ya contempladas en la primera acción). En todo caso, como el cuerpo de un hombre libre no tiene precio, el daño corporal en sí mismo no se valoraba (“las cicatrices, o de una deformidad”), sino el daño emergente y lucro cesante derivado de aquél (D.9.3.7).

³³⁰ Al tenor de D.9.3.5.5, algunos autores han calificado esta acción como popular. Casavola, *Studi*, cit., p. 164. Interesante la postura de Sanfilippo quien ha pensado en la posible existencia de dos sub acciones que se podrían haber entablado acumulativa y no de forma electiva. *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, Annali Semin, Catania 5, 1951, p. 125. Citado por Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., nota 167; y también por Casavola, *Studi*, cit., p. 164, nota 34. Ciertamente el pasaje citado le otorga al hombre libre acción perpetua, como asimismo, a cualquiera que quisiera demandar, acción por un año. Ello evidenciaría la posibilidad que fuesen dos acciones distintas, una privada a favor de la víctima y otra popular en favor de cualquiera que quisiera ejercerla.

³³¹ El delito de “injuria” (D. 47.10) ya era sancionado por las XII Tablas con penas pecuniarias (8.3; 8.4). Sin embargo, la obsolescencia de éstas por devaluación de la moneda, llevó al pretor a regular de nuevo la cuestión en torno al siglo II a. C., quedando a discreción del juez el monto de la *aestimatio*, según le pareciera bueno y equitativo (“*iniuriarum actio ex bono et aequo*”, D. 47.10.11.1).

ponsabilidad introducido al edicto era una calidad de hecho concreta: el *habitor*.

La jurisprudencia, fiel a su método de interpretar las palabras utilizadas por el tipo, asumió la tarea de precisar quién es *habitor*, trabajo extremadamente relevante para el caso, pues el resultado de la “precisión” determinaría al responsable. Según las fuentes, las características integradoras esenciales que habría tenido la calidad de *habitor* eran la *tenencia del inmueble*, esto es, quien tenía el poder de hecho de disposición material;³³² que existiese una *relación de hecho* con el inmueble, sin identificar la calidad de *habitor* con una situación o título jurídico; que hubiese *estabilidad en la tenencia*³³³ (D.9.3.1.9), y que residiese en aquella parte del inmueble desde la cual se vertió o arrojó, *limitándose materialmente* la responsabilidad.

Si bien el *habitor* podía ser un sujeto plenamente capaz (*sui iuris*), sean *patres familiae* o *domini*, con frecuencia tuvieron también tal calidad *alieni iuris*: hijos o hijas de familia y mujer, por una parte, y esclavos por otra. Estas situaciones que presentó la realidad generaron problemáticas adicionales y la necesidad de establecer qué reglas se debían aplicar a estos incapaces, si alguno de ellos resultaban ser el *habitor*, lo que trataré de manera particular.

Eventualmente podía tener lugar una pluralidad de habitadores (se vertió o arrojó desde una parte del inmueble en la cual moraban dos o más personas), pues se trataba de un lugar común en el inmueble. La discusión se circunscribía sólo al *coenaculo*, habitación, aposento o estancia. En tal caso, a decir de Ulpiano en D.9.3.1.10, la acción se podía dirigir contra todas las personas que residían en la parte respectiva del bien raíz. Todos eran considerados *habitor* para los efectos del edicto. Lo anterior es sin perjuicio de las dudas que existen sobre el texto.³³⁴

Ahora bien, el edicto no establecía para la acción “*damnum datum*” que el daño debía ser causado con *iniuria*, ni menos que ella se concedería contra “el que haya” ejecutado el hecho descrito (verter o arrojar), fórmula que

³³² Schipani, Sandro, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggruenda ai principi della responsabilità civile dal corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, St. Gorla, II, 1994, p. 1106. En un sentido similar, Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo del “edictum de effusis vel deiectis”*, IURA, núm. 35, 1984, p. 91.

³³³ Schipani, Sandro, *Rileggere i Digesti: contributi romanistici*, p. 1071; Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 434.

³³⁴ Ante la duda de autenticidad, Giménez-Candela comparte la opinión de Levy, quien considera que la redacción del texto pertenece a Ulpiano, “pues siendo la acción edictal *in factum* y no *in iuris*, no había obstáculo para pensar en una liberación a través de la *exceptio rei iudicate*”. *Los llamados*, cit., p. 86.

utilizaba la *lex Aquilia*.³³⁵ Asimismo, para las acciones “*si homo liber perisse*” y “*si viviet nocitumque*”, no había tampoco referencia al dolo o a la *iniuria*, ni se utilizaba la forma “el que hubiera” matado o lesionado a un hombre libre, como en la *actio iniuriarum*.³³⁶ El edicto entonces utilizó en la descripción del tipo una formulación distinta a la que se había recurrido en las figuras penales que podríamos considerar “generales”. “En el Edicto... se sancionaba al habitador... por el hecho de ser habitador”.³³⁷ Y esta diferencia le ha valido ser considerado por la romanística moderna un caso de responsabilidad objetiva en derecho romano,³³⁸ sin mayor discusión.³³⁹

Efectivamente, si se está a los *verba edicti*, no se encuentran referencias que obliguen o reenvíen a un análisis de las conductas ejecutadas por el *habitor* a efectos de la atribución de responsabilidad. El *iudicium* que el pretor concedía, no incluía la orden al juez para que *apud iudicem* verificara la concurrencia o no de una conducta precisa (por ejemplo, “si vertió o arrojó o no lo hizo”) o calificara la misma (por ejemplo, “si actuó con culpa o no lo hizo”). En sustancia, concurriendo los presupuestos de hecho citados, y pudiendo identificar un *habitor*, éste resultaba condenado.

El *habitor* podía haber sido la persona que vertió o arrojó causando daño, pero también podrían haber ejecutado tales acciones su mujer, alguno de sus hijos o hijas, un esclavo, un amigo, un cliente, un dependiente, un aprendiz, etcétera. En palabras modernas, podía responder por el hecho propio o por el hecho ajeno. Daba exactamente lo mismo, pues el punto no se debía discutir al no tener relevancia para condenar al pago de la pena, de acuerdo al tipo penal establecido por el edicto.

Incluso el *habitor* podría haber estado ausente en el momento de la ocurrencia del hecho, o temporalmente por un tiempo superior, lo que lleva a que una posible relación de causalidad entre el vertimiento o arrojó

³³⁵ “El que hubiere matado con injuria” (“*Ut qui... iniuria occiderit*”, D.9.2.2 pr.); “si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado, o roto alguna cosa con injuria” (“*Si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*”, D.9.2.27.5).

³³⁶ “Está comprendido en ella... el que con dolo hizo...” (“*Verum ille quoque continetur, qui dolo fecit*” D.47.10.11 pr.); “el que hizo la injuria, esto es, el que golpeó” (“*Qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit*”, D.47.10.11 pr.).

³³⁷ Guzmán, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 179.

³³⁸ “It is clear that the *habitor* is made strictly liable for the acts not only of his household but of anyone who happens to be in the house”, Mac Cormack, Geoffrey, “Culpa in eligendo”, RIDA, núm. 18, 1971, p. 548. En el mismo sentido, Guzmán, *La responsabilidad objetiva*, cit., pp. 179 y 180; Marrone, *op. cit.*, p. 516; Floris, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 264; Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 91. Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 80.

³³⁹ Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 441.

dañoso y las actividades del *haborator* fuera inexistente.³⁴⁰ Tanto es así que Ulpiano afirma (D.9.3.1.3) que se aplica el edicto aun cuando se hubiese derramado alguna cosa que estaba colgando, “aunque nadie la hubiere derramado” (*quamvis nemo hoc effuderit*), con lo cual niega la existencia de una acción humana dirigida a verter algún líquido hacia la calle; el *haborator* “è tenuto anche in assenza di un atto”.³⁴¹ Esta última interpretación extensiva no se incluye en las *Institutas* de Justiniano, lo que se puede deber al clima subjetivo del momento.

2. ¿Subjetivación del criterio?

No obstante la *lex Aquilia* en parte alguna menciona la culpa, de la interpretación del término *iniuria*, el criterio de atribución de responsabilidad del *damnum iniuria datum* se consolidó como culpa en sentido amplio, y de naturaleza subjetiva en concepto moderno (capítulo uno, romano II). ¿Podría haber operado un proceso similar respecto al edicto en estudio? A la luz de la regulación actual en los códigos decimonónicos de la hipótesis, la pregunta es del todo necesaria; pero además, obligada en razón de algunos pasajes en las fuentes que aluden precisamente a la culpa.

Ulpiano en D.9.3.1.4 afirma que la acción se da contra el *haborator* “*culpa enim penes eum est*”; Paulo en D.9.3.6.2 señalaba que “*haborator suam suorumque culpam praestare debet*”; y según Gayo en D.44.7.5.5, “*quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi*”. Este último texto es reproducido íntegramente en las *Institutiones* (I.4.5.1).

Como se puede advertir, los textos citados parecieran entender que la razón de la atribución de responsabilidad al *haborator* se encontraba en una conducta culpable, propia o ajena, con lo cual el factor de atribución habría “adquirido” una naturaleza subjetiva, porque en su nacimiento una concepción de este tipo no hubiese tenido cabida. Desde luego porque los *verba edicti*, no dan pie en un principio para una interpretación subjetiva. Pero además, porque a la época de la dictación del edicto, la noción de culpa como criterio subjetivo de atribución estaba recién en formación, por lo que

³⁴⁰ “Incluso el vínculo causal con el daño es débil”, Guzmán, *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 179. Se sanciona al *haborator* sin darle importancia a elementos inherentes a la “possibilità di un rapporto di fatto fra la persona che ha la disponibilità ed il fatto dannoso”, Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1107. “El ilícito pretorio que nos ocupa está única y exclusivamente cualificado por el resultado; no existe, por tanto, relación de causa a efecto entre la conducta del *haborator* y el daño inferido”, Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 97.

³⁴¹ Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1107.

una asociación con ella estaría fuera de contexto. En cambio, la situación de la evolución de la culpa a la época de los juristas citados era muy diferente. Nótese que los textos son de Gayo, Paulo y Ulpiano, o sea, de juristas entre mitad siglo II d. C. y primera mitad siglo III d. C. (los tres incluidos en la “ley de citas”), mientras el edicto lo ubicamos temporalmente en la primera mitad del siglo I a. C. Por lo tanto, los pasajes que aludían a la culpa, constituyen comentarios a la providencia pretoria de al menos dos siglos después. Gayo y Ulpiano son por lo demás autores que representan de mejor manera el arribo de la jurisprudencia romana a la noción de culpa como criterio general de atribución de responsabilidad, en base a la interpretación de *iniuria*.³⁴²

Si Justiniano recogió el criterio subjetivo respecto del delito de daño en las cosas (I.4.3.3; capítulo uno, romano II), no sería ninguna sorpresa que lo hiciese también respecto a otras figuras penales, como en el de *effusis vel deiectis*. La reproducción textual en I.4.5.1 del pasaje de Gayo tomado del Libro III de sus *Res Cotidianae* (D.44.7.5.5) sería una cuestión muy “natural”.

Ahora bien, en los textos citados, hay que distinguir entre la referencia a la culpa del *habitor*, de la alusión a la culpa de terceros, pues el *habitor* respondía de las conductas culposas de terceros, no obstante tal culpabilidad no era relevante, dado que aún sin ella habría tenido de igual forma que responder. Las referencias a las conductas culposas de terceros pueden tomarse simplemente por ende como una de las situaciones en que se le atribuía responsabilidad al *habitor*, entre otras. Algunas veces, podía haber concurrido culpa del *habitor*, pero no era requisito para la procedencia del Edicto según se dijo.

A pesar de lo anterior, dos de los textos citados se refieren a la culpa del *habitor*, y D.9.3.1.4 presenta una redacción que pareciera dar a entender claramente que la culpa es “el” fundamento de su responsabilidad: “*culpa enim penes eum est*”. Las traducciones de la frase no dejan dudas a este respecto: “porque la culpa está en aquél” (García del Corral); “porque aquél es el culpable” (d’Ors); “la colpa, infatti, è presso di lui” (Schipani).³⁴³

³⁴² Gai. 3.211; D.9.2.1. Se debe tenerse presente que las Instituciones de Justiniano “siguen el sistema expositivo de las homónimas de Gayo y su método dialéctico de presentación de las materias”. Guzmán, *Derecho privado romano, cit.*, t. I, p. 57.

³⁴³ A la traducción que hemos usado de base de García del Corral, acudimos asimismo en esta ocasión a la de d’Ors, Álvaro y otros, *El digesto de Justiniano*, citada, y a la de Schipani, Sandro (a cura), *Iustiniani augusti digesta*, citada.

3. Posibles presunciones de culpa del habitator

La referencia a la culpa podría haber constituido de forma simple una explicitación de la idea generalizada que ella se presumía; pero ello es sólo una especulación si no se logra identificar el fundamento de tal presunción, el que hasta ahora no se conoce. Mas, es posible pensar en las siguientes dos hipótesis:

A. Presunción de culpa por “infracción de una debida diligencia”

Si ningún análisis sobre la conducta del *habitator* tenía lugar, ni se exigía prueba de ella, la conclusión “natural” sería que *la culpa se presumía* (ha sido por lo demás la tendencia moderna)³⁴⁴ porque “presuntamente” el *habitator* habría infringido un deber de diligencia. El daño por *effusus vel deiectis* dejaba al descubierto entonces la comisión de la infracción.

Sin embargo, no consta en las fuentes qué diligencia concreta se habría considerado infringida, de manera que toda explicación que hoy demos es a su vez presuntiva. Se pueden buscar elementos generales que le pudieran dar sostén a la idea general que la culpa se presumía por una actuación negligente. Por ejemplo, la dureza de las penas fijadas por el edicto,³⁴⁵ las que se podrían considerar “penas disuasivas” precisamente de negligencias o imprudencias (en general) en las descargas: ante la imposibilidad del pretor de prohibir éstas en razón de su necesidad pública,³⁴⁶ fijó penas más gravo-

³⁴⁴ Señala Guzmán que efectivamente “la doctrina suele subjetivar el tipo, interpretándolo como caso en que se presume la culpabilidad”, en *La responsabilidad objetiva*, cit., p. 179, citando como ejemplo en la doctrina chilena la obra de Arturo Alessandri Rodríguez. Véase nota 837.

³⁴⁵ Mientras la regla general de *lex Aquilia* era el pago del mayor valor del esclavo, cuadrúpedo o res dentro del año o, para las otras cosas, dentro de los treinta días siguientes, se vio que para la acción “*damnum datum*” del edicto de *effusus vel deiectis* la pena ascendía al doble del daño; para la acción “*si homo liber perisse*”, la altísima cifra de 50.000 sestericios; y para la acción “*Si viviet nocturnaque*”, lo que le pareciera *aequo* al juez mas, dadas las anteriores, parece difícil pensar que en la práctica fuesen sólo equivalentes al valor del daño producido, cuando la finalidad original era sancionar y no reparar.

³⁴⁶ En efecto, para evitar daños a los transeúntes, hubiese bastado que el pretor prohibiera verter líquidos o arrojar cosas desde habitaciones en altura, o al menos sancionar la conducta, con independencia que lo vertido o arrojado haya o no causado daño a alguien (esta última es la fórmula utilizada por el Edicto de *positis vel suspensis*). Pero ello no era viable, dada la necesidad para la población de deshacerse de los desperdicios líquidos o sólidos en general, frente a la inexistencia de instalaciones para ello. A lo más, se podía restringir el horario como a continuación se explica.

sas, que llevaran al *habitor* a ser extremadamente cuidadoso en las operaciones de descarga que efectuaba por sí mismo, y a la vez diera instrucciones a los suyos o a quienes habitaban con él en tal sentido. La altas penas habrían entonces pretendido constreñir al *habitor* y a los suyos, a ejecutar tales acciones “con cuidado”, “con precaución”, “con prudencia”, etcétera (es decir, con la debida diligencia). Luego, si hubo daño, fue porque en la práctica se actuó negligentemente.

Pero si bien ideas como las precedente son razonables, lo concreto era que así como el demandante no debía probar la culpa, tampoco el demandado se podía eximir de responsabilidad probando la inexistencia de culpa personal o de terceros. De manera que aun cuando fuese auténtico el pasaje, y sea cierto que “el habitante tiene culpa por definición... parece ser una presunción irrefutable de culpa. Esto nos lleva a una *responsabilidad objetiva*, o por lo menos a una *responsabilidad por el hecho ajeno*”,³⁴⁷ dado que la presunción era de derecho.

Una ulterior dificultad dice relación con la circunstancia que si el *habitor* respondía por culpa, ésta debía concurrir a pesar que no haya tenido el *habitor* participación en el vertimiento o arrojado con daño. Podía ocurrir que el *habitor* ni siquiera estuviera presente. De ahí que algunos juristas interpretaran que había culpa, pero en una actuación anterior o coetánea. A partir del comentario de Paulo en D. 9.3.6.2, en cuanto a que el habitador debía responder de la culpa de los suyos, podría afirmarse, con una visión decimonónica, que “evidentemente aquí subyace el criterio de la *culpa in eligendo* —la responsabilidad por acto de tercero—, que se erige en criterio de responsabilidad en época bizantina”.³⁴⁸ Lo mismo valdría para D 44.7.5.5 e I.4.5.1.

Sin embargo, “cercare una «colpa per mancata vigilanza» o «per scelta poco diligente» delle persone con le quali si abita nella casa in conseguenza delle condotte delle quali può essere accaduto l’evento, è sbagliato”.³⁴⁹ Sin dudas ocurrirían situaciones en las que pudo haber algún descuido en las personas que se dejaron entrar al inmueble bajo tenencia o no se llevó adelante el control que correspondía de las actividades de los moradores, pero no en todos los casos. De igual manera, podría haber sido extremadamente diligente el *habitor* en la elección o vigilancia, haber ejecutado una diligencia que sólo tienen los hombres superiores; mas, de nada le habría servido,

³⁴⁷ Wallinga, Tammo, *Effusa vel deiecta in Roma y Glasgow. De Roma al derecho moderno*, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Alfonso Murillo Villar Burgos (coord.), 2001, p. 910.

