EFFUSA VEL DEIECTA EN ROMA Y GLASGOW

TAMMO WALLINGA
Rotterdam - Holanda

EFFUSA VEL DEIECTA EN ROMA Y GLASGOW

1. INTRODUCCIÓN

En 1990 tuvo lugar una manifestación deportiva, los *European Summer Special Olympic Games*, en el estadio de fútbol de Celtic, en Glasgow. El 21 de julio de 1990 se celebró la ceremonia de apertura, a la que asistió el señor Colin McDyer. Mientras que estaba sentado en la tribuna, cayó un trozo de madera que le alcanzó en la mano y le hizo daño. La madera se había desprendido de una construcción temporal que formaba parte del techo del estadio.

Colin McDyer inició un proceso contra Celtic como propietario del estadio y contra la empresa que había organizado la manifestación, pidiendo una indemnización. Su demanda se fundamentaba, entre otras cosas, en la acción romana *de positis*. Sobre esta base de la demanda se pronunció, el año pasado, un tribunal de segunda instancia presidido por Alan Rodger, antes romanista, ahora Presidente (*Lord President*) de la *Court of Session*.¹

2. EL RÉGIMEN DEL DERECHO ROMANO

En Digesto libro 9, título 3 y en algunos otros lugares del *Corpus Iuris Civilis*² se describe una responsabilidad que lleva a una *obligatio quae quasi ex delicto nascitur*. Se trata de casos en los que se produce o se puede producir un daño porque un objeto se tira o un líquido se echa desde una planta alta de un edificio. Voy a resumir muy brevemente el régimen, sin ninguna pretensión de reflejar todos los problemas o toda la discusión científica que sobre ellos se suscita.³

En D. 9,3 se puede ver que la responsabilidad está basada en dos edictos del Pretor. El primero da lugar a una *actio de effusis vel deiectis* cuando un objeto o un líquido ha caído y causado daño. El segundo edicto establece una *actio de positis vel suspensis* cuando alguien tiene un objeto puesto en un saliente (*suggrunda*) o en un alero (*protectum*) de una fachada, de manera que hay peligro de que se caiga. La acción es una *actio popularis* con la que se exige una multa, y para usarla no es necesario que se haya realizado un daño. Tiene una función sobre todo de prevención.⁴

¹ McDyer v The Celtic Football and Athletic Co Ltd (Scots Law Times 2000, 736-744) First Division, The Lord President (Rodger), Lords Cameron of Lochbroom and Nimmo Smith, 3 March 2000. Le agradezco al profesor Hector MacQueen (Edimburgo) haberme mandado una fotocopia de esta sentencia.

² Inst. 4,5,1-2 y D. 44,7,5,5ff.

³ Para un tratamiento más amplio del tema, véase: Teresa Giménez-Candela, *Los llamados cuasi-delictos*. Madrid 1990, pp. 61-128

⁴ A. Watson, *Liability in the Actio de Positis ac Suspensis*. Mélanges Philippe Meylan, vol. I (1963) 379-382, en la p. 379.

A mí me interesa, principalmente, el grado de responsabilidad que se aplica a estas acciones. Hay diferencia de opiniones sobre el tema. Según Watson (con el que estoy de acuerdo), en la *actio de positis vel suspensis* se trata de una responsabilidad por *culpa*: el responsable es quien *positum habet* el objeto.⁵ No importa quien lo puso, si él mismo u otra persona; en el último caso importa si el demandado ha permitido que el objeto siguiera puesto, y lo ha dejado allí. Es decir que tiene que saber que el objeto (y el peligro) está presente: entonces, si no hace nada es un caso de *culpa por negligentia*.