³⁴⁸ Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 71.

³⁴⁹ Schipani, Sandro, *Rileggere i Digesti: contributi romanistici*, cit., p. 1077.

pues no le era admitida la prueba de su falta de culpa, resultándole imposible la eximición de responsabilidad.

Una culpa presumida por infracción a la debida diligencia se debe por tanto descartar.

B. *Presunción de culpa por “infracción de ley”*

Se podría también pensar en una posible presunción de culpa por “infracción de ley” (en sentido amplio), ya sea del *habitor* o por parte de terceros. ¿Cómo habría tenido lugar respecto al edicto en análisis? Las fuentes a disposición dan a conocer la posibilidad que existieren normas de policía que regulaban las descargas, cuya contravención habría constituido una conducta culpable (*culpa contra legem*).

Paulo, en D.9.3.6.1 reproduce la opinión de Labeón, quien sostenía “que tiene lugar este edicto, si se arrojó alguna cosa de día, no de noche”. Paulo manifiesta su desacuerdo, pues “por algunos lugares se pasa de noche”. Esta discordancia de opiniones tiene dos siglos de diferencia, y enfrentan a un jurista que abre la época clásica alta y otro que cierra la clásica tardía. ¿Qué pudo haber cambiado en el intertanto?

El vertimiento o arrojado de desperdicios a la calle, acarrea un segundo inconveniente: debían ser removidos. Este “servicio de aseo” era efectuado mediante carros tirados por animales. Ello consta en la *Tabula Heracleensis*, que en sus líneas 66-67, expresaba: “por prevención, esta ley no quiere (prohíbe) que los carros de bueyes o los carros de burros sean conducidos en la ciudad de noche ya sea para salir vacíos (descargar) o recoger el estiércol (inmundicia), sea dentro de la ciudad de Roma o a una milla de ésta, después de salida del sol (desde el alba) hasta la décima hora del día”.³⁵⁰

Con independencia del problema de la autenticidad de esta fuente,³⁵¹ lo importante es que hay antecedentes de que habría existido una norma de policía, conforme la cual las descargas de desperdicios hacia la calle estaban

³⁵⁰ “*Quae plostra noctu in urbem inducta erunt quominus ea plostra inania aut stercoris exportandei causa / post solem ortum h(or)is X diei bubus iumentisve iuncta in u(r)be R(oma) et ab u(r)be R(oma) p(assus) M esse liceat e(ius) h(ac) l(ege) n(ihil) r(ogatur)*”.

³⁵¹ Sobre esta Tabula, existen algunas controversias entre los estudiosos. Así, ha sido identificada con la *Lex Iulia Municipalis*. Bravo Jiménez, Salvador, haciendo referencia a la *Lex Iulia Municipalis*, afirma que “de esta ley conocemos amplios fragmentos recogidos en la llamada *Tabula Heracleensis vulgo lex iulia municipalis*”, “La vivienda como reflejo de la sociedad urbana hispanorromana”, *Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, U. de Barcelona, vol. VII, núm. 146(002), 2003, p. 8. Rodríguez Neila, Juan Francisco, señala en cambio que “durante algún tiempo fue erróneamente identificado con la *Lex Iulia Municipalis*

prohibidas en el día y permitidas en la noche. Por ende, el daño habría sido contra derecho (*iniure*), sólo cuando hubiera tenido lugar en el transcurso de la jornada diurna, por lo que, aunque el edicto no exigía *iniuria*, a Labeón le parecía inaplicable de noche. En el fondo, este jurisconsulto habría estado resguardando ciertas horas del día para acometer la necesaria labor higiénica.

Si disposiciones de policía como la citada ya no existían a la época de Paulo, las descargas en la noche resultaban tan contraproducentes como las efectuadas en el día, por lo que a los ojos de este jurista, el edicto resultaba igualmente aplicable, cualquiera fuera la hora en que el daño tuvo lugar.

Si bien esta culpa derivada de infracción a una norma de policía podría constituir una manera de sostener la culpabilidad como criterio de atribución del edicto, resulta poco segura.

Primeramente, aunque podrían haber coincidido, parece que el edicto es de fecha anterior, por lo que no habría sido dictado teniendo presente la *Tabula Heracleensis* o una disposición similar. De lo contrario sería de hipotizar que alguna referencia al tramo horario prohibido de verter o arrojar el pretor hubiese incluido en los *verba edicti*. Desde esta perspectiva, la *Tabula Heracleensis* podría haber quizás influido en las interpretaciones del edicto, modificando un tanto su sentido, lo que es distinto a haberse tenido como antecedente; mas, hablar de modificación, significa suponer que la concepción inicial era otra: objetiva y no subjetiva. En todo caso, no habiendo seguridad en la fechas, estamos sólo en el plano de las conjeturas.

En segundo lugar, la interpretación de una *culpa contra legem* no tiene una ratificación expresa en las fuentes. Sólo tenemos entre manos la opinión de Labeón, que no se refiere de forma explícita a normas de policía como las de la *Tabula Heracleensis*. Sólo se ha explicado la opinión de Labeón a través de ésta y su contexto, sin tener otras referencias posibles a infracciones de disposiciones administrativas. Ello no significa que no hayan existido, pudiendo los compiladores haberlas eliminado por no corresponder al ordenamiento “legal y administrativo” bizantino. Empero, lo único seguro, es que hasta nuestros tiempos noticias como las señaladas no pervivieron.

atribuida a César”, “Cuestiones entorno a la censura municipal romana”, *Gerión*, núm. 4, 1986, Universidad Complutense de Madrid, p. 74.

En cuanto a la fecha de dictación, “no está clara la cronología de la citada Ley y algunos la llevan a tiempos de Cayo Julio César”. Bravo Jiménez, Salvador, *La vivienda*, cit., nota 5. Crawford establece un periodo amplio dentro del cual se pudo dictar: entre los años 80 y 43 a. C., *Roman Statutes*, cit., pp. 355-391, núm. 24. La tendencia es ubicarla hacia los años 45-43 a. C., Rodríguez Neila, *op. cit.*, p. 74; Bravo Jiménez, Salvador, “Notas sobre aculturación romana. Integración, asimilación y municipalización en Provincia Hispania Ulterior”, *Étaphoros*, núm. 4, 2002, p. 158; de Martino, *Nota sulla Lex Iulia Municipalis*, *Scritti di Diritto Romano*, I Diritto e Società nell’antica Roma, Roma, 1979, pp. 339-356.

4. Negación de la autenticidad de los textos que aluden a la culpa

Lo que ha generado el problema, son los textos supérstites en las fuentes que aluden a la culpa. Por tanto, un vía simple de solución a cualquier dificultad, es negando autenticidad, al menos parcial, a D. 9.3.1.4 y D.9.3.6.2.³⁵² Esta postura implicaría reconocer que de inicio el edicto introdujo un caso de responsabilidad objetiva y que se transformó en un caso de responsabilidad subjetiva, siendo en este estado recepcionado por el derecho justinianeo.

Al margen de las críticas que se puedan efectuar a D.9.3.6.2, este último pasaje ha servido sólo a la romanística para reforzar la idea de D.9.3.1.4, y ratificar consiguientemente la posible incorporación del criterio subjetivo de atribución de responsabilidad. Ello porque su lectura aislada sugiere que Paulo afirmó una cosa distinta. En efecto, es muy distinto decir “el habitante debe responder de su propia culpa y de la de los suyos” (“*habitor suam suorumque culpam praestare debet*”), que es en forma parcial verdadero, a señalar que “sólo se debe responder por culpa propia o ajena”. Paulo afirma lo primero, pero no lo segundo; es decir, Paulo no niega que se responda aunque falte la culpa propia o ajena. Como dice Gayo (D.44.7.5.5), quizá “la mayoría de las veces” había alguna conducta que se le podría reprochar al *habitor* o a quienes moraban o se hospedaban con él, al momento en que se producía el daño, pero otras veces podría no concurrir. Esta última posibilidad no es negada. La diferencia es destacada por la romanística.³⁵³

Este matiz en el comentario de Paulo hace que, por sí sólo, no pueda llevar a dudar acerca de la naturaleza objetiva del criterio de atribución de responsabilidad en el edicto, cuestión que cambia si se relaciona D.9.3.6.2 con D. 9.3.1.4. Es decir, D.9.3.6.2 no tiene la fuerza de hacer cambiar el fundamento de atribución de responsabilidad por sí mismo, en vista de lo cual, aceptarlo como auténtico no provoca mayor problema. Por esta razón, en las líneas que siguen, concentro la atención en D.9.3.1.4.

³⁵² Gimenez-Candela afirma, a propósito de D.9.3.6.2, que “en realidad, la mención de la *culpa* en éste y en el texto anterior (D. 9.3.1.4), difícilmente se puede deber a Paulo y Ulpiano, respectivamente”. *Los llamados*, cit., p. 77. Longo señala que en D.9.3.6.2, en lugar de *culpa*, “forse si parlava di *factum*”. *I quasi delicta*, cit., p. 469. Albertario, Emilio, entiende D.9.3.6.2 interpolado. “Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’art. 1097 del Codice Civile”, *RDCom.*, núm. 21, I, 1923, p. 507, nota 1.

³⁵³ Así, Mac Cormack, *op. cit.*, p. 548.

Es larga la lista de autores que advierten que estamos ante un pasaje manipulado, negándole autenticidad parcial o total.³⁵⁴ Mas, no existen certezas de que así haya sido. Además, aun cuando fueran efectivas una o más inserciones o cambios a los textos originales, no es posible saber si la autoría pertenece a los compiladores, o bien a ellos llegaron en tales condiciones producto de intervenciones posclásicas.

En D.9.3.1.4. están los dos textos relevantes sospechosos: “*culpa enim penes eum est*”, ya citado, y “*nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget*”.

Este último, más allá de las doctas opiniones de los romanistas que le niegan autenticidad, constituye un texto que confronta la responsabilidad del *habitor* con la regla general de la *lex Aquilia*, confirmando el criterio objetivo de atribución de responsabilidad de aquél. En efecto, D.9.3.1.4 alude a la acción “*damnum datum*” del edicto, la cual como se vio en el acápite 1 de este capítulo, estaba íntimamente emparentada con la regla general de responsabilidad por daño de la *lex Aquilia*. El jurista entonces aclaraba dónde radicaba la diferencia esencial entre la acción por el daño del edicto de *effusis vel deiectis* y la acción aquiliana: “*nec adicitur culpae mentio vel infitiationis*”. Ulpiano se estaba refiriendo a la fórmula de la acción, pero su comentario no fue formal, sino de fondo. El que no se añadiera mención de culpa o de negativa, implicaba que la concurrencia o no de culpa no entraba en el debate, no era objeto de análisis por parte del juez, quien condenaría al *habitor* por ser tal, al margen de toda culpabilidad. Agregaba el jurisconsulto, para reforzar aún más la idea, que la acción de *damnum iniuria datum* exigía análisis de la concurrencia o no de culpabilidad (para que tuviera lugar el requisito de la *iniuria*), lo que constituía la diferencia radical con el edicto de *effusis vel deiectis*.

Por tanto, no obstante las diversas críticas encontradas al texto *Nec adicitur – exiget* de D.9.3.1.4, me parece más bien verosímil y lógico pensar en su autenticidad,³⁵⁵ pues está en plena concordancia con los *verba edicti*.³⁵⁶

³⁵⁴ *Index Interpolationum*, 117, frase *Culpa - est* Schulz; frase *Quamvis-exiget* Rotondi (Scritti, II, 386 nt 2). Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 440. Aràngio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Nápoles, 1984, p. 377, nota 2. Albertario, *Le fonti*, cit., pp. 506 y 507.

³⁵⁵ Serrao, contestando a Rotondi su crítica interpolacionista, señala precisamente que a pesar del defecto formal, “riconosciuta la paternità ulpianea della frase *Nec adicitur – actio*, il richiamo all’*actio damni iniuriae* appare naturale”. *Impresa*, cit., p. 124, núm. 14.

³⁵⁶ Hago mías las palabras de Giménez-Candela: “a nuestro modo de ver, la crítica es excesiva, pues se puede rechazar la expresión del razonamiento probablemente retocado por los Compiladores, pero no se puede negar que el pensamiento que subyace es diferenciar el supuesto contemplado en el edicto de *effusis* de posibles supuestos afines castigados por la acción de la ley *Aquila* —pues ésta sería una de las novedades del edicto que más atrajo la atención

Más compleja es la situación de la frase de D.9.3.1.4 “*culpa enim penes eum est*”, la cual “ha sido tradicionalmente reputada espuria por la crítica interpolacionista”.³⁵⁷ Tanto que autores como Serrao dan por cerrada la discusión de su no autenticidad, quien afirma sobre el particular: “la motivazione *culpa enim penes eum est*, come da più parti è stato rilevato, no è di Ulpiano: essa è in contrasto con l’editto, dove l’azione è data contra l’*habitor* esclusivamente in base alla sua posizione oggettiva”.³⁵⁸

Aceptar la crítica interpolacionista como verdadera, implicaría como dije liberar a D.9.3.1.4 de cualquier relación del edicto con la culpa como criterio de atribución de responsabilidad, ratificando que en derecho clásico el *habitor* respondía del daño causado a un transeúnte, ya sea a su persona o a sus bienes. Empero, significa aceptar que las inserciones postclásicas o compilatorias al texto, habiéndose hecho de forma intencional, tuvieron por finalidad la modificación de la naturaleza del criterio de atribución, con lo cual, en derecho justiniano, la figura del *effusus vel deiectis* se fundaría en la culpa del *habitor*, ya sea por falta de diligencia en las propias actividades, o en la vigilancia o elección de quienes residen con él o ingresan a su casa. Como esta culpa no se tendría que probar, se trataría de una presunción de culpa.

De esta manera, la afirmación que el texto de D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) no hacía en derecho clásico referencia a una posible culpa del *habitor*, no resuelve la cuestión, sino que sólo traslada la problemática al derecho justiniano.

En efecto, si el texto del edicto finalizaba con la frase “*si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere*”, significa que los *verba edicti* que hemos recibido disponían que si la conducta de verter o arrojar con daño era realizada por un siervo, el *habitor* podía entregarlo al demandante, liberándose del pago de la *litis aestimatio*. La contradicción entonces con D.9.3.1.4 (y de paso D.9.3.6.2) sería evidente: si el *habitor* respondía por *culpa* (presunta), basada en una falta de diligencia propia o en una falta

de los juristas—, y en este sentido, el final del texto nos parece que puede ser mantenido”. *Los llamados*, cit., pp. 76 y 77.

³⁵⁷ Así, Arango-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, 1927, p. 250; Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 439; Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 92; Segré, Gino, “Sull’opera scientifica di Giuseppe Unger”, *RDC*, 1914, p. 505, Albertario, *Le fonti*, cit., p. 507; Stein, “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, *RIDA*, núm. 5, 1968, p. 565; Provera, voz “actio de effusus et deiectis”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, 1957, t. I, p. 261.

³⁵⁸ *Impresa*, cit., p. 124. En nota núm. 14, cita Albertario, Arangio Ruiz y Segré (nota anterior), sumando a Schulz, Rotondi, Palazzo y Krüger.

de vigilancia o errónea elección, no podría haber tenido la posibilidad de dar en noxa al esclavo.³⁵⁹ El culpable habría sido precisamente el *habitor*, no otro sujeto.

Buena parte de la romanística ha sostenido que “alguien”, en el derecho postclásico o bien por los compiladores, introdujo en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) la referencia a la culpa. Luego, estos últimos, o no se dieron cuenta de la contradicción generada por la intervención sufrida del texto que llegó a sus manos, o bien intervinieron el pasaje con plena conciencia de ella. Lo primero resulta muy poco creíble; y lo segundo, en lo absoluto descartable, más aún si sumáramos la opinión de los que creen que la última parte del edicto también constituye una interpolación, debiendo concluirse que las modificaciones fueron para generar un caos total.

Si de verdad los compiladores hubiesen creído que el *habitor* respondía por culpa, se puede conjeturar de forma razonable que la intervención debiera haber sido mayor. ¿Qué sentido habría tenido mantener como caso especial el *Edicto de effusis vel deiectis*, cuándo se podría haber otorgado la acción directa de la *lex Aquilia*? Efectivamente, los compiladores se habrían encontrado de frente a un caso más de *damnum iniuria* (culpa) *datum*. Por tanto, lo lógico habría sido que incorporasen el edicto dentro del título II del libro IX del Digesto.³⁶⁰ Mas, no sólo no lo hicieron, sino que la figura continuó considerada como diversa al delito de daños, dentro de la categoría de los cuasidelitos.

Más aún, el comportamiento de los compiladores nos entrega el único punto cierto en la materia: para I.4.5.1, de total producción justiniana,³⁶¹ se toma como base el texto de Gayo de D.44.7.5.5, que no hacía ninguna referencia a una culpa directa o presunta del *habitor*. Si los compiladores intervinieron D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2), no se ve el motivo para que no hubie-

³⁵⁹ En este sentido, Serrao, *Impresa, cit.*, p. 207.

³⁶⁰ D.19.2.11 pr permitiría fundar una solución como ésta. El pasaje se reproduce en materia de contrato de arrendamiento, y plantea el problema de si el arrendatario responde de la culpa de los esclavos como de aquellos que hubiera introducido en la casa, a nombre propio, esto es, “como por propia culpa” (*quasi ob propriam culpa*), o a nombre ajeno (si es a nombre ajeno, podría precisamente entregar los esclavos en noxa, limitando su responsabilidad, o bien tendría derecho a que se le cedan las acciones para actuar contra los que introdujo, culpables del daño al arrendador). Ulpiano, siguiendo el parecer de Pomponio, fue de la opinión que respondía “en su propio nombre... si comete culpa al admitirlos” (*praestet suo nomine... si tamen culpam in inducendis admittit*). Por tanto, la situación admitiría el ejercicio de la acción directa conforme la *lex Aquilia* por concurrir *culpa in eligendo*.

Afirmé “permitiría”. Véase Fercia, *Criteri, cit.*, p. 65.

³⁶¹ Las *Institutiones* tendrían como autor a Doroteo, según interpretación de Falcone. Véase la posición y análisis en Fercia, *op. cit.*, p. 28, en especial nota 18.

sen incluido en I.4.5.1 la frase “*culpa enim penes eum est*”, lo que sería menos entendible si se le atribuyese también a los compiladores la frase de Alfeno en D.9.2.52.1.³⁶² Es más, I.4.5.1 sólo alude a que la mayoría de las veces se responde por la culpa de un tercero, pero no incluye referencia alguna a una culpa del *habitor*. Me parece que esto atenta de forma directa contra la idea de que los juristas tardo antiguos hayan creído verdaderamente en que la figura se fundaba en la culpa del *habitor*.

En definitiva, por muchos argumentos formales y de fondo que los autores hayan dado para sostener la interpolación de D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2), a lo único que se llega es a una contradicción inexplicable.

5. La alternativa de leer diversamente “culpa” en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2)

Una alternativa distinta para superar la cuestión es descartar que la referencia a la culpa en D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) sea producto de una interpolación, debiendo asumir una interpretación diferente frente a ellas. En el fondo, lo que se propugna es no leer “culpa” donde dice “culpa”, sino una cosa diversa, o sea, dándole una interpretación menos dogmática a los pasajes.³⁶³ Asimismo, efectuar la lectura teniendo presente que fueron escritos

³⁶² Este pasaje contiene de forma exacta la misma frase: “*culpa enim penes eum est*”. Algunos autores han visto en ésta una frase introducida a posteriori, negando entonces la autoría a Alfeno. Así, Kunkel, Wolfgang, “Exegetische Studien zur aquilischen Haftung”, *ZSS*, núm. 49, 1929, p. 164. Albertario, en el contexto de su tesis que la responsabilidad *ex lege Aquilia* era objetiva (por actuación *non iure*), transformada en subjetiva por falta de diligencia, entiende “gravemente alterati” con tal objeto diversos pasajes, entre ellos D.9.2.52.1. *Le fonti*, cit., pp. 506 y 507, nota 4. Rodríguez-Ennes rechaza tales críticas, *Notas sobre el elemento subjetivo*, cit., p. 93.

Para la apreciación del sentido en D.9.2.52.1, se debe tener presente que la frase se refiere a la víctima del daño y no al hechor, y a efectos de establecer si éste ha actuado con *iniuria* o no. Por tanto, el demandado no habría tenido una conducta injusta, porque la culpa estaba en la víctima, eximiéndole de responsabilidad. En el texto, “appare che la *culpa* non esprime certo né la causa, né l'imputabilità, né la colpevolezza ecc. del risultato dell'altrui condotta; *culpa* individua la caratteristica della situazione in cui si trova il soggetto in quanto tiene una condotta riprovevole, che, mentre può da un lato renderlo responsabile dei danni che arreca, dall'altro lato può giustificare una reazione, cioè far venir meno il requisito dell'*iniuria* nella condotta di un altro soggetto diretta contra di lui”, Schipani, *Responsabilità*, cit., pp. 173 y 174.

³⁶³ “Non sono del tutto convinto della necessità di considerare non genuina l'utilizzazione del termine *culpa* in D.9.3.1.4 [...] e D. eod., 6.2 per sostenere la responsabilità *oggettiva* dell'*habitor* nelle azioni basate sull'editto *de effusis vel deiectis*; potrebbe forse essere sufficiente cercare di interpretare il termine in un senso diverso da quello (dogmatico) con cui siamo abituati a ragionare”. Balzarini, Marco: Gimenez-Candela, *Los llamados*, cit. p. 150.

en época clásica, pero leídos y compilados en Bizancio, conforme la cultura del siglo VI d. C.

Así, Rodríguez-Ennes da cuenta que de las investigaciones literarias y jurídicas realizadas, “se infiere claramente que es un hecho innegable la clasicidad del término, en el sentido de ‘acción culpable’ o ‘imputable’”. Por ello, de una parte, “la introducción de la referencia a la *culpa* no obsta en modo alguno a la pureza de los textos, cuya progenie clásica” le parece evidente al autor; de otra, la *culpa* “tal como es utilizada en el texto que nos ocupa [...] declara la autoría de un sujeto sin que aparezcan ulteriores reflexiones sobre su comportamiento”. De esta manera, además de salvar la autenticidad del texto, se entiende el por qué “Ulpiano emplea la expresión *culpa*” que la autorizada romanística tiene por imposible: sólo “se limita a señalar la responsabilidad objetiva en que había incurrido el *habitor* dejando al margen cualquier tipo de valoración psicológica y limitándose única y exclusivamente a la búsqueda de la pura imputabilidad”.³⁶⁴

Creo que el camino precedente es el correcto, frente a la historia del desarrollo del derecho romano. Cuando se dictó el Edicto, los juristas no manejaban la noción de “criterios de imputación”. Es más, ni siquiera está presente en la compilación justiniana. Asimismo, la culpa aparecía como uno de varios términos a los que se recurría para atribuir responsabilidad. Posteriormente, el término en torno al cual la jurisprudencia vertió la idea de criterio de imputación fue el de culpa, lo que es más o menos claro a la época de Ulpiano, pues ya con Gayo se advierte la referencia a la noción de culpa como un criterio general de atribución de responsabilidad (Gai. 3.211; I.2.); es decir, culpa se entiende como sinónimo de criterio de imputación en este tiempo. Y estamos hablando de unos años antes de Ulpiano, por lo tanto éste debió manjar la misma noción, al igual que Paulo.

De esta manera, cuando Ulpiano afirmaba en D. 9.3.1.4 “*culpa enim penes eum est*”, no estaba expresando que ‘el *habitor* responde por culpa’, sino que ‘al *habitor* se le atribuye el daño’, o ‘la responsabilidad es del *habitor*’, o si se prefiere, ‘la responsabilidad está en el *habitor*’. Esta es la lectura que me parece más verosímil del pasaje, si aplicamos las categorías conceptuales de nuestros tiempos.

Esta lectura no sólo soluciona el problema de la contradicción, en cuanto a que no concurriendo efectiva culpa del *habitor* no existía inconveniente alguno para que el *dominus* pudiera entregar al esclavo en noxa, sino que resulta ser la más natural para la época, pues aflora de las mismas fuentes miradas en su conjunto. Asimismo, luego de la “destrucción” de los textos,

³⁶⁴ *Notas sobre el elemento subjetivo, cit.*, pp. 93 y 95.

evita efectuar “reconstrucciones” que pueden aparecer fundadas, pero que en definitiva, resultan ser meras conjeturas, que sólo nos llevan a un espiral interminable de teorías, que ya son tantas.

Lo expuesto en precedencia es reforzado a mi juicio por la teoría de Riccardo Fercia del “color de culpa”, que más adelante trato y a la que me remito, conforme a la cual “*aliquatenus culpa*” en I.4.5.3 (D.44.7.5.6) no es verdadera culpa, descartándose que se haya tratado de una *culpa in eligendo* como tradicionalmente se suele citar. O sea, Fercia reafirma lo dicho en cuanto a que no siempre donde dice “culpa” se debe leer efectivamente “culpa”.

La existencia de referencias en los textos a la culpa, que no corresponden al concepto de culpa propia y verdadera, sería en todo caso posible advertirla en el uso de otras expresiones similares, como en D.19.2.11 pr.³⁶⁵

Ahora bien, retomando D.9.3.1.4, señalemos que si el término “culpa” no estaba usado en este pasaje en sentido técnico, sino indicando a quien se le atribuía la responsabilidad, significa que no había impedimento para que el *habitor* pudiera entregar el esclavo en noxa y la contradicción desaparece. De hecho, a la misma conclusión se arriba desde la perspectiva de la teoría del “color de culpa” de Fercia. Es decir, la posibilidad de entregar el esclavo culpable en noxa perfectamente puede concurrir con la idea de ‘*culpa in habendo/utendo*’, no así con una *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

6. No tuvo lugar una subjetivación sobreviniente del criterio de atribución

La exposición anterior ayuda a delinear algunas observaciones particulares interesantes en vistas a dar respuesta a la interrogante planteada, a saber:

- i. Si los autores que propugnan que el texto de D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) fue interpolado tuvieran razón, no significa ello de forma obligatoria que la modificación haya tenido por objeto introducir “la culpa”

³⁶⁵ Véase nota 360. Con independencia del parecer final de Ulpiano en D.19.2.11 pr, Voci advierte la existencia de una relación entre las citadas expresiones, las cuales constituyen una “giustificazione che acenna a qualche cosa come la colpa: *quasi ob propriam culpam...* e l’espressione corrispondente a quella che Gaio (*Res cottidianae*) usa ad altro propósito: *aliquatenus culpae resu est*”, *Diligentia, Custodia, Culpa. cit.*, p. 116. En ambos casos, entonces, “quasi” y “*aliquatenus*” cumplían la tarea de advertir que no concurría culpa como criterio de atribución de responsabilidad. Ésta se imputaba “como” si hubiera culpa, o porque “hasta cierto punto” se puede tener al sujeto culpable, pero no porque en realidad el responsable haya realizado alguna conducta reprochable susceptible de ser calificada como culpa.

- como criterio subjetivo de atribución de responsabilidad. Perfectamente la inserción de culpa pudo tener un sentido distinto, como I.4.5.3 deja entrever: en derecho clásico la responsabilidad habría sido objetiva, y en derecho post clásico y justiniano, objetiva-subjetivada. Por tanto, en ambos casos y en ambos momentos, compatible con el régimen de la noxalidad.
- ii. El texto de I.4.5.3 dice relación con la responsabilidad por el hecho ajeno, y la duda que del pasaje emerge es si se transformó en una responsabilidad por el hecho propio, como *culpa in eligendo*. Si a la luz del análisis de Fercia la *culpa in eligendo* ni siquiera fue introducida en I.4.5.3, no se ve razón para pensar que se modificó D.9.3.1.4 (y D.9.3.6.2) para establecerla de forma expresa.
 - iii. Como señalé, el pasaje de I.4.5.3 tiene como respaldo el texto de Gayo D.44.7.5.6. Con el edicto *effusis vel deiectis* sucede todo lo contrario, pues la expresión de D.9.3.1.4 (o de D.9.3.6.2) no fue incorporada en I.4.5.1, haciéndose alusión en este pasaje sólo a que la mayoría de las veces se responde por una culpa ajena.
 - iv. Conforme a ii e iii, en I.4.5.1 no sólo no se reproduce la expresión “*culpa enim penes eum est*” contenida en D.9.3.1.4 y D.9.2.52.1, sino que ni siquiera se atreven los juristas a hablar de una “*aliquatenus culpa*” o de un “color de culpa” o “*quasi ob propriam culpa*” del *habitor*. Esto último, a pesar que los compiladores tuvieron conciencia de la diferencia entre “un criterio soggettivo di responsabilità, come la *culpa in eligendo*, ed uno meramente ‘soggettivizzato’, quale la *culpa in habendo*”.³⁶⁶

De este modo, creo bastante equilibradas las palabras de Mc Cormack, cuando afirma que “there is no reason for attributing such a justification to the compilers rather than to the late classical jurists”,³⁶⁷ pues efectivamente no se advierten cambios sustanciales en la atribución de responsabilidad del *habitor* entre el derecho justiniano y el derecho clásico.

Si se piensa bien, de cara a la crítica interpolacionista, las alternativas ante la frase “*culpa enim penes eum est*” en D.9.3.1.4 son en definitiva sólo tres: o es auténtica; o es una inserción postclásica; o es una inserción de los compiladores. En los tres casos, si se hubiera tratado de culpa propiamente tal, sería contradictoria con la noxalidad (capítulo segundo, romano I, núm. 3).

³⁶⁶ Fercia, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

³⁶⁷ *Op. cit.*, p. 548.

En cambio, si hubiera tenido un sentido diverso a culpa propiamente tal, en los tres casos, no se produce contradicción alguna.

Luego, si en lo particular fue obra de un interventor postclásico, en el sentido de culpa propiamente tal, a pesar de la contradicción que habría significado, se puede afirmar a la luz de I.4.5.1, que el criterio subjetivo no fue seguido por los compiladores; es decir, estos no tomaron en cuenta la intervención. Por lo mismo, la alternativa que finalmente resulta con menos sentido es que la frase haya sido introducida por los compiladores.

Me resulta muy poco creíble por tanto cualquier opción que pretenda sostener que la expresión “*culpa enim penes eum est*” contenida en D.9.3.1.4 tuvo el sentido de culpa propia y verdadera. Es decir, que *culpa* signifique “culpa” en el pasaje. La lectura debió ser entonces otra. Los aportes de Rodríguez-Ennes y Fercia son relevantes en esta línea; y aunque se aproximan al problema desde ángulos distintos, pienso que la idea de culpa como simple ‘atribución de responsabilidad’ del primero y la idea de *culpa in habendo* del segundo, no son sustancialmente distintas.

Una de las grandes contribuciones del derecho romano fue precisamente la noción de la culpa, no sólo como “criterio general de atribución de la responsabilidad”, sino como “el” criterio. ¿Por qué se debe responder? Un jurisconsulto de fines de la época clásica, postclásico y, sobretodo, justinianeo, no entendería por qué nosotros hablamos de “criterios de atribución de responsabilidad”, en plural (sin perjuicio que tampoco entendería ‘responsabilidad’), si sólo existe la culpa. Menos, que se distinga entre criterios “subjetivos” u “objetivos”, pues ni siquiera había un criterio subjetivo, sino simplemente “la culpa”.

Los juristas de fines del periodo clásico y posclásico se encontraron frente a figuras, como la del *habitor* o la del *exercitor*, que eran sancionados sin que concurriese culpa ¿Cómo imputarles responsabilidad sin culpa, si era ésta la que significaba “imputación”? La respuesta fue expresar la atribución de responsabilidad en términos “relacionados” a la culpa: “*aliquatenus culpae*” o “*quasi ob propriam culpam*” o simplemente “*culpa enim penes eum est*” (desechada esta última en las Institutas, porque podría haber hecho pensar en una efectiva culpa). Estas expresiones fueron entonces la manera de expresar la “atribución de responsabilidad”, pero sin dar cuenta de la presencia de culpa propiamente tal y en ninguno de sus grados.

Para efectos expositivos y mejor entendimiento, la cuestión se puede describir bajo las categorías de “culpa efectiva” y “culpa imputación”. La primera, constituye un concepto de fondo, pues identifica la existencia de una conducta social y jurídicamente reprochable, pudiendo presentarse en general como simple culpa, o bien especificada, como resulta ser la culpa

in vigilando y la culpa in eligendo. La “culpa imputación” en cambio, sólo comporta un concepto instrumental, dirigido a atribuir responsabilidad en el caso particular.

En conclusión, no importa si los textos de D.9.3.1.4 y D. 9.3.2.6 son clásicos o fueron interpolados, pues en uno y otro caso, las referencias a la culpa no fueron utilizadas como “culpa efectiva”, sino sólo como “culpa imputación”. Por tanto, la naturaleza jurídica de la responsabilidad del *habitor* nació como objetiva y se mantuvo con tal naturaleza hasta la compilación justiniana inclusive.

III. RESPONSABILIDAD DEL *HABITATOR* POR EL HECHO AJENO:

EXCEPTIO NOXALIS Y ACCIÓN DE REGRESO

El *habitor* respondía en su calidad de tal, con independencia de quien haya vertido o arrojado, causando daños al demandante, lo que permitía el ejercicio de la respectiva acción, sin que se exigiese identificar al autor del hecho, o con independencia que en un caso particular fuese individualizado. Pero si esto último ocurría, ¿podía el *habitor* trasladar o limitar el perjuicio patrimonial que el pago de la pena le significaba?, ¿con qué alternativas contaba para ello antes o después de la condena?

Las respuestas dependerán de la calidad del hechor: se podía tratar de un esclavo, un *filiusfamilias* (u otro integrante miembro de la familia sometido a la potestad del pater), por una parte; o bien de un tercero absoluto o un sujeto con el cual se tuviese algún vínculo contractual, por otra.

Si el hechor era un *filiusfamilias* o un *servus*, surge necesariamente la cuestión de la facultad del *paterfamilias* o *dominus* respectivamente, de recurrir a la *noxae deditio* a fin de limitar su responsabilidad. Sin embargo, en materia de edicto de *effusis vel deiectis*, la noxalidad ha sido una cuestión muy debatida entre romanistas, y es la problemática que se trata luego en detalle.

Si el hechor era un tercero absoluto que por diversas circunstancias fácticas estuviera presente en el lugar, procediendo a verter o arrojar, o bien un arrendatario u otra persona que gozara de un título y que en tal calidad ejecutase el hecho dañoso, no concurría ningún vínculo de dependencia que admitiera ni una acción noxal ni la *noxae deditio* del *habitor* en favor del demandante. Con ello la limitación de la responsabilidad del demandado resultaba imposible. La solución al parecer fue una transferencia de los efectos patrimoniales negativos a través de acciones de regreso, lo que se expondrá en el número cuatro final.

1. Planteamiento de la problemática de la *exceptio noxalis*

La noxalidad en materia de responsabilidad del *habitor* por *effusis vel deiectis* es un tema que se ubica al centro del debate de los *verba edicti* a propósito de la acción *si servus vel filius fecisse*, en razón de la frase “*si servus - aut noxam dedere*” con que finaliza D.9.3.1 pr. Aunque, si el edicto nada hubiese señalado, el estudio de la posibilidad que tuvieran cabida en este edicto las acciones noxales habría sido obligado, dado que el régimen noxal se reconoce como una de las características de las acciones penales privadas en derecho romano.³⁶⁸

Ahora bien, si al *habitor* se le demandaba por ser tal, es decir, por una calidad de hecho propia y no por un hecho ajeno, ni el *dominus* ni el *paterfamilias*, como *habitor*, se habrían podido liberar (o limitar) de su responsabilidad por el hecho del *servus* o del *filius* respectivamente, consistente arrojar o verter con resultado dañoso. Ello porque no se les demandaba ni condenaba por el hecho de haber dañado arrojando o vertiendo, sino por ser *habitor*. Distinto era el caso en que la víctima ejercía la *actio legis aquiliae*, por el hecho dañoso del *servus* o *filiusfamilias* pues, por no tener éstos la calidad de *alieni iuris*, el *habitor*, no por ser tal, sino por ser *dominus* o *paterfamilias*, era sujeto pasivo de la *actio noxalis*, teniendo la posibilidad de dar en noxa al esclavo o al hijo, y así ser liberado (o limitado) de la responsabilidad.