D. 9,3,5,10 *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patiat, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.*

Es distinto con la *actio de effusis vel deiectis*. Con esa acción se puede proceder contra el habitante del edificio desde el que ha caído algo.⁶ La acción se aplica contra el habitante sobre todo en su cualidad de habitante; realmente no importa si tiene alguna *culpa* o no. Es verdad que hay un pasaje en el que se habla de *culpa*:

D. 9,3,1,4 *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpa mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget,*

pero incluso cuando el pasaje es auténtico⁷ dice sobre todo que el habitante tiene la culpa por definición; no es una culpa que el demandante tiene que probar. Parece ser una presunción irrefutable de *culpa*. Esto nos lleva a una *responsabilidad objetiva*, o por lo menos a una *responsabilidad por hecho ajeno*. Si otra persona (y no el habitante mismo) ha tirado o echado algo, el habitante tiene la posibilidad de regreso contra esa persona. Sin embargo, eso no es problema de la persona en la calle: ella puede exigir el *duplum*, lógicamente del daño que ha sufrido, aunque con la acción se pide una multa, y en *stricto sensu* no se trata de una indemnización.

3. La recepción del régimen Romano

Quisiera apuntar un caso de la recepción del régimen romano. El jurista holandés Hugo de Groot (Grotius, 1583-1645) distingue claramente entre derecho natural y lo que, usando un término técnico más moderno, querría llamar derecho positivo. En tema de delitos, Grotius escribe que, aunque según las normas del derecho natural una persona puede ser únicamente responsable por su *culpa*, el derecho positivo puede crear una responsabilidad más amplia. En su libro *Introducción a la jurisprudencia Holandesa*, Grotius expone esta categoría como *delitos por interpretación de la ley*. En ella incluye el régimen romano de las acciones *de effusis vel deiectis* y *de positis*:

⁵ Watson, (*op. cit.* nota 4). En la página 379 critica la opinión vigente: 'So far as I am aware, it is always assumed, without any real discussion, that liability was the same as in the *actio de effusis vel deiectis* (...)'. Sobre esta opinión de Watson: W.M. Gordon, *The actio de Posito reconsidered*. Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas (ed. by P.G. Stein and A.D.E. Lewis), London 1983, p. 45-55, en p. 50 sqq.

⁶ D. 9,3,1,pr: *in eum qui ibi habitaverit*.

⁷ Ello fue puesto por Longo, *I quasi delicta. Actio de effusis et deiectis. Actio de positis ac suspensis*. Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV, Milano 1983, pp. 399-469, en las páginas 439 y 442.

Inleiding tot de Hollandse Rechtgeleerdheid III,38: Van misdaed door wetduiding.

1. Misdaed door wet-duiding is wanneer de wet eenige uitkomste iemand toe-rekent tot misdaed. 't Welck wel kan gheschieden, oock daer waerelick geen misdaed en is, maer nochtans niet zonder wettelicke oorzaecke (...)

3. Ten tweede, uit wiens woon-plaets iet is geworpen ofte gestort op een gebruickelicke weg, waer door iemand beschadigt is (...)

5. Ten derde, wie iet heeft uitsteekende ofte hangende ghehad ter plaetse daer men gewoon is voorby te rijden, 't welck vallend iemand heeft beschadigt.

Introducción a la jurisprudencia Holandesa III,38: De los delitos por interpretación de la ley.

1. *Delito por interpretación de la ley ocurre cuando la ley le imputa a alguien algún resultado como delito. Lo que puede pasar incluso donde no haya delito verdadero, pero nunca sin base en la ley (...)*

3. *Segundo, aquel desde cuya vivienda ha sido tirado o echado algo a una calle de uso común, por lo cual alguien ha sido dañado (...)*

5. *Tercero, aquel que tiene algo extendido o colgado en un lugar donde la gente suele pasar, lo cual cae y hace daño a alguien.*

El 'delito verdadero' para Grotius son los casos en los que la responsabilidad se basa en el dolo o en la culpa de alguien: se pueden identificar con los *delicta* del Derecho romano justiniano. Por otro lado, para los 'delitos por interpretación de la ley' no hace falta ningún dolo o culpa, y ellos, en su mayor parte, se pueden identificar con los cuasidelitos del derecho romano, las *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*.⁸

Hay que notar que en la mayoría de las codificaciones modernas sólo ha sido recibido la responsabilidad del *ius naturale*, no la de la 'responsabilidad por interpretación de la ley'. Es decir que en esas codificaciones, la responsabilidad (*cuasi*) delictual es una responsabilidad por *culpa*.⁹ Sin embargo, una excepción notable es el nuevo Código civil Holandés de 1992.¹⁰

⁸. Una categoría nueva incluida por Grotius son los accidentes de navegación, en los que el daño suele ser dividido 50/50, sin que la culpa tenga ninguna relevancia (*ibidem*, §§ 15-18).