Entonces, si no procedía la *actio noxalis* fundada en el edicto en comento, ¿cuál es la explicación para la inserción de la frase “*si servus-aut noxam dedere*” (en adelante “La Cláusula”) con que finaliza D.9.3.1 pr. con relación al esclavo? Si era parte de los *verba edicti*, significaría que el pretor prometía agregar a la fórmula *aut noxam dedere* en contradicción con el propio régimen noxal, introduciendo una regla excepcional en éste.

El debate sobre “La Cláusula” y la contradicción que aparentemente genera es de larga data en la romanística y tiene dos vías posibles de solución, mientras no se descubran nuevas fuentes que agreguen elementos de juicio. La primera, entender que “La Cláusula” es auténtica, lo que implica reconocer su carácter clásico, y que de haber alguna intervención de parte de los compiladores, ella se limitó simplemente a adecuarla “a los tiempos”. Esta vía conlleva la necesidad de explicar el sentido de la frase final de D.9.3.1 pr. para superar la contradicción. La segunda posibilidad en cambio, es negar la autenticidad, atendiendo la imposibilidad del otorgamiento

³⁶⁸ En este sentido, Serrao, *Impresa, cit.*, p. 162, nota 2, ver lista de obras que cita Marrone, *Istituzioni, cit.*, p. 99.

de una *actio noxalis*, por lo que “La Cláusula” no sería clásica y su inserción sólo fue obra de los compiladores justinianos.

El detonante de la discusión en la romanística de frente a los dos caminos señalados está constituido por la teoría de Lenel, quien “avistó” en D.9.3.1 pr la consagración de un medio de defensa para el *habitor* demandado, semejante a una *exceptio*, dando pie para que la doctrina se refiriera al punto como *exceptio noxalis*. De ahí entonces que las alternativas se reducen en definitiva a la aceptación o a la negación de la llamada *exceptio noxalis*.

2. Aceptación de la llamada *exceptio noxalis*

Lenel, comentando el texto y dándolo por auténtico, desarrolló como dije la hipótesis reconstructiva sobre la existencia de una institución análoga a una excepción (noxal), esto es, la posibilidad de un abandono noxal por parte del demandado, derivado de una excepción introducida en la fórmula;³⁶⁹ es decir, incorporar en la fórmula la circunstancia que el autor del hecho es un siervo del demandado. La excepción no serviría para evitar la condena, pero sí para que la *condemnatio* contuviese una alternativa, consistente en el pago de la *litis aestimatio* o la *noxae deditio* del autor del hecho.

Desde luego, esta tesis que ha generado sendos debates hasta hoy, se presenta como un instrumento extraordinario en el proceso romano por dos motivos: primero, porque el instrumento de defensa (excepción) no coincide con las características técnicas de las excepciones en derecho romano;³⁷⁰ y, segundo, por la circunstancia de admitir la noxalidad, no dándose los presupuestos para deducir la *actio noxalis*. Estas críticas han tenido lugar no

³⁶⁹ Lenel, EP³, 174.

³⁷⁰ Mientras la *intentio* conllevaba un hecho positivo, la *exceptio* contenía un hecho negativo. De ahí que “l’*exceptio* era invece necessaria quando, senza di essa, il giudice non avrebbe potuto tenere conto di fatti che, al contrario, si voleva venissero in considerazione. L’*exceptio* era pertanto la difesa del convenuto che alla pretesa attrice opponeva, in sostanza: “e vero ma...”; oppure: “mettiamo che sia vero, tuttavia...”, Marrone, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

Compartimos las expresiones de Fercia cuando señala “non saprei dire sino a che punto possa parlarsi di *exceptio*, dato che, per quel ch’io sappia, le fonti non descrivono il problema in questi termini: forse i *prudentes* non si posero mai in concreto il problema della costruzione della formula, quantunque non paia comunque opportuno negare in termini apodittici e dogmatici addirittura l’esistenza, nel diritto processuale formulare, delle c.d. ‘eccezioni in diminuzione della condanna opportuno negare in termini apodittici e dogmatici addirittura l’esistenza, nel diritto processuale formulare, delle c.d. eccezioni in diminuzione della condanna”, *Criteri, cit.*, pp. 149 y 150, nota 17.

obstante que Lenel y los autores que lo han seguido, jamás han dejado de reconocer estas cuestiones.³⁷¹

Sin embargo, la problemática que se enfrentaba era también doblemente excepcional respecto del *dominus o paterfamilias*, de frente al régimen general de responsabilidad de la *lex Aquilia*: habría respondido sin culpa (*iniuria*) y, además, no habría podido limitar su responsabilidad descargando ésta en el esclavo.

Lo anterior es más evidente si se recuerda la analogía de la *actio damni* del edicto con el régimen del *damnum iniuria datum* del *ius civile*. Se trata de dos figuras que tienen lugar en el ámbito extracontractual, donde la *noxae deditio* en favor del *habitor* aparecería “ammessa espressamente dal pretore quale temperamento di interessi giustificato dalla possibilità di ravvisare un’*eadem ratio* —la sussistenza di un mero fatto illecito— che consente, in una certa misura, di ‘assimilare’ l’azione in parola a quella aquiliana”.³⁷² A pesar de ello, el *habitor* no podía gozar de las ventajas de las acciones noxales propiamente tales.

Una situación tal, a partir de un edicto de la primera mitad del siglo I a. C., que violase los principios de la personalidad de las penas y que el esclavo no puede perjudicar ni jurídica ni patrimonialmente al *dominus*, me parece poco convincente. Es más, me resulta difícil pensar que el pretor lo hubiese pasado por alto. Por el contrario, creo de toda lógica aceptar que el magistrado que desarrolló tantos instrumentos para salvar las lagunas, vacíos o injusticias del *ius civile*,³⁷³ haya en esta ocasión creado también una

³⁷¹ En efecto, Lenel no hablaba de *exceptio* propiamente tal, sino de una “institución análoga a una excepción”, a fin de explicar cómo se utilizaba, su función y oportunidad. Del mismo modo, Serrao de forma expresa ha aclarado que no se habría tratado de una *exceptio* en sentido técnico y tradicional, sino de un instrumento similar a una excepción, Serrao, *Impresa, cit.*, p. 163. De hecho pide perdón por el uso atécnico y poco ortodoxo del uso del término *exceptio*, pensando justo en los más puritanos romanistas, *Ibidem*, p. 169, nota 21. Asimismo, respecto a la segunda cuita, Serrao señala que “nell’*intentio* della formula non si sarebbe potuto dedurre il fatto del servo, come nell’*intentio* de una formula nossale”, *Ibidem*, p. 168. Claro, ello porque el demandado es el *habitor*, sin importar quien arrojó o vertió dañosamente, sin tener relevancia para la aplicación de la pena que la acción la haya ejecutado un esclavo. Por tanto, el nombre del autor del hecho dañoso, en este caso del esclavo, jamás podría haber figurado en la *intentio* así como tampoco en la *condemnatio*. De esta manera, Serrao no sólo no niega, sino por el contrario, está en total acuerdo con que la referencia de D.9.3.1 pr. no puede decir relación con una normal *actio noxalis*, *Ibidem*, p. 168.

³⁷² Fercia, *op. cit.*, p. 147.

³⁷³ Debemos recordar que estamos hablando de acciones pretorias, las cuales podían ser en general, útiles, *in factum* y con transposición de personas. Marrone, respecto a estas acciones, precisamente comenta: “si trattava in ogni caso di rimedi volti a colmare lacune del *ius civile* (*supplendi iuris civilis gratia*) perché tutelavano rapporti *iure civili* non specificamente

herramienta, basada en el régimen noxal, destinada a atemperar la responsabilidad del propietario que surgiría del edicto que estaba dictando: un instrumento extraordinario, creado por uno que acostumbra a crear remedios de esta naturaleza, no tiene nada de extraordinario. Tampoco, a mi modo de ver, el punto pudo haber escapado a los jurisconsultos que llevaron adelante una tarea de colaboración con los magistrados.

Por tanto, no puedo sino concordar con Serrao en que efectivamente, “l’*habitor*, dimostrando che il fatto era stato commesso da un suo schiavo, poteva nel caso non essere trattato più rigidamente che nelle azioni *ex delicto servi*. Si spiega quindi perche il pretore usa una forma diversa da quella con cui normalmente promette le azioni nossali”.³⁷⁴ En efecto, el objeto del pretor era el dar un instrumento de defensa al *dominus*, de manera de no “recargarlo” en la responsabilidad; y no de dar una acción a la víctima. En este sentido se debe entender que la frase final del edicto buscaba satisfacer el interés del demandado y no del demandante.³⁷⁵

La “forma diversa” usada por el pretor expresaría bastante bien el cómo funcionaría concretamente este medio de defensa del demandado. Si el *dominus* citado ante el pretor por la víctima “dijera que un esclavo lo hizo”, el magistrado prometía que ante una tal alegación añadiría (*adiciam*) en la fórmula que, si ello resultaba verdadero, se le condenara al pago de la pena “*aut noxam dedere*” (“o que lo dé por noxa”). Es decir, estas tres palabras del edicto se incluirían en la fórmula. De esta manera, por un lado “il mezzo escogitato dal pretore tendeva a correggere le deviazioni dal sistema, che la rigida applicazione del criterio della responsabilità oggettiva avrebbe comportato, e a salvare il salvabile del principio della personalità della pena”,³⁷⁶ y por otro, “l’esclusivo responsabile edittale (che è l’*habitor* in quanto tale, convenuto con un mezzo processuale speciale rispetto all’ordinario rimeedio aquiliano) può vedere mitigata la sua posizione dalla possibilità di *noxae*

tutelati o reprimevano comportamenti *iure civili non specificamente repressi*”, *op. cit.* p. 90. Por otro lado, “la tipicità era però temperata dalla facoltà del pretore di provvedimenti decretali... spesso peraltro suggeriti dalla giurisprudenza”. *Op. cit.*, p. 74, nota 44. Los pretores dictaban *decreta* cuando en concreto las circunstancias lo sugerían, respecto de casos que no estaban contenidas en las previsiones edictales (llamadas providencias decretales).

³⁷⁴ *Impresa, cit.*, p. 165.

³⁷⁵ Esto en todo caso no sería novedad. De Visscher ha manifestado que el sistema de las acciones noxales en sí fue establecido en interés del jefe de familia, *Il sistema romano, cit.*, p. 52. Por lo mismo, ya la acción noxal como tal, sería una *acción creada en interés del demandado*, que es lo que en definitiva ha complicado a los autores.

³⁷⁶ Serrao, *Impresa, cit.*, p. 168.

dedere un soggetto che, autore del danno, è pur sempre sottoposto alla sua *potestas*”.³⁷⁷

Por más que digamos que el edicto contenía un criterio objetivo de atribución de responsabilidad, lo más natural, si el hecho había sido cometido por un esclavo, es que el *habitor* lo comunicase al pretor e insistiera que nada había hecho contra *ius*; que él ningún daño causó. No creo que el magistrado, conforme los principios que enunciáramos, hubiese sido indiferente a un tal alegato del demandado. Incluso, podríamos hipotizar que si el edicto no contempló de inicio la referencia a la noxa, luego pudo ser incluida.³⁷⁸ Como haya sido, es perfectamente entendible, por lo ya dicho, que el pretor incluyese en la fórmula concedida al actor, una referencia al alegato del *habitor*, que el *iudex* debía verificar. De esta manera, el *habitor* tendría que probar su alegación, y en caso de acreditar que el culpable fue el esclavo, el juez incluiría en la condena la facultad de no pagar la pena entregando al esclavo en noxa.

Sobre la fórmula concreta que el pretor concedería no hay antecedentes, y al respecto sólo tenemos las hipótesis de los autores.³⁷⁹ El punto por tanto constituye una de las dificultades del tema, y cualquiera que haya sido el tenor exacto, será siempre distinta, o excepcional al de la *actio noxalis*, lo que no es aceptado por los críticos de la teoría en comento.³⁸⁰ La verdad es que mientras nos mantengamos en “lo excepcional” de la *exceptio noxalis* y en que no está conforme con el régimen de las “acciones” noxales, desde luego que nada se avanza.

³⁷⁷ Fercia, *op. cit.*, p. 149, nota 17.

³⁷⁸ Recuérdesse que cada pretor debía dictar el *edictum* al momento de la asunción de su magistratura. Con el paso del tiempo había tendido a su petrificación. En este estado, el emperador Adriano encargó al jurista Salvo Juliano (primera mitad siglo II d. C.) que revisara el texto del edicto y elaborara un texto definitivo. El resultado de este trabajo es aprobado a través de un Senadoconsulto, disponiéndose que los pretores no podían modificarlo, sino por acto del príncipe. Nosotros conocemos por tanto el texto final del edicto de *effusis vel deiectis*, y no el inicial, con lo cual perfectamente pudo ser modificado, ya sea para incluir o eliminar elementos, como la noxa de los esclavos autores del daño. Por ello, “no hay que olvidar, en ningún momento, que el texto edictal, aunque sistematizado por Juliano, no deja de ser el resultado de un proceso de progresiva superposición de edictos, a lo largos de varios siglos”, d’Ors, *los llamados cuasidelitos*, Giménez-Candela, *zss*, núm. 109, 1992, p. 676.

³⁷⁹ La fórmula de la *a. de effusis vel deiectis* podría haber sido “*aut, si paret servum N.N. insciente eo fecisse, noxae dedere*”. Lenel, *EP*³, p. 174; Serrao, *Impresa, cit.*, p. 121; Fercia, *op. cit.*, p. 149, nota 17.

³⁸⁰ Se debe hacer presente en el punto que en la *actio noxalis* la condena, según el derecho clásico, habría sido solamente pecuniaria. De ahí el rechazo de parte de la doctrina romanista, que no acepta la posibilidad de una condena alternativa como planteaba Lenel. En este sentido, Biondi, *op. cit.*, p. 267.

Participar de la solución aventurada por Lenel, implica el abandono de concepciones excesivamente esquemáticas y formalistas del proceso formulario, y entender que un instrumento de defensa como la *exceptio noxalis*, constituyó un medio que le permitió al pretor precisamente superar, sin contradecirla, la concepción rígida y totalitaria de la *exceptio* como condición negativa de la condena.³⁸¹

En razón de lo expuesto en las líneas precedentes, no puedo sino hacer propias las palabras de Fercia cuando señala que “la tesi della c.d. ‘*exceptio noxalis*, dunque, pare una costruzione degna di rilievo scientifico e, per quanto riguarda la ricostruzione de la clausola di Ulp. D. 9.3.1 pr., tendenzialmente condivisibile”.³⁸² Porque más allá del nombre y de la estructura de la fórmula, la razonabilidad jurídica y temporal de la herramienta, me parece a todas luces innegables, que es lo que en definitiva se debe rescatar.

Es un hecho que el sistema de la *exceptio noxalis* implicaba consecuencias de fondo y forma contrarios a varios de los principios de la noxalidad vistos³⁸³ y que son las que en definitiva llevan a la negación de la autenticidad de la *noxae deditio* en el edicto. Empero, resulta claro que no es posible que un instrumento extraordinario produzca consecuencias ordinarias. La *exceptio noxalis* habría permitido de forma justa una parcial aplicación de las reglas de la noxalidad, a casos en los cuales ellas no habrían sido aplicadas, dada la no coincidencia entre autor del daño y el sujeto al cual el edicto pretorio imputaba responsabilidad por el hecho. Desde esta perspectiva, en lo fundamental, la *exceptio* a favor del *habitor*, le habría permitido a éste gozar de una

³⁸¹ Serrao, *Impresa, cit.*, p. 169, nota 21.

³⁸² *Op. cit.*, p. 149, nota 17.

³⁸³ Particularmente en el Capítulo I.1, dentro de la exposición de las letras f, d, c y b (conforme el orden que sigue). Tomo la síntesis de Serrao, por su claridad, pero además por dejar en evidencia la conciencia de los autores que sostienen la *exceptio noxalis*, de estos efectos anormales, a saber: “a) se dopo verificatosi il danno lo schiavo moriva, il dominus *habitor* permaneva obbligato e contra di lui si poteva intendere l’azione o continuare il giudizio già iniziato, così come nei casi in cui il padrone *sciens* del delitto dello schiavo era tenuto *in solidum* (sui quali Ulp. in D.9, 4, 5, 1); b) se lo schiavo veniva manomesso continuava ad essere tenuto il dominus *habitor* e l’azione non si sarebbe potuta intendere direttamente contro l’ex schiavo divenuto libero; c) se lo schiavo era venduto permaneva obbligato il dominus *habitor* e l’azione non poteva essere intentata contro il nuovo padrone; d) se, dopo l’evento dannoso, moriva l’*habitor*, pur vivendo lo schiavo, l’azione non poteva essere intentata contro gli eredi del primo. In tutti i quattro casi sopra esposti si sarebbero avute soluzioni completamente opposte ove si fosse trattato di *actiones noxales ex delicto servi*. Nel campo più strettamente processuale: e) essendo lo stesso dominus *habitor*, convenuto *suo nomine*, a dichiarare, nel suo esclusivo interesse, che il fatto era stato commesso da un determinato suo schiavo, i noti problemi delle *actiones noxales* relativi all’*interrogatio* del convenuto “*an servus eius sit*”, alla mancata difesa e alla mancata esibizione dello schiavo nemmeno si ponevano”, Serrao, *Impresa, cit.*, pp. 169 y 170.

facultad alternativa a la *litis condemnatio*, que desde un punto de vista práctico cumplía la función de disminuir el sacrificio patrimonial del demandado, manteniendo en lo posible el principio de personalidad de la pena y evitando que el esclavo causara un mayor perjuicio patrimonial al *dominus*.

Ahora bien, una cosa es entender que la facultad de dar al esclavo en noxa es original en D.9.3.1 pr., y otra pretender que la parte final del edicto no sufrió ninguna modificación. En este sentido, me parece bastante natural que originalmente además del esclavo el edicto hubiese incluido al *filiusfamilias*, como asimismo que esta referencia haya sido eliminada en época post-clásica o de forma directa por los compiladores desde los *verba edicti*, como consecuencia que la noxa del hijo cayó en desuso, y fue expresamente eliminada en la compilación³⁸⁴ (I.4.8.7). No creo en cambio que de esta eliminación se pueda colegir sin más que tuvieron lugar otras modificaciones.³⁸⁵

Punto interesante a destacar es la referencia que hace el edicto a la *scientia domini* (“*insciente domino*”). El principio ya ha sido expuesto, indicándose que una de sus extensiones fue precisamente la providencia edictal en comentario (capítulo segundo, romano I, núm. 8). De esta manera, si el *dominus habitator* estaba al menos en conocimiento que el esclavo realizaría el acto dañoso, dicho conocimiento se traducía en culpa directa propia, caso en el cual se le negaba la facultad noxal. Esto implicaba que en la fórmula de la *exceptio noxalis* se debía introducir una referencia al conocimiento del *habitor* y se investigara en el juicio respectivo el punto. Así, en términos actuales, se puede decir que la prueba de culpa del *habitor* hacía inaplicable el límite de responsabilidad.

3. Negación de la llamada *exceptio noxalis*

La tesis de la *exceptio noxalis* fue rebatida por Biondi,³⁸⁶ dando lugar a la réplica de Lenel³⁸⁷ y a una posterior dúplica del autor italiano.³⁸⁸ El debate entre tan insignes romanistas en el primer tercio del siglo XX, establecería las bases de la discusión hasta nuestros días.

Respecto a la postura de Biondi, fija un supuesto principio a partir del cual construye su doctrina: “*Ninguna acción que no sea ex delicto se puede ejer-*

³⁸⁴ Al respecto, Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 101.

³⁸⁵ Como por ejemplo, permitir la acción directa en contra del hijo *habitor*, dada la capacidad reconocida por I.4.8.7.

³⁸⁶ *Le acciones noxales*, cit.

³⁸⁷ *Die formeln*, cit., pp. 1-28.

³⁸⁸ “Problemi ed ipotesi in tema di azioni noxales”, *BIDR*, núm. 36, 1928, pp. 99-126.

citar *noxaliter*; y todas las acciones *ex delicto* se pueden ejercitar *noxaliter*”.³⁸⁹ No siendo la *actio de effusis vel deiectis* una acción delictual, no podría en ella concurrir noxalidad. Luego, Biondi sintetizó su postura en tres argumentos,³⁹⁰ que nosotros seguiremos para una mejor descripción histórica de la cuestión:

- Primero, afirma Biondi: en D.9.3.1 pr., que usa la expresión “*noxam dedere*” en vez de “*noxae dedere*”, “*noxae* è adoperato nel significato prettamente bizantino di *corpus quod nocuit*” de acuerdo a I 4.8.1.³⁹¹ Lenel demostró³⁹² que el significado de *noxae* indicado en I.4.8.1 sólo aparece en las obras justinianeas en tres textos del Digesto y en uno del Código, resultando contrarios tales usos al lenguaje de todas las fuentes clásicas y de todas las fuentes bizantinas. Por tanto, el sentido de las Instituciones es sólo una errada interpretación de *noxae* “come genitivo e non come dativo” por alguna de las fuentes utilizadas por los redactores.

Serrao da por terminado el asunto y entiende, como Lenel, que se trató de un error de interpretación también en D.9.3.1 pr., o bien simplemente de un error de copista. En todo caso, afirma que el sólo error en el uso de *noxam dedere* en vez de *noxae dedere* non puede llevar a concluir la interpolación de toda la cláusula, más aún si, por la caída de los demás argumentos de Biondi, el fundamento que estamos comentando pierde toda importancia.³⁹³

No obstante lo anterior, autores como Giménez-Candela, han vuelto a fines del siglo pasado a la carga en el mismo punto: la “forma incorrecta de *noxam dedere*”. Esta vez, la autora española, convencida de la interpolación de la frase final de D.9.3.1 pr., sostuvo que por la “comparación con la simétrica con que termina el edicto de *positis et suspensis*” (D.9.3.5.6), esto es, “*aut noxae dedi iubebo*” (“o mandaré que sea dado por *noxae*”), la parte final de D.9.3.1 pr no sería “*aut noxam dedere*” (“o que lo dé por *noxae*”), sino que debería ser para ambos textos “*noxali actione agere iubeo*”. Rechaza por ello expresamente la hipótesis de Lenel.³⁹⁴

³⁸⁹ *Le acciones noxales, cit.*, p. 60.

³⁹⁰ *Le acciones noxales, cit.*, pp. 266 y 267.

³⁹¹ Detrás está la postura de este autor en cuanto había tenido lugar un cambio del sentido del término *noxae* entre la época clásica y la compilación. Véase al respecto nota 92, especialmente últimos dos párrafos.

³⁹² *Die formeln, cit.*, pp. 11 y ss.

³⁹³ *Impresa, cit.*, pp. 166 y 167.

³⁹⁴ Giménez-Candela, *Los llamados, cit.*, pp. 102 y 103.

Sin embargo, la reconstrucción precedente, además de ser una hipótesis por contraste con D.9.3.5.6, ya ha recibido en cuanto al fondo, sustanciales críticas. Al respecto Fercia sostuvo que si la reconstrucción fuera cierta, el pretor daría, en caso de *factum servi*, una verdadera acción noxal y no una acción *in factum* como noxal.³⁹⁵ Talamanca por su parte estima que “non si colgono, in quanto dice l’a., ragioni sufficienti contro la ricostruzione di questa clausola da parte di O. Lenel”.³⁹⁶ Domingo le reprocha que no se da cuenta que la incorporación en una fórmula de la alternativa noxal alteraba la propia acción tanto en su legitimación como en su transmisibilidad, viéndose la autora obligada a considerar interpolado el texto y reemplazarlo con el citado, sin ningún apoyo textual sólido.³⁹⁷

- Segundo, afirma Biondi: “la forma con cui l’editto concederebbe l’azione nossale è del tutto straniera all’editto del Pretore”, es decir, non estaría en correspondencia con el lenguaje o fórmula común.

Estamos frente a una cuestión “bisagra” en la materia, pues esta crítica dice relación con un tema en la que todos están de acuerdo: “tal como aparece actualmente, no se habla sólo de acción noxal, sino de añadir a la fórmula de la acción la facultad de abandono noxal”.³⁹⁸

De ahí entonces que la crítica de Biondi al texto haya sido tan fácil como la respuesta que le dieron, dado que, o se entiende que la noxa sólo dice relación con acciones, con lo cual la frase final de D.9.3.1 pr. en efecto desentona y la crítica tiene vía libre (que es la postura de Biondi); o bien se acepta la posibilidad que diga relación con un instrumento de defensa diferente, abriéndose la posibilidad de una interpretación diversa.

Esta última es la línea de Serrao, quien naturalmente le dice a Biondi que “la clausola «Si servus etc.» non ha la funzione di promettere una formula nossale per la proposizione di un’azione, bensì di concedere un mezzo di difesa all’*habitor*”.³⁹⁹ En otras palabras,

³⁹⁵ *Op. cit.*, p. 149, nota 16.

³⁹⁶ Talamanca, “Recensión a Giménez-Candela. Los llamados Cuasidelitos”, *BIDR*, núms. 94 y 95, p. 617.

³⁹⁷ Domingo, Rafael, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio III*, Santiago de Compostela, 1995, Cuadernos compostelanos de Derecho Romano, núm. 7, p. 100, nota 377.

³⁹⁸ Gimenez-Candela, *Los llamados, cit.*, p. 102.

³⁹⁹ *Impresa, cit.*, p. 164. Si se hubiera tratado de una verdadera acción, la parte final del edicto habría tenido más menos el tenor siguiente según Serrao: “*si servus insciente domino fecisse dicitur; iudicium noxale dabo*”. *Impresa, cit.*, p. 168.

en efecto la fórmula de D.9.3.1 pr. no concuerda con la fórmula edictal a través de la cual se otorgaba la acción como noxal, porque no está concediendo una acción de esta naturaleza, sino otro instrumento.

La historia se repite con Giménez-Candela, que luego de rechazar la reconstrucción de Lenel, postula que “tal difícil estructura formularia parece incompatible con todo lo que sabemos de la *actio noxalis*”.⁴⁰⁰ Pero Talamanca le responde: “che ciò vada contro quanto sappiamo *dell’actio noxalis*, dovrebbe esser provato; e, fra l’altro, si tratta di una noxalità, se vogliamo chiamarla così, ‘straordinaria’, non di quella ‘ordinaria’”.⁴⁰¹ Fercia comparte esta idea de Talamanca.⁴⁰²

- Finalmente, afirma Biondi: “i dubbi affacciati da Ulpiano nel successivo §8 sulla espertibilità noxaliter dell’actio de effusis sarebbero stati addirittura fuori di luogo se l’editto avesse solennemente accordato l’actio noxalis si servus fecisse dicitur”. Por tanto, si la frase final de D.9.3.1 pr. fuera auténtica Ulpiano, según Biondi, no debería dudar en D.9.3.1.8 si la acción contra el *habitor* esclavo se debe deducir como noxal o *de peculio*. El edicto ya habría dicho que se admitía la acción noxal.

Este argumento de Biondi es el más débil, pues se fundó en un evidente error, al confundir el caso del *servus-habitor* con la hipótesis en que el *servus* sólo era el autor material de la conducta dañosa de verter o arrojar, mientras el *habitor* demandado era el *dominus*.⁴⁰³ Por ello entonces la duda de Ulpiano resultaba del todo procedente.

A pesar de lo anterior, Giménez-Candela también retoma el punto, pero pretende el rechazo de la autenticidad del texto a partir justamente de la diferencia de los casos. Plantea al respecto que los *verba edicti* se habrían referido originalmente al *servus habitor*, que es la situación que habría comentado Ulpiano. Si hoy aparecen como dos casos distintos y por tanto una incongruencia entre los textos que los tratan, sería porque los compiladores quisieron mantener la noxalidad contra el esclavo autor del daño, luego de excluirla contra el siervo *habitor*.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ Los llamados, *cit.*, p. 103.

⁴⁰¹ *Recensión*, *cit.*, p. 617.

⁴⁰² Fercia, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁰³ Serrao, *Impresa*, *cit.*, pp.167 y 168.

⁴⁰⁴ Giménez-Candela, *Los llamados*, *cit.*, pp. 103 y 104.

El argumento no convenció entre otros a Burdese, a quien no le parece que se deba descartar que Ulpiano haya hecho el distinguo entre los casos de D.9.3.1 pr. y de D.9.3.1.8, con las consecuencias que anuncia en una y otra situación.⁴⁰⁵ Por otra parte, la argumentación señalada se vuelve en contra de la propia Giménez-Candela pues como ha destacado Talamanca, si el Edicto se hubiese referido al *servus* o al *filius habitator*, la discusión en D.9.3.1.7-8, que serían clásicos, resultaría incomprensible si hubiese existido una expresa previsión edictal de la acción noxal.⁴⁰⁶ Es decir, si la providencia pretoria ya establecía la solución, los juristas no se habrían tenido que plantear el problema: éste simplemente no habría existido.

En resumen, afirmar que “la hipótesis leneliana... no ha tenido acogida en la doctrina” como hizo Giménez-Candela,⁴⁰⁷ está lejos de ser efectivo. Las numerosas recensiones al trabajo de la autora española,⁴⁰⁸ dejaron en evidencia no sólo el debate histórico acerca de la cláusula noxal anunciada en D.9.3.1 pr, sino también la moderna adhesión a la reconstrucción de Lenel, quizás hoy más vigente que nunca luego de los últimos trabajos.

Por otra parte, desde la perspectiva de la noxalidad y el carácter limitativo de la responsabilidad que ésta había adquirido (capítulo segundo, romano II), parece bastante aceptable la autenticidad de “La Cláusula”, en cuanto a la idea original de una *noxae deditio* facultativa para el *habitor* demandado. En esta línea, Cursi objeta técnicamente varios puntos de la construcción de la *exceptio noxalis*. Sin embargo, en lo relevante, afirma de forma decidida que no le parece “debba mettersi in discussione l’esigenza di fondo che ha condotto, in questo caso come in altri, al funzionamento delle regole della nossalità”;⁴⁰⁹ o sea, pone en dudas la construcción de la *exceptio noxalis*, pero no la existencia de un instrumento (al que no le da nombre particular) que haya permitido la *noxae deditio* del esclavo o hijo de familia culpable.

Me parece en especial importante, por tanto insistir, en que la circunstancia que “La Cláusula” no se haya ajustado al régimen de la noxalidad resulta sólo un hecho de la causa, y no un argumento. Parece más bien el

⁴⁰⁵ Burdese, Alberto, *Recensión. Los llamados cuasidelitos, SDHI*, núm. 57, 1991, pp. 455 y 456.

⁴⁰⁶ Talamanca, *Recensión, cit.*, pp. 617 y 618.

⁴⁰⁷ *Los llamados, cit.*, p. 103, nota 188.

⁴⁰⁸ Además de las de Balzarini, Burdese, d’Ors y Talamanca citadas, Paricio, *Estudio sobre el Edictum de Feris, cit.*, pp. 73 y ss. Mayer-Maly, Theo, TR, 60, 1992, pp. 194-198; Rainer, *Gnomon*, 67, 1995/1, pp. 45-48.

⁴⁰⁹ Cursi, Maria Floriana, “Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta ‘exceptio noxalis’”, *Scritti per Franciosi, a cura di Ippolito I*, Nápoles, 2007, p. 663.

“aprovechamiento” de un instrumento histórico para solucionar una problemática que a la época de la dictación del edicto, y más aún a fines de la época clásica, se debe haber mostrado como muy injusta ante el desarrollo de la responsabilidad por culpa en materia de daños (capítulo primero, romano II).

4. Acciones de regreso

Cabía la posibilidad que el sujeto que vertió o arrojó no fuese un *filius* (u otro miembro de la familia bajo el poder del pater) o *servus*, no resultando ni siquiera procedente el instrumento de la *exceptio noxalis*. Sin embargo, Ulpiano en D.9.3.5.4⁴¹⁰ da cuenta de otra herramienta aplicada, que si bien no lograba limitar patrimonialmente la responsabilidad del *habitor*, permitía al menos contener el detrimento patrimonial del *habitor*, no culpable, restableciendo en parte la justicia en el caso. Dicha herramienta consistió en el otorgamiento de acciones de regreso.⁴¹¹

En lo particular, el pasaje trata el caso del *habitor* condenado al pago de la respectiva pena en juicio en que se dedujo la *actio legis Aquiliae*, por los daños que un tercero causó en razón de haber vertido o arrojado alguna cosa. Frente a esta situación, Ulpiano cita a Labeón, quien habría sido de la opinión de dar una *actio in factum* al *habitor* en contra del “huésped u otro cualquiera que arrojó de la vivienda” (*quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit*); pero además, si el que vertió o arrojó era un arrendatario, el *habitor* tenía a salvo la acción derivada del contrato de locación. Por tanto, el texto trata la hipótesis que un tercero absoluto, o bien contraparte en un contrato que concediera la tenencia al menos parcial del inmueble, fuera el hechor culpable de los daños por los que debió pagar el *habitor*.

Se advierte de forma fácil que el pasaje presenta varios inconvenientes. Lo más relevante es que hace referencia a un *habitor* condenado por *lex Aquilia* y no a un *habitor* condenado por las disposiciones del edicto de *effusis vel deiectis*, lo que implica cambiar los presupuestos y requisitos del tipo. Para que el *habitor* resultara condenado por delito aquiliano, era necesario que la conducta del *habitor* hubiese sido injusta, lo que implica una valo-

⁴¹⁰ Ha sido muy discutido por la romanística, como consta en *Index Interpolationum*, t. I, p. 117. Sin embargo, Giménez-Candela sostiene que “es una pura crítica formal que respeta el fondo del mismo, con lo cual la dificultad de interpretación permanece”. *Los llamados*, cit., p. 81.

⁴¹¹ Con esta calificación, por ejemplo, Wallinga, *op. cit.*, p. 910. Longo, *I quasi delicta*, cit., p. 438. Schipani, *Il contributo del edictum*, cit., p. 1107.

ración de su propia conducta. Se le habría condenado por su propio hecho dañoso culpable y no por su calidad de *habitor*. Luego, no debería tener la posibilidad de recuperar lo pagado, total o parcialmente, incluso concurrendo concurso de culpas, pues de haber otros involucrados en el hecho, habrían sido a su vez obligados a pagar la respectiva pena en virtud del principio de la acumulación. Entonces, la posibilidad de repetir lo pagado, ya fuera a través de una acción de regreso *in factum*, ya fuera mediante acción derivada del respectivo contrato celebrado (como el arrendamiento), estaba descartada. La cuestión se ensombrece aún más, si efectivamente en tiempos de Labeón todavía no estaba sólidamente establecida la doctrina de las acciones de regreso.⁴¹²

No obstante todo lo anterior, el pasaje deja a la vista que los jurisconsultos habrían estado de acuerdo en otorgarle al *habitor* —sin perjuicio de que dispusiera de una acción de repetición contractual— una acción que le permitiera el regreso de lo pagado en la hipótesis reseñada, y que es en definitiva lo esencial. La mayoría de la doctrina admite esta posibilidad, sin perjuicio de las diferencias respecto de la naturaleza que habría tenido dicha acción, en virtud de las dificultades que presenta el pasaje de D.9.3.5.4. Así, la referencia a la *lex Aquilia*, dado que formaba parte del *ius civile*, ha llevado a pensar que la acción que en realidad se consagraba en este pasaje era una acción útil;⁴¹³ o que se otorgaba «a modo» de acción de regreso pero modelada sobre la *actio de effusis* probablemente por el *duplum*;⁴¹⁴ o bien sencillamente la acción de regreso habría estado modelada sobre la acción de la *lex Aquilia*⁴¹⁵ que me parece lo más probable.