⁹. Véase Teresa Giménez-Candela, *Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva*. Roma e America. Diritto Romano Comune. 8/1999, p. 117-129; son tratados el Code civil francés, el Codice civile italiano, el Código civil español, el Código civil argentino y el BGB alemán. Es decir que la distinción que todavía se hace en esas codificaciones entre delitos y cuasi-delitos tiene que ser diferente a la de Grotius: los delitos son los casos de dolo y los cuasi-delitos los de culpa.

¹⁰. Burgerlijk Wetboek (Código civil 1992) 6:162 párrafo 3: Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. (*Una acción ilícita se puede imputar al autor si se debe a su culpa o a una causa que, en vigor de la ley o de las normas vigentes en las relaciones sociales, es por su cuenta*).

Grotius tiene importancia, entre otras razones, por haber influido el derecho escocés. El “padre” del derecho escocés, James Dalrymple, Viscount Stair (1619-1695), ha basado su *magnum opus The Institutions of the Law of Scotland* en la obra de Grotius.¹¹ Aquí empieza la recepción del Derecho romano en Escocia, un país que todavía destaca como *mixed legal system*, con su mezcla de derecho romano y del *Common law*, el derecho común inglés.

La historia de la recepción de la *actio de effusis vel deiectis* en Escocia ha sido descrita por Stein en un artículo usado y citado por el tribunal en el caso de McDyer.¹² Hasta el artículo de Stein,¹³ no se había decidido ningún caso *de effusa*, y pocos autores habían comentado la acción: Bankton en su *Institute* de 1751¹⁴ y Hume en sus *Lectures* (1821-1822),¹⁵ mientras Kames la tenía en mente en sus *Principles of Equity* (1760).¹⁶ Bankton dice que con la acción *de effusis vel deiectis*, en derecho escocés no se puede obtener el doble; eso implica que la acción tiene lugar para obtener el *simpulum* del daño, pero Bankton no lo dice claramente. Sin embargo, es muy probable que considerara la acción parte del derecho escocés. Kames describe un caso *de effusa*, pero en el contexto de un dueño que tiene la responsabilidad por los hechos de su criado. Hume trata - de manera más explícita que Bankton y Kames - la *actio de positis vel suspensis* y la *de effusis vel deiectis* como parte del derecho escocés; en ambas la responsabilidad es por culpa, *culpa in omittendo* (no tomar medidas de precaución) o *culpa in eligendo* o falta de supervisión en caso de daño hecho por familiares o criados.¹⁷

4. EL DERECHO ESCOCÉS MODERNO

Tras estos preliminares, es la hora de volver al caso McDyer de Glasgow. El abogado de McDyer argumentaba a favor de una responsabilidad objetiva (*strict liability*) basada más o menos en la acción romana *de positis et suspensis*:

McDyer v Celtic 738 L ‘In any event the first defenders are strictly liable to the pursuer in terms of the *actio de positis vel suspensis* for causing or allowing a piece of timber to be placed

¹¹ [Stair] *The institutions of the law of Scotland, deduced from its originals, and collated with the civil, canon, and feudal laws, and with the customs of neighbouring nations* by James, Viscount of Stair (ed. by David M. Walker) [New Haven] 1981. Sin embargo, Stair se basaba en *De Jure Belli ac Pacis*, en el que Grotius no dice nada sobre la acción *de effusis vel deiectis* y por eso, Stair no la trata tampoco. Véase la introducción de esa edición, p. 15.

¹² P.G. Stein, *The Actio de Effusis vel Deiectis and the Concept of Quasi-Delict in Scots Law*. *The International and Comparative Law Quarterly* 4 (1955) 356-375.

¹³ Stein discute un caso de *effusa* de 1954: *Gray v. Dunlop*, 1954 *Scots Law Times* (Sh.Ct.) 75.