En fin, como haya sido, lo sustancial es la temprana preocupación demostrada por los juristas de reconducir la atribución del daño en última instancia al culpable, frente a la condena de un *habitor* no culpable, condenado por un hecho ajeno y en razón de la responsabilidad objetiva introducida por el edicto en cuestión. En este sentido, que sea Labeón el citado y no un jurista posterior, no puede pasar desapercibido. Si la datación realizada por la doctrina del edicto es correcta, significa que la opinión de Labeón es relativamente cercana a su dictación, dejando en claro la búsqueda de redirigir los efectos de la providencia pretoria en comentario al culpable, de modo tal de completar un verdadero sistema en torno al *damnum iniuria datum* de la *lex Aquilia*.

⁴¹² Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 82, citando a Beseler.

⁴¹³ Valiño, *Acciones útiles*, Navarra, Pamplona, 1974, p. 224.

⁴¹⁴ Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., pp. 82 y 87.

⁴¹⁵ Schipani, *Il contributo*, cit., p. 1107.

IV. SITUACIÓN DEL *HABITADOR ALIENI IURIS*

1. *La problemática*

Hasta aquí se ha trabajado sobre el supuesto de plena capacidad del *habitor patres familias* o *domini*. Sin embargo, pudo ocurrir con frecuencia, que la posición de habitador la ocupasen *alieni iuris*: hijos o hijas de familia y mujer, por una parte, y esclavos por otra. ¿Qué reglas se debían aplicar si el *habitor* resultaba ser una de estas personas? La respuesta era trascendente de frente al *paterfamilias* o *dominus*, a cuya potestad estaban sujetos respectivamente y quien era además el titular del patrimonio.

Las fuentes hacen referencia sólo a la situación de una residencia separada del hijo respecto al padre⁴¹⁶ (D.9.3.1.7; D.44.7.5.5 e I.4.5.2) y del esclavo (D.9.3.1.8). Conforme a los pasajes respectivos, la acción se debía dirigir contra el mismo hijo o esclavo, según sea el caso, y no contra el *paterfamilias* o *dominus*, que es lo que habría procedido por conforme a las reglas de la capacidad.

La aceptación de la *actio effusis vel deiectis* directa en contra del *servus habitator* o del *filius habitator*, habría implicado reconocer a su vez que ambos respondían por lo vertido o arrojado con daño de sus propios familiares, esclavos, o inquilinos en general. O sea, atribuirles a su vez responsabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, no hay pasajes, como respecto a los *nautae*,

⁴¹⁶ No hay fuentes que se refieran a la situación de otros *alieni iuris*, *filiae familias*, personas *in cause mancipi* o *uxor in manu*, que tuvieran la calidad de *habitor*. Probablemente se debe a que ello difícilmente pudo tener lugar. Ya un hijo o un esclavo viviendo separado del *paterfamilias* fue de seguro anormal. En todo caso, los otros *alieni iuris* fueron ciertamente procesal y patrimonialmente incapaces (Pugliese, *Il proceso*, cit., p. 294; Gai. 4.104), por lo que no podían ser demandados de forma directa. Desde esta perspectiva, es muy difícil pensar que la misma solución que luego se comenta de D.9.3.1.7 y D.9.3.8 (D.44.7.5.5) se les hubiese aplicado por extensión. Podría existir alguna duda respecto a las hijas, pues por una parte I.4.8.7 señala que los “*veteres*” admitieron la noxa en general contra las hijas de familia, de modo que eran sometidas al mismo régimen que los *fili familias*; por otra, a las hijas también se les podía conceder un peculio, en las mismas condiciones que a los hijos. De este modo, si contra el *paterfamilias* eran deducibles las acciones de noxa y peculio en virtud de la responsabilidad de las hijas, en caso que éstas tuvieran la calidad de *habitor*, la duda planteada por D.9.3.1.7 también habría de resultarles aplicables, así como el rechazo, por las mismas razones, respecto de los hijos (D.9.3.1.7 y D.44.7.5.5).

No obstante lo anterior, algunas fuentes dan a conocer un tratamiento distinto para las hijas, como es el caso de D.13.6.3.4. Según este pasaje, mientras una deuda derivada de comodato se puede reclamar directamente en contra de un *filius familias*, respecto de la hija, sólo mediante la acción de peculio. Por lo demás, este texto asimila la situación de la hija a la de los esclavos.

caupones y *stabularii* que se refieran a esta situación particular.⁴¹⁷ Las dudas por los problemas que habrían traído aparejadas estas situaciones no son menores, dada la imposibilidad de aplicar las mismas reglas que al *habitor* capaz: por ejemplo, el siervo podía tener vicarios, pero no podía disponer de ellos, ya que la titularidad de los bienes de su peculio correspondía al *dominus*. Lo mismo respecto al *filius familias*, aunque se le podría haber reconocido capacidad en este sentido.

Por otra parte, los pasajes que tratan la cuestión del hijo y esclavo *habitor* antes citados, constituyen textos muy discutidos en cuanto a su autenticidad y, sobre todo, al carácter clásico de la solución dada al problema planteado. La confusión de la hipótesis con los casos en que se aplicaba la *exceptio noxalis* ha oscurecido aún más la cuestión (corresponde al tercer argumento de Biondi desechado, en el capítulo cuarto, romano III, núm. 3).

Justamente, a propósito de la noxalidad, se suele destacar que Ulpiano comenta de forma separada la situación del *filius familias* (D.9.3.1.7) y la del *servus* (D.9.3.1.8), mientras que la facultad noxal sólo aparece en el tenor del edicto respecto de este último. Como los hijos también podían ser entregados en noxa, el edicto en realidad debió comprender originalmente también a los *filius familias*, lo que sería ratificado precisamente por la existencia de estos dos comentarios de Ulpiano (los hizo porque esclavos e hijos aparecían en el texto del edicto), los que debieron después ser modificados, manejo compilatorio por lo demás que resultaría evidente.⁴¹⁸ Si así hubiere sido, otra cosa es hasta donde, una modificación como la señalada no significa que la problemática y la solución completa que recibimos sean espurias.⁴¹⁹

A continuación doy revista a las dos soluciones que se encuentran en las fuentes supérstites.

⁴¹⁷ Precisamente, Serrao señala que la situación diversa del *habitor* respecto de los *nautae caupones stabularii*, que desarrollaba su actividad en un ámbito contractual, le habría impedido a la jurisprudencia extender al *habitor* los mismos principios adoptados en el caso del *exercitor servus* (*actio peculio*). *Impresa, cit.*, p. 230.

⁴¹⁸ A propósito de D.9.1.3.7 y D.9.3.1.8, Giménez-Candela literalmente dice: “en este lugar del comentario de Ulpiano, es donde creemos poder detectar alteraciones profundas del tenor original del texto”. *Los llamados, cit.*, p. 101.

⁴¹⁹ Talamanca, refiriéndose a la eliminación del *filius familias* de la cláusula final del edicto, ha expresado que efectivamente una posibilidad como ésta no se puede descartar. Sin embargo, por la forma como es tratado el tema, con las referencias a la *negotium gestum*, al *contractu* y al *delictum*, el pasaje de D.9.3.1.7 “difficilmente non è classico”, pues no se habrían aventurado en la imaginación de problemas los compiladores, sino sólo a las soluciones recepcionadas. Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 617.

2. *El caso del servus*

Los esclavos eran incapaces procesal (D.50.17.107; D.2.7.3) y patrimonialmente (adquirían para su dueño). Por lo mismo, no podían ser demandados directamente por los delitos cometidos ni por obligaciones contraídas en las actuaciones comerciales que llevasen adelante, quedando como alternativa admitir la demanda en contra del *dominus*. Sin embargo, una condena contra éste habría entrado en contradicción con dos principios del derecho romano delineados desde la época arcaica: el primero, los actos de los esclavos no podían perjudicar la situación jurídico-patrimonial del *paterfamilias*;⁴²⁰ el segundo, el de la personalidad de las penas.

En materia de delitos, esta contradicción quedaba solucionada a través del régimen de las “acciones noxales”, que le daba la posibilidad de pagar la condena, o bien entregar en noxa al actor, limitando su responsabilidad al valor del *servus* (capítulo segundo, romano II).

En materia de obligaciones contraídas por los *servi*, se creó el concepto de obligación natural, admitiendo su pago, pero negando su exigibilidad al *dominus*, lo que de ser aceptado lo habría perjudicado. Pero esta solución comenzó a perjudicar más que a beneficiar a los dueños de los esclavos. En virtud del desarrollo del tráfico comercial, los dueños comenzaron a conceder a sus *servi* un peculio personal para su administración, pero cuyos bienes seguían perteneciendo a los primeros. El peculio permitía que los esclavos participaran más activamente en negocios, los que de ser exitosos, significarían mayores beneficios económicos para los *domini*. El problema estaba en que si se mantenía incólume la irresponsabilidad de aquéllos por los actos lícitos de los esclavos, resultaba difícil que alguien quisiera celebrar negocios con esclavos a quienes no se les podía demandar directamente por las deudas que a su vez contrajesen. La situación fue salvada por el pretor a través de las denominadas en el medioevo *actiones adiectitiae qualitatis*, conforme a las cuales la responsabilidad “civil” del *dominus* se “adjuntaba” a la responsabilidad “natural” del esclavo, lo que era distinto a decir que respondía por el esclavo.

Entre estas acciones se encontraba la *actio de peculio aut in rem verso*, que podía ser ejercida por los acreedores del esclavo deudor en contra del *domi-*

⁴²⁰ D.50.17.133 (en el mismo sentido Gai 4.75; D.2.10.2). Ratificado por la doctrina, por ejemplo, Cannata, Carlo Augusto, *Corso di Istituzioni di diritto romano* I, Turín, Giappichelli, 2003, p. 80; Manfredini, Arrigo, *Istituzioni di diritto romano*, 3a. ed., Turín, 2007, pp. 77 y 78 (en el mismo sentido Gai 4.75; D.2.10.2).

nus, cuando el primero hubiese contratado sin el consentimiento del dueño (“*sine voluntates dominiue*”).⁴²¹ La fórmula se caracterizaba por contener una *taxatio* que limitaba la condena tanto al valor del peculio del esclavo como al beneficio que eventualmente el *dominus* pudo obtener con el negocio respectivo llevado adelante por su esclavo.

Ahora bien, Ulpiano en D.9.3.1.8 planteaba la duda de cuál acción procedería contra el esclavo *habitor*: la acción noxal o la de peculio. ¿Por qué el problema?

En cuanto a la acción noxal, requería un daño o delito del esclavo (D.9.4.1), lo que en la especie no tenía lugar, pues no había un *damnum* propiamente tal de su parte.⁴²² Sólo se le imputa responsabilidad por el *factum*, por el hecho de que se produjo un daño con algo arrojado o vertido desde un inmueble del cual era *servus-habitor*. Por lo tanto, éste era responsable según el edicto sin haber “cometido” ningún acto ilícito, ningún delito. Si no había delito del *servus*, la acción noxal no tenía aplicación, pues sus presupuestos no concurrían.⁴²³

En cuanto a la acción de peculio, evidentemente el esclavo no había contraído ninguna obligación en virtud de una gestión de negocios, que era el ámbito de aplicación de esta acción según antes reseñamos. En este sentido, el *habitor* se encuentra en una situación diferente a los *nautae*, *caupones* y *stabularii* (que trataré en el capítulo sexto), respecto de los cuales existía un “negocio” entre uno de ellos y el responsable. De ahí que entonces tampoco en la hipótesis concurrían los presupuestos de la acción de peculio.

⁴²¹ Ulp. D.15.1.1.1; Gai. 4.73. El edicto se refiere en general a quien estuviese bajo potestad de otro (D.15.1.1.2) y comprendía a ambos sexos (D.15.1.1.3); en el caso, esclavos o esclavas (D.15.1.3.2).

⁴²² Longo sostiene que la duda original de Ulpiano era si procedía la acción noxal cuando el esclavo *habitor* no había causado ningún daño. Del conjunto de textos D.9.3.1.10, 2, 3 y 4 se concluiría que la acción expresaba claramente connotaciones de una acción penal y por tanto, de forma implícita, habría que deducir que este autor entiende que Ulpiano daba una respuesta afirmativa a la duda (*I Quasi delicta*, cit., pp. 455 y 456).

⁴²³ La cuestión no es pacífica pues tradicionalmente la doctrina romanista ha sostenido que en la edad clásica “todas” las acciones penales son noxales. Por tanto, la *actio de effusis vel deiectis* debió haber tenido esta característica. Dado lo anterior, Ulpiano no habría podido rechazar la *actio noxalis* en D.9.3.1.8, lo que constituiría una prueba que el texto está interpolado. El punto no me convence, y estoy de acuerdo con Serrao en “l’inconsistenza delle varie diagnosi interpolazioniste avanzate dalla critica” (*Impresa*, cit., p. 233).

Recuérdese que Biondi entendió que la acción que se acogía era la noxal (y por tanto fue interpolado D.9.3.1.8), porque así lo decía D.9.3.1 pr., confundiendo claramente el caso del *servus habitor*, que estamos tratando, con el *servus culpable* del daño (*Le acciones noxales*, cit., p. 193, nota 3). En el mismo sentido Giménez-Candela, *Los llamados*, cit., p. 102. Véase *supra* capítulo cuarto, romano III, núm. 3, tercer argumento.

Si no se podía ejercer la *actio noxalis* ni la *actio de peculio* en contra del *dominus*, y el esclavo no podía ser demandado por su incapacidad ¿cómo se procedía? Según el texto que nos ha llegado, Ulpiano opinaba que el *servus* debía ser corregido “extraordinariamente” por el ministerio del juez (“*extra ordinem officio iudicis corrigendum*”), justificando esta alternativa en que no conviene que quede sin castigo.

Ciertamente que la alternativa de una acción directa contra el esclavo en época clásica sorprende,⁴²⁴ y pone en seria duda la originalidad del texto, por lo que ha recibido una importante andanada de críticas.⁴²⁵ No obstante éstas, me parece que la duda con probabilidad existió, porque en efecto la acción noxal y de peculio debieron haber resultado inadecuadas para el caso, como asimismo la acción directa contra el esclavo (al aparecer como la única alternativa que habría permitido mantener la personalidad de la pena, evitando al *dominus* un detrimento causado por el esclavo en su habitación separada del propietario), pero que contradecía la incapacidad de comparecer en juicio de los esclavos (situación como veremos distinta para los hijos de familia, a quienes se les habría reconocido).

Se comprenderá que si no se podía ejercer ni la acción noxal, ni la de peculio ni la directa, la alternativa que habría quedado es la irresponsabilidad del esclavo *habitor*, y por ende, el no pago de pena alguna a la víctima, con la consiguiente no reparación del daño que se le causó. Lo más seguro es que una solución como ésta no haya sido alternativa en definitiva. Por ello Serrao ha hipotizado que la jurisprudencia, no muy convencida y con dudas, haya quizás forzado la situación, concediendo contra el *dominus* del *servus habitator* l'*actio de effusis vel deiectis de peculio*,⁴²⁶ posibilidad que me parece la más razonable entre las posibles.

⁴²⁴ Sólo con Justiniano se habría aceptado la posibilidad de accionar contra el esclavo directamente *ex delicto*. Biondi, *Le acciones noxales*, cit., p. 192.

⁴²⁵ *Index Interpolationum*, t. I, 117. Según Serrao, descartando las razones esgrimidas por otros romanistas, la opinión que el esclavo “*extra ordinem officio iudicis corrigendum*”, no se puede atribuir a la misma persona que antes había excluido la existencia de un delito del siervo ni a un jurista que escribe en un ambiente en que el *habitor* sería responsable por culpa (D.9.3.1.4). *Sed ego puto* sería lo que quedó del texto original, insertando los compiladores a continuación la frase actual que sigue. *Impresa*, cit. pp. 233-235 (Véase en p. 234 argumentos de otros autores).

⁴²⁶ Serrao, *Impresa*, cit., pp. 233 y 236. También Schipani cree que con posibilidad fue la solución en época clásica. *Il contributo*, cit., p. 1106.

3. *El caso del filius familias*

En cuanto al hijo, “la posizione dei *fili familias* era dapprima uguale a quella degli schiavi”:⁴²⁷ incapaces procesal y patrimonialmente; el *paterfamilias* podía entregarles un peculio para su administración; y regía el principio que sus actos no podían perjudicar la situación jurídico-patrimonial del jefe de la familia. Si éste era condenado a pagar una pena o una deuda, por un delito o negocio celebrado por el hijo, el principio resultaba violado. Por lo mismo, se debía accionar en contra del *pater* quien, para no resultar totalmente perjudicado, tenía “derecho” a que se le demandara con la *actio noxalis* en caso de delito (Gai. 4,75), o con la *actio de peculio* en caso de obligaciones *ex causa negotium gestio* “*sine voluntates patris*” (Gai. 4,73). En ambos casos el *paterfamilias* veía limitada su responsabilidad, pues con la acción noxal gozaba de la facultad de entregar al hijo al demandante (*noxae deditio*), evitando la *litis aestimatio*; mientras que con la *taxatio* introducida a la fórmula de la *actio de peculio*, la condena sólo podía alcanzar hasta el valor del peculio del *filius familias* o de la ventaja obtenida.

Frente a un hijo de familia *habitor*, el problema entonces a que daba lugar la aplicación del edicto *de effusis* habría sido la misma que para el caso del esclavo: eran improcedentes en contra del *pater familias* la *actio noxalis* por no haber cometido el hijo ningún delito y la *actio de peculio* por no derivar la obligación demandada de un negocio obligatorio. Luego, no resulta extraño que los pasajes de D.9.3.1.7,⁴²⁸ D.44.7.5.5⁴²⁹ e I.4.5.2,⁴³⁰ sin perjuicio de algunas diferencias en los textos, traten la cuestión y su solución también en los mismos términos que para los esclavos: se descartan las acciones en contra del *pater familias* y se acepta una acción directa en contra del *filius familias*.

⁴²⁷ Marrone, *op. cit.*, p. 240. En el mismo sentido, Aràngio-Ruiz, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 14a. ed., Nápoles, 1991, p. 374. Manfredini, colocando como límite de esta situación de paridad el fin de la edad republicana, y destacando que no podían empeorar la situación del padre. *Istituzioni, cit.*, p. 92.

⁴²⁸ “Si un hijo de familia tuvo arrendado un comedor, y de él se hubiera arrojado ó derramado alguna cosa, no se da contra el padre la acción de peculio, porque no procede de un contrato; y así, compete esta acción contra el mismo hijo”.

⁴²⁹ En lo pertinente dice: “y por esto, si un hijo de familia habitare separado de su padre, y si de un cenáculo se hubiera arrojado ó vertido alguna cosa, ó si en él tuviere puesto ó suspendido algo, cuya caída es peligrosa, le pareció bien á Juliano, que no se ha de dar contra el padre ni la acción de peculio, ni la noxal, sino que se ha de litigar contra el mismo hijo”.

⁴³⁰ En su primer parte señala: “si un hijo de familia habitare separado de su padre, y de la habitación de aquél se hubiere arrojado ó vertido algo, ó en ella hubiere tenido puesta ó suspendida alguna cosa, cuya caída es peligrosa, pareció á Juliano que no había ninguna acción contra el padre, sino que debe procederse contra el mismo hijo”.

Las explicaciones dadas por tanto en la letra precedente serían igualmente válidas para entender las respuestas de Ulpiano (D.9.3.1.7) y Gayo (D.44.7.5.5) respecto del habitador que es hijo de familia (al menos si no se tiene en cuenta la crítica interpolacionista a estos pasajes).⁴³¹

Hay sin embargo dos diferencias relevantes con el caso del esclavo *habitor*: los *fili familias* adquirieron con el paso del tiempo capacidad jurídica y se eliminó la facultad a los padres de darlos en noxa (I.4.8.7), posibilidad que se mantuvo con Justiniano respecto de los *servi*.

Efectivamente, ya desde el derecho clásico alto se les habría reconocido, al menos parcialmente, capacidad jurídica procesal a los *fili familias*⁴³² para ser demandados por las obligaciones asumidas, derivasen de actos lícitos o de actos ilícitos, de lo cual dan cuenta varios textos.⁴³³ Por tanto, “sembra che da età classica il *filius familias* fosse direttamente convenibile anche con azioni penali”,⁴³⁴ al menos respecto a ilícitos pretorios como la *actio de effusis et deiectis* y de *positi et suspensio*, que no eran considerados delitos por los clásicos.⁴³⁵ De este modo, la solución de Ulpiano en D.9.3.1.7 y del propio Gayo en D.44.7.5.5 no habría significado ninguna novedad en época clásica tar-

⁴³¹ Para D.9.3.1.7, Longo considera interpolada la parte “*de peculio-veni*”; la referencia a la actio de peculio y su rechazo sería de los compiladores como en D.44.7.5.5. Para D.44.7.5.5 Longo “*Cuius casus- dandam actionem*” es un texto interpolado. *I quasi delicta*, cit. p. 453.

⁴³² Aunque como excepciones a la regla general, la capacidad del *filius familias* en el derecho clásico habría sido “ampliamente riconosciuta”. Pugliese, *Il processo*, cit., p. 282. “Già in età classica si ammise che il figlio, ad evitare la *nox a deditio*, potesse difendersi da sé ove il padre trascurasse la sua difesa”, Aràngio-Ruiz, *Istituzioni*, 1991, p. 365. La capacidad general de actuar habría sido ya reconocida a partir del siglo I d. C., como implícitamente queda de manifiesto en el Senadoconsulto Macedoniano a la época de Vespaciano (D.14.6.1 pr.): Cannata, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, cit., t. I, p. 55, nota 21. Manfredini, destaca que a fines de la República se comienza a establecer que los hijos pueden contraer obligaciones civiles. *Istituzioni*, cit., p. 93.

⁴³³ Entre los principales, por ejemplo, D.44.7.39 y D.5.1.57. En el primero, Gayo decía que “El hijo de familia se obliga por todas las causas como padre de familia; y por esto se puede ejercitar con él la acción, como contra el padre de familia”. Mas, Biondi crítica el texto, pues en su concepto no es clásica la posibilidad de actuar *ex delicto* contra el hijo. Tal posibilidad habría sido en calidad de *cognitor*, *procurator* o *defensor*, es decir, a nombre ajeno. *Le azioni noxales*, cit., p. 47. En el segundo, es Ulpiano el que afirmaba que “tanto por contratos, como por delitos, compete acción contra el hijo de familia”. A Pugliese le parece verosímil que la referencia a los delitos haya sido introducida por los compiladores. *Il processo*, cit., p. 284. Otros textos, D.15.1.44-45, D.9.4.35.

⁴³⁴ Marrone, *op. cit.*, p. 241, nota núm. 118. Aunque según Cannata, “la cosiddetta capacità delittuale non è in realtà un aspetto de la capacità di agire”. *Corso*, cit., t. I, p. 80.

⁴³⁵ Pugliese, *Il processo*, cit., p. 285. En el mismo sentido La Rosa que, si bien no acepta para el derecho clásico una capacidad general a los *fili familias* para ser demandados por obligaciones *ex delicto*, como en cambio si ocurriría por obligaciones *ex contractus*, admite que hubo excepciones cuando concurrían determinados requisitos (cita a Solazzi) que impedían

día: siendo capaz el hijo, se le podía demandar de forma directa con la *actio de effusis vel deiectis*.

En otras palabras, la duda existió y se generó entre los prudentes en tiempos anteriores, pronunciándose sobre ella, lo que obligaba a Gayo y a Ulpiano a tratarla en sus obras. Esto motiva la presencia de la cuestión en los textos citados; pero la respuesta que dan resultaba bastante natural al momento en que escriben, en virtud del estado de la capacidad del *filiusfamilias* (a diferencia de lo que ocurría con los esclavos). Por el contrario, habiéndose consolidado la solución entre la época clásica tardía y Justiniano, la referencia en los pasajes a la pregunta en el instante de acometer el trabajo compilatorio, resultaba simplemente un resabio histórico (algo así como “algunos siglos atrás existió una duda...”, pero que ya no era tal).

Desde esta perspectiva, los textos clásicos que aludieran a la duda de admitir la *actio de peculio* o la *actio noxalis* en contra del padre en materia del edicto en comento, se debían necesariamente readecuar al nuevo estatus jurídico consolidado del *filiusfamilias*, lo que implicaba eliminar de forma total o parcial las referencias a dichas acciones. Esto explicaría el por qué en el pasaje de Ulpiano en D.9.3.7 se mantuvo la referencia a la pregunta y la alusión a la *actio de peculio*, pero no así a la *actio noxalis* (eliminada por los compiladores), y por qué en I.4.5.2, de creación justiniana, sólo no figura ninguna referencia a la acción de peculio ni a la acción noxal, a pesar que la fuente textual directa es el pasaje de Gayo de D.44.7.5.5 que sí se refiere a ambas.

Pero la cuestión no es tan sencilla. Si bien hay coincidencia entre los romanistas en cuanto a que la solución de admitir la acción directa contra el hijo de familia contenida en D.9.3.7 y D.44.7.5.5 se funda (además de lo dicho respecto de los esclavos), en el reconocimiento de la capacidad al *filiusfamilias*, algunos discuten “el momento” en que operó dicho reconocimiento, negando que haya tenido lugar en época clásica.

Así, a propósito que D.44.7.5.5 e I.4.5.2 atribuyen a Juliano (inicio clásico tardío) la idea de que en el caso del *filiusfamilias* habitador no procede la acción de peculio ni la noxal, sino que la acción se da en forma directa contra el hijo, Giménez-Candela ha sostenido que si bien ello puede causar cierta perplejidad, ello es así debido “a la reforma compilatoria que parte de la capacidad patrimonial de hijos de familia”.⁴³⁶ De esta manera, estaríamos en presencia de una solución de los compiladores, aunque desarrollada en todo caso en el derecho post clásico, con lo cual Gayo (D.44.7.5.5) nunca hubiese podido atribuir a Juliano ni el problema y ni la respuesta.

que se demandara al padre, entre ellos, las acciones de *effusis vel deiectis* y de *positis vel suspensis*. *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, pp. 186-188 y nota 136.

⁴³⁶ *Los llamados*, cit., p. 102.

En cuanto a la cuestión de la autoría de la solución, Burdese le ha representado a Giménez-Candela precisamente el hecho que al margen de la capacidad patrimonial del *filius familias*, es difícil que los compiladores se la hayan atribuido a Juliano, por lo que puede ser genuina y haberla recogido Gayo y Ulpiano.⁴³⁷ De hecho, agregó, Juliano no era uno de los autores incluidos en la “Ley de Citas”,⁴³⁸ por lo que citándolo no se le daba ninguna “autoridad” a la solución. Por tanto, si los compiladores intervinieron el texto y la solución les pertenece, y no a Juliano, ningún sentido tenía mantener la alusión a este jurista. Más fuerza se le habría dado a la respuesta dejando como autor directo a Gayo o a Ulpiano.

En cuanto a la cuestión de fondo del reconocimiento de la capacidad del *filius familias*, a juicio de Talamanca, y al contrario de lo afirmado por Giménez-Candela, la referencia en I.4.5.2 al *filius familias habitator* lo que hace es mostrar cómo este tipo de problemas era difundido entre los prudentes y como algunos de ellos buscaban soluciones uniformes,⁴³⁹ comentario que me parece bastante cercano a lo que debe haber ocurrido en la realidad. De esta manera, I.4.5.2 es un reflejo de las discusiones clásicas, de las cuales dan cuenta D.9.3.1.7 y D.44.7.5.5, y no al revés. Así, I.4.5.2 sería la síntesis conclusiva de dichas discusiones, las que se habrían dirigido hacia la solución contenida en D.9.3.1.7 y D.44.7.5.5. Dicho en otras palabras, el problema del hijo *habitor* existía, lo que consta en estos pasajes clásicos, pero los compiladores, probablemente por el reconocimiento definitivo de la plena capacidad al hijo y la negación de la posibilidad de entregarlo en noxa, simplemente lo acentuaron junto a su solución en las *Institutiones*.⁴⁴⁰ Nótese que si se comparan éstas con D.44.7.5.5, se aprecia claramente como este pasaje fue dividido en las *Institutiones* en dos textos diferentes (I.4.5.1 e I.4.5.2), aislando y destacando en especial la situación del hijo *habitor*.

Así, el problema era antiguo y la solución clásica; pero la relevancia dada al caso en I.4.5.2, resultó ser la novedad (si se puede hablar de tal) de las *Institutiones*.

Veamos la cuestión desde otra perspectiva. ¿Por qué D.9.3.1.7 sólo se refiere a la acción de peculio (a diferencia de D.44.7.5.5 que se refiere a ambas)? Es verosímil pensar que hubo intervención compilatoria, para eliminar la referencia a la acción noxal en contra del hijo, dado que ésta resulta-

⁴³⁷ Burdese, *Recensión, cit.*, p. 455.

⁴³⁸ Véase nota 73.

⁴³⁹ Talamanca, *Recensión, cit.*, p. 617.

⁴⁴⁰ Serrao advierte en cierta medida este punto, cuando afirma que con claridad el interés de los compiladores era “ribadire la capacità originaria del *filius* ad essere convenuto direttamente con la nostra azione”. *Impresa, cit.*, p. 231.

ba inaceptable en ambiente bizantino; mas, si se intervino el texto, y era un hecho que tampoco era posible ejercer *la actio de peculio*, ¿por qué no se eliminó también la referencia a ésta, más aún cuando justamente las dos fueron eliminadas para la confección de I.4.5.2 frente a su fuente D.44.7.5.5? A mayor abundamiento, si los textos se intervinieron y la “idea justiniana” en la materia era en definitiva la que consta en I.4.5.2, ¿por qué se dejó la referencia a las acciones de peculio y noxal, aunque sea para rechazarlas en D.44.7.5.5? Finalmente, si la solución planteada es de los compiladores, ¿para qué se le atribuye la respuesta definitiva de la problemática a Juliano, jurista del siglo II d. C., no sólo en D.44.7.5.5, sino también en I.4.5.2? La referencia no era necesaria para lograr el efecto de la intervención.

Quizás las cosas se explican mejor aceptando la autenticidad de los textos al menos en cuanto a la sustancia, conforme a los datos que tenemos. Que Gayo mantenga aún la alternativa en D.44.7.5.5 de la *actio noxalis*, planteada por Juliano, no extraña, cuando el mismo autor en Gai. 4,75 aún alude a la posibilidad de la noxa del hijo. Se ve que hasta sus días, aún se aceptaba, al menos jurídicamente (probablemente a nivel social la cuestión generaba rechazo).

Luego, que ya Ulpiano en D.9.3.1.7 no se refiriera a la noxa del hijo, se podría deber al hecho que estuviera afirme en la jurisprudencia la imposibilidad de ejercer la acción noxal por no existir un hecho dañoso del hijo,⁴⁴¹ pero si así hubiese sido, surgiría la duda de por qué no se eliminó la referencia también a propósito de los esclavos en D.9.1.3.8, que tampoco habrían ejecutado hecho delictuoso alguno. La eliminación puedo decir más bien relación (antes de ser atribuido de forma directa a una intervención compilatoria), al cambio cultural que a la época de Ulpiano ya había comenzado a operar, resultando bastante más natural esta explicación como dijimos. Hay que pensar que además de ser Ulpiano posterior a Gayo, a este último siempre se le ha imputado que con probabilidad estaba atrasado en las “noticias” del estado del derecho debido a su provincialismo (de hecho, es él quien habría citado a Juliano, anterior cronológicamente). En otras palabras, si bien la razón jurídica para que fuera imposible deducir la acción noxal es la misma tanto para el hijo de familia como para el esclavo *habitor*, es explica su omisión en D.9.3.1.7 referida al hijo y su alusión en D.9.3.1.8 referido al esclavo, en el entendimiento a la época de Ulpiano que no se podían entregar los hijos en noxa.

⁴⁴¹ Serrao, *Impresa, cit.*, p. 229.

Supongamos que Giménez-Candela tiene razón y la capacidad sólo fue reconocida al *filius familiae* en época postclásica⁴⁴² para la generalidad de los casos. Aún en esta hipótesis, no habría sido tan sorprendente que Gayo y Ulpiano pensaran en una excepción para este caso en particular. El rechazo de la procedencia de la acción de peculio y de la acción noxal, llevaban indefectiblemente, y en el fondo, a la negación de una limitación de la responsabilidad al *paterfamilias*, ya sea al valor del peculio profesional del hijo o al no pago de la condena por la entrega de este último. El hijo no podía ser demandado de forma directa, así que sólo quedaba que el jefe de familia respondiera.

Un resultado como este, en pleno siglo II y III d. C., donde la culpa se había erigido ya como el criterio de atribución de responsabilidad principal (capítulo primero, romano II), habría sido con probabilidad considerado una “gran injusticia”. Es decir, condenar al *paterfamilias*, por un hecho en el cual ninguna conducta de su parte tuvo lugar, y no darle además la posibilidad de limitar o eximirse de responsabilidad, sin lugar a dudas no debe haber sido una solución que satisficiera a los juristas, sino muy por el contrario. De ahí que si a la época no se reconocía al hijo capacidad jurídica en el ámbito penal, estoy de acuerdo en que la introducción de una excepción habría sido posible de imaginar. Gayo y Ulpiano no deben haber tenido inconvenientes en “pasar por alto” la incapacidad del hijo de familia, si aún hubiese existido, para poder atribuir responsabilidad directamente al *habitor*, pues una responsabilidad “ilimitada” por el hecho ajeno (aunque el *filius familiae* pudo en realidad no haber “hecho” nada, sólo era el imputado por ser *habitor*), habría implicado una grosera injusticia en el estado del derecho en aquel momento.

En definitiva, aunque muy probablemente hubo algún manejo por parte de los compiladores de los textos en cuestión, es poco probable que las intervenciones hayan alterado el fondo de los citados pasajes. Desde esta perspectiva, la concesión de una acción directa en contra del *filius familiae* me parece que fue la solución clásica al problema del hijo *habitor*.⁴⁴³ No en vano el redactor de las *Institutiones* dejó constancia en I.4.8.7 que “en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces,

⁴⁴² *Los llamados, cit.*, p. 101.

⁴⁴³ Longo de forma precisa expresó que no está convencido de las críticas (de Biondi, Albertario, Arangio Ruiz y De Francisci), y piensa que tanto en el edicto de *effusis vel deiectis* como de *positis vel suspensis* la víctima podía accionar en contra del *filius* si vivía fuera del círculo familiar. *I quasi delicta*, pp. 453 y 454. Según Serrao, los pasajes de D.9.3.1.7 y D.9.3.1.8, salvo la última frase de éste, que analizamos en el acápite anterior, conservarían en forma sustancial el pensamiento de Ulpiano. *Impresa, cit.*, p. 235.

que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos”.⁴⁴⁴ Ciertamente ello no necesariamente fue así desde la dictación del edicto; se trata de un problema que surgió, ante la laguna de la providencia pretoria, respecto de la cual no sabemos todas las alternativas que se discutieron, y que aparentemente con Juliano ya la solución se enderezó en la manera indicada.

Por lo mismo, me parece que tienen razón los autores que han postulado que el problema de si se debía dirigir o no acción, de peculio o noxal, contra el *paterfamilias* por la responsabilidad del hijo *habitor*, es clásica, así como la solución que hoy consta en las citadas fuentes también.

Respecto a esta conclusión, aún quedará pendiente una cuestión, referida a la ejecución de la sentencia: aceptada la acción directa contra los *fili familias* ¿sobre qué bienes se ejecutaba la sentencia? Ello porque la admisión de la acción directa no modificaba la situación de los hijos en cuanto a su calidad de *alieni iuris* y la no tenencia de un patrimonio propio; y que en caso de tener un peculio, la titularidad de los bienes correspondía al *paterfamilias*, salvo el peculio castrense.⁴⁴⁵ Entonces, al ejercicio de la acción edictal, se une la duda de cómo se podía ejercer la *actio iudicati*, pues la falta de un patrimonio podía limitar o incluso impedir la satisfacción del acreedor.⁴⁴⁶ Por lo mismo, se podría dudar de la posibilidad del ejercicio directo de la *actio de effusis vel deiectis* en contra del *filiusfamilias*, si luego no se podría deducir en su contra la *actio iudicati*.

La doctrina, dada la poca información que sobre el particular proporcionan las fuentes, ha sido un tanto vacilante en el punto. Sin embargo, es posible concluir de los autores que han tratado la problemática, que la cuestión del ejercicio de la *actio iudicati* no constituye óbice para la aceptación de una acción de fondo directa en contra del *filius*; y por tanto, las dificultades o el cómo se ejerza posteriormente la *actio iudicati* resultaría una cuestión distinta,⁴⁴⁷ no resultando modificada la conclusión expresada.

⁴⁴⁴ Biondi entiende que la referencia es a los juristas postclásicos, lo que estaría confirmado dice por el edicto de Teodorico (§ 118), a diferencia de Bonfante, que la califica de falsa. *Le acciones noxales*, cit., p. 45.

⁴⁴⁵ D.49.17.11; D.42.6.1.9; I.2.12 pr. Gozaron los hijos de este peculio desde Augusto: Aràngio-Rùiz, *Istituzioni*, cit. p. 477.

⁴⁴⁶ Manfredini, *Istituzioni*, cit., p. 93.

⁴⁴⁷ Así, , quien acepta la acción directa contra el hijo en época imperial, no obstante que respecto a la *actio iudicati* sostiene Aràngio-Rùiz que no se podía ejecutar hasta que terminara la potestad del padre sobre su persona. *Istituzioni*, cit., p. 476. Pugliese, que acepta el ejercicio de la acción directa en cambio en época clásica, respecto a la ejecución, salvo el caso que cuente con un *peculium castrense* (por tanto se puede ejercer sin problemas la *actio iudicati* directa), no le parece imaginable una ejecución patrimonial de la condena mediante *missio in*

Es más, admitamos que la crítica interpolacionista tiene razón, y las referencias a una acción directa corresponden a inserciones de los compiladores. ¿Cambia la situación desde la perspectiva de la ejecución? La respuesta es negativa. Es cierto que las posibilidades mejoraron, al unirse al peculio castrense el peculio cuasi castrense en época imperial y el peculio adventicio; empero, el peculio profecticio sigue estando constituido por bienes cuya titularidad es del padre (C.6.61.6; I.2.9.1) y, desde luego, no necesariamente el *filiusfamilias* demandado tendría un peculio sobre cuyos bienes ejecutar la sentencia. Es decir, la adquisición de la legitimidad pasiva de la *actio de effusis vel deiectis* en época posclásica o justiniana no habría significado por este sólo hecho la adquisición de bienes o un patrimonio propio sobre el cual ejecutar la condena.

V. CONCLUSIONES PARTICULARES

El edicto, de acuerdo a la datación que le ha dado la romanística, habría sido dictado en un momento histórico en que “la intencionalidad”, sea a través del término dolo u otro diverso, se había consolidado como elemento concurrente en los delitos públicos y privados. De hecho, en leyes del último siglo de la República, de forma expresa se aludía al dolo. Desde esta perspectiva, existía una consciente valoración de la voluntad del sujeto cuya conducta habría causado un resultado sancionado por el *ius civile*. Se puede entonces hipotizar que el pretor que en un principio introdujo el edicto *de effusis vel deiectis*, como asimismo los que lo repitieron en los años sucesivos, lo hicieron bajo el conocimiento y conforme al sentir de la época, en cuanto a que una sanción penal requería de la intencionalidad del imputado. Por el contrario, a la misma época no hay constancia de un claro desarrollo de la idea de “culpa”, concentrando la valoración de la conducta a efectos de determinar la concurrencia de la *iniuria* en la *lex Aquilia*, a través de diversos términos y restringida a ésta.

bona e bonorum venditio, siendo asimismo obstáculo a la *ductio* la patria potestad. *Il processo*, cit., pp. 285 y 286. Según Solazzi, podría cumplir pagando con el peculio profecticio. “Capacità del filius familias di stare in giudizio”, *BIDR*, núm. 11, 1808, pp. 115 y ss. La Rosa, así como entiende que respecto a D.9.3.1.7-8 “non vi siano ragioni plausibili per negare la sostanziale classicità del principio in essi accolto”, rechaza el ejercicio de la *actio iudicati* directa en contra del hijo en base a una serie de textos que analiza, sosteniendo la tesis de que los juristas, ante la “impossibilità d’intentare l’*actio iudicati* contro il *filiusfamilias*”, habrían sido empujados por las circunstancias a aceptar una *actio iudicati de peculio*, aún cuando la acción de fondo no se haya podido ejercer de esta forma. *Op. cit.*, p. 188, notas 136 y 200 respectivamente.

No obstante lo anterior, en el edicto no concurren referencias a voluntad del sujeto (salvo el conocimiento del *dominus* por el hecho del esclavo), que obliguen a un análisis de la intencionalidad de alguna conducta ejecutada ni tampoco a la determinación de una actuación realizada con *iniuria* (dado que ésta y no la culpa era el requisito en la ley general sobre daños vigente en ese momento). Muy por el contrario, se sancionaba a quien tuviera de hecho la calidad de *habitor*, de acuerdo a las precisiones efectuadas por la jurisprudencia, incluso cuando no existiera ninguna relación de causalidad entre conductas de su parte y el daño de la víctima.

Desde esta perspectiva, es claro que el pretor, vía edicto, pretendió introducir una figura construida sobre elementos diversos a los concurrentes en los tipos penales hasta la fecha en vigor, como era el *damnum iniuria datum* y el delito de *iniuria*, con los cuales se relacionaba en forma explícita a través de sus *verba edicti*. Así, el edicto dio lugar a sanciones sin necesidad que concurriera una conducta intencional o cometida con *iniuria* de parte del imputado (*habitor*).

Podríamos decir, bajo tal entendimiento, que se trataba para la época de una responsabilidad objetiva: no se atendía para la aplicación de la sanción a ningún análisis de los comportamientos ejecutados por el sujeto demandado, sino a la determinación de quien tuviera una calidad de facto (*habitor*), aunque ninguna conducta hubiese desarrollado en los hechos dañosos.

Hay un contexto histórico, relacionado con las nuevas problemáticas urbanas a enfrentar, como telón de fondo del edicto, el cual explica la decisión original del pretor y sus sucesores. De forma concreta, se advierte el potencial riesgo de daño a los transeúntes con cosas líquidas o sólidas que se vertían o arrojaban desde las nuevas casas construidas de dos o más pisos (seguramente las situaciones de daños en estas condiciones urbanas se habían hecho frecuente), acciones que constituían “el sistema de evacuación” de aguas servidas y desperdicios. Por lo mismo, tales actividades no pudieron ser prohibidas (sí al parecer reguladas), aunque claro está, las duras penas fijadas por el pretor más de algún efecto inhibitorio causaron, al menos en cuanto a posibles desprolijidades o descuidos en el verter o arrojar.

El edicto entonces restableció un equilibrio entre dos bienes públicos igualmente valorados: la necesidad de deshacerse de desperdicios bajo las condiciones de vida urbana del momento, por una parte; y la seguridad de los transeúntes o su adecuado resarcimiento al menos (pena en su favor), por otra. En ambos extremos se visualiza un claro interés público y la necesidad de dar una equilibrada solución a la problemática.

Sin embargo, el problema más grave generado por la nueva situación urbana no fue la reiteración de daños a los transeúntes, sino la imposibili-

dad para la víctima de individualizar a quien vertió o arrojó con resultado dañoso (que pudo inclusive consistir en la muerte del viandante). De lo contrario el daño se sancionaba y resarcía con la *lex Aquilia*.

En esta línea, el edicto buscó eliminar la pesada carga que para la víctima o demandantes significaba, además de soportar el daño, identificar al autor de la acción dañosa y luego afrontar la prueba de ello. Esta finalidad práctica probablemente incidió de forma sustancial en el criterio de atribución de la responsabilidad: el *habitor*. Se deduce entonces que el criterio de atribución tuvo por fundamento la noción de “garantía”, pues a los viandantes, producido el daño, se les “aseguraba” el pago de la pena fijada por el edicto para el caso particular, sólo individualizando al *habitor* de la casa de la cual cayó el objeto. Así, a través de la atribución de responsabilidad a quien tenía una tal calidad, el pretor daba seguridad a los demandantes de que podrían obtener la pena establecida para el caso. En palabras modernas, en pro de una garantía para la víctima, se consagró una situación de responsabilidad objetiva.

Tratándose de una garantía, bastaba el aseguramiento de ella; que el demandante pudiera ejercer sin inconvenientes la acción que le permitiría obtener la pena (y resarcimiento) contra un sujeto fácil de identificar. Empero, no era necesario para ello atribuir la obligación de pago de la pena a cualquiera, o hacer soportar las consecuencias patrimoniales del pago a cualquiera; más aún cuando la regla general era atribuir responsabilidad por actuación dolosa o con *iniuria*. Por ello, y teniendo presente los principios que se aplicaban al *dominus* y al *paterfamilias*, parece evidente que tratándose de un tipo excepcional, tanto el pretor como los juristas hayan tratado de limitar la responsabilidad sobrevenida con el edicto lo más posible, recurriendo con tal objeto a los instrumentos jurídicos con que contaban a la época.

Una primera limitación importante pareciera que fue introducida en el mismo edicto, no obstante las sospechas de algunos romanistas, permitiendo al *habitor*, mediante una suerte de *exceptio* introducida en la fórmula, ser condenado al pago de la pena con la facultad de entregar en noxa al *servus* o *filiusfamilias*. Esto por supuesto en el caso que uno de ellos haya sido el autor del hecho. El régimen noxal habría proveído entonces al pretor de elementos que le habrían permitido introducir en el mismo edicto, un instrumento limitativo de la responsabilidad del *habitor*.

Evidentemente, el cambio cultural llevó a que la entrega del hijo en noxa fuera en algún momento letra muerta, al no resultar para los jefes de familia una forma de evadir el pago de la pena sino una sanción inclusive más dura, lo que determinaría que su referencia haya sido al final eliminada del texto del edicto.

Una segunda limitación aparece en materia de “incapacidad jurídica”. En la práctica, se suscita el problema que el criterio de atribución de responsabilidad (*habitor*), puede conducir a un *servus* o a un *filius familias*, siendo inaplicable la noxalidad respecto del *dominus* o del *paterfamilias*, por no haber en la especie un hecho delictual. La jurisprudencia vacila ante la problemática y no hay certeza de la solución clásica a la cuestión. Sin embargo, creo verosímil que los juristas clásicos discutieron el punto. Asimismo, la problemática surge de la falta de legitimación pasiva del *habitor*, pero al mismo tiempo de la inaplicabilidad de la noxalidad, que de forma implícita contenía una limitación de responsabilidad para el *dominus* o *paterfamilias*. Por lo mismo, lo que se discutía en el fondo era cuál podría ser el instrumento limitativo de responsabilidad, dentro del sistema del derecho romano.

En cuanto a la respuesta concreta, una acción directa en época clásica en contra del *servus* parece muy poco probable, siendo ésta de todas maneras la respuesta justiniana a la cuestión, no obstante la mantención de su incapacidad y falta de patrimonio. Por ello, frente a la irresponsabilidad (el otro extremo), una *actio de peculio* parece bastante verosímil, no obstante las dudas que trae aparejadas. En cambio, una acción directa en contra del *filius familias* no es descartable incluso en época clásica, siendo ésta luego ciertamente la solución justiniana, aunque persistiera la posibilidad de que no tuviera patrimonio sobre el cual hacer efectiva la condena por parte el demandante vencedor.

De paso señalo que el reconocimiento de una *actio de peculio* en contra del *servus habitator* y la *actio effusis vel deiectis* directa contra el *filius habitator*, además de constituir una eximente total de responsabilidad para el *dominus* o *paterfamilias*, habría implicado que ambos respondieran por lo vertido o arrojado con daño por sus propios familiares, esclavos, o inquilinos en general; es decir, debieron haber asumido también una responsabilidad por el hecho ajeno, cuestión a la cual la fuentes no se refieren.

Aunque no es una limitación o eximente de responsabilidad en el propio sentido, se debe mencionar al menos la limitación material que los juristas efectuaron para determinar quién tenía la calidad de *habitor*, cuestión que se dio a propósito de la posible pluralidad de moradores de un inmueble. A través del método de interpretación de las palabras del edicto (*qui ibi habitaverit*) seguido por los juristas, éstos trataron de reducir lo más posible el cerco en torno al morador-autor del hecho dañoso o al menos al más cercano al hechor, arribando a la regla que es *habitor* el morador de la parte del inmueble desde el cual cayó el objeto líquido o sólido con resultado de daño.

A pesar de la poca claridad entregada por las fuentes, y con independencia de la naturaleza de la acción, lo más probable es que los juristas

hayan estado de acuerdo en la posibilidad de trasladar las consecuencias patrimoniales negativas desde el patrimonio del *habitor* al patrimonio del autor del hecho dañoso a través de acciones de regreso. Con certeza se trata de un remedio posterior a la condena y cumplimiento de ésta, pero deja entrever la vocación de liberar de la carga a quien respondía de forma objetiva (sin culpa).

La calificación de la figura penal del edicto de *effusis vel deiectis* como cuasidelito y su incorporación en tal calidad a la obra justiniana, no implicó un cambio en la naturaleza del criterio de atribución de responsabilidad ni en su fundamento, a pesar de las referencias a la culpa de algunos pasajes de los jurisconsultos. Si bien se ha estimado por un nutrido número de autores tales referencias como interpolaciones postclásicas o compilatorias, pareciera que una correcta lectura, adaptada a la época, lleva a identificar en tales pasajes solamente la idea de “culpa-imputación” y no de “culpa efectiva”. El término culpa vendría a dar entender en los textos citados que al *habitor* se le imputaba o atribuía la responsabilidad, resultando obligado a pagar la respectiva pena.

Por tanto, siendo clásicos los pasajes, ningún cambio conceptual tuvo lugar en el derecho justiniano, lo cual es ratificado por las *Institutiones*, que no hacen ninguna referencia a una posible culpa del *habitor*, se limitó a destacar que la mayoría de las veces responde por culpa de otro. El punto es relevante porque ya en las *Institutiones* de Justiniano la culpa aparece desvinculada de la *iniuria*, como elemento autónomo del tipo, entendida al menos para la mayoría como “omisión de la diligencia debida” o con una mayor amplitud como conducta reprochable. Por tanto, habiendo llegado la noción de culpa a un tal desarrollo, pensar en que los compiladores entendieron la figura fundada en culpa efectiva pero omitieron la inserción en I.4.5.1 es, por decir lo menos, poco convincente.

Incluso, por la ausencia de toda referencia en I.4.5.1, si se acepta que D.9.3.1.4 fue modificado, no se podría entender que ello fue realizado por los compiladores a objeto de introducir una “culpa efectiva”, quedando sólo la opción de una “culpa-imputación”. O bien, fue modificado en época post clásica, pero los compiladores, manteniendo la inserción, no tuvieron convencimiento de la concurrencia de una “culpa efectiva”, omitiendo toda referencia en I.4.5.1., efectuando sólo una lectura del Digesto en términos de “culpa-imputación”.

En síntesis, de acuerdo al objetivo planteado, el estudio efectuado y las conclusiones precedentes, me parece que el tipo penal de la acción *de effusis vel deiectis* fue fundado originalmente en un criterio objetivo de atribución de responsabilidad limitada, situación que se mantuvo invariable hasta el

derecho justinianeo inclusive. Esta vocación limitativa se expresa en forma particular a través de la denominada *exceptio noxalis* ante el hecho dañoso del esclavo. Pero también mediante la posible acción de peculio y posteriormente directa contra el *servus*; directa contra el *filius familias*; y la acción de regreso contra los terceros relativos o absolutos.

No obstante lo anterior, dicha tendencia a la “limitación de la responsabilidad” presentó una salvedad importante: sólo pudo tener aplicación en los casos de responsabilidad por hecho ajeno, y por actos de *servus* o del *filius familias*. En efecto, aplicada la limitación material a los residentes e individualizado el *habitor*, en caso de no poder alegar y probar que el vertimiento o arrojó fue ejecutado por algunos de los indicados, resultaba obligado al pago del total de la *litis condemnatio*. No podía el *habitor* probar que no concurría culpa de su parte, ni tampoco limitar su responsabilidad a un monto menor.

Lo anterior sin perjuicio que es presumible que se aplicaron limitaciones cuando el hechor hubiese sido otro incapaz. Empero, datos ciertos en las fuentes resultan esquivos para los romanistas hasta nuestros días (véase nota 416).

Desde luego, se debe tener presente que la temática se encontraba dentro del derecho penal privado, y en este contexto los juristas aplicaron los instrumentos jurídicos que el derecho de la época ponía a su disposición para trasladar los efectos negativos de la sanción al autor del hecho. Otra cosa es que de tal aplicación advirtieran efectos “secundarios” positivos, como una limitación o exención de responsabilidad. De aquí que no lograran, manejando el concepto de responsabilidad limitada, generar otras soluciones fuera de una óptica penal, que efectivamente atenuaran la responsabilidad del *habitor* cuando el responsable no podía ser dado en noxa.