¹⁴ [Bankton]. *An institute of the laws of Scotland in civil rights: with observations upon the agreement or diversity between them and the laws of England in four books: after the general method of the Viscount of Stair's Institutions*. Edinburgh, The Stair Society, 1993-...; reimpresión de la edición Edinburgh, Fleming, 1751-1753.

¹⁵ *Baron David Hume's lectures, 1786-1822* / ed. and ann. by G. Campbell / H. Patton. Edinburgh, Skinner, 1939-1958.

¹⁶ *Essays on the principles of morality and natural religion* / Henry Home Lord Kames. - New York [etc] : Garland Pub, 1983. [The philosophy of David Hume; 8] Reimpresión de la edición Edinburgh, R. Fleming, 1751.

¹⁷ En el capítulo XVI (las obligaciones *quasi ex delicto*) del volumen III.

or suspended from the said stadium canopy where it could fall upon the pursuer who was in a part of the stadium where the public were likely to pass or congregate.’

El tribunal, tratando ese argumento, primero dijo que el Derecho romano sólo puede servir como fondo para la interpretación del derecho escocés:

McDyer v Celtic 742 I ‘It is perhaps unnecessary to recall at the outset that we are concerned to identify the relevant principles of Scots law rather than Roman law. So, the Roman provisions are significant only for the light which they cast on Scots law.’

El abogado de McDyer había sostenido que el régimen romano había sido recibido íntegro en el Derecho escocés, como *responsabilidad objetiva*.¹⁸ A diferencia del tribunal de primera instancia, la *Court of Session* aceptó la opinión de Bankton, relativa a que una responsabilidad basada en el régimen romano formaba parte del derecho escocés; únicamente en Escocia ya no se trataba del doble del daño hecho, sino de una indemnización de una sola vez por la suma del daño. También de las *Lectures* de Hume dedujo que el derecho escocés conoce una responsabilidad que, para los romanos, habría estado basada en el régimen de la *actio de effusis vel deiectis* o de la *actio de positis vel suspensis*. Pero el Tribunal añadió que Hume¹⁹ interpretaba esa responsabilidad como *negligence or inadvertency*, es decir, por *culpa*, y no como una *responsabilidad objetiva / strict liability*:

McDyer v Celtic, 743 AB ‘It is certainly possible to detect, in the shop sign and the flower pots, examples of liability which would have been covered by the actions de effusis et deiectis and de posito et suspensio in Roman law. But it equally appears to us that Hume sees them as cases where in Scots law the defender is liable because of negligence or inadvertency rather than on the basis of strict liability.’

Está muy claro que el derecho escocés no ha aceptado la doctrina de Grotius sobre la responsabilidad (*cuasi*) delictual. Hay que añadir que existe una ley en Escocia sobre la responsabilidad de los ocupantes de edificios: esa ley basa la responsabilidad en la *culpa*: es una responsabilidad que impone *duty of care*, esto es, una obligación de tomar todas las medidas razonables para evitar daños:

Occupiers’ Liability (Scotland) Act 1960: 1. *The care which an occupier of premises is required, by reason of his occupation or control of the premises, to show towards a person entering the-*

¹⁸. McDyer v Celtic, 743 A (La *Court of Session* dando un sumario de los argumentos del abogado de McDyer) ‘The exact relationship between the edicts and between the actions deriving from them is not entirely clear and, not surprisingly therefore, in addressing us counsel for the pursuer tended to move from the one to the other. But, as we understood him, his submission was that, viewed together, the Roman edicts gave rise to a form of strict liability for damage caused by objects which had been hung up on a building and fell down causing injury to those passing or gathered below.’

¹⁹. De todas maneras, para Hume el Derecho romano no era una fuente del Derecho actual: ‘For Hume, Roman law was only a historical not a living source of Scots law.’ J.W. Cairns, *Historical Introduction. A History of Private Law in Scotland, Volume 1, Introduction and Property*, Edited by Kenneth Reid and Reinhard Zimmermann, Oxford 2000, 14-184, en la p. 167.

reon in respect of dangers which are due to the state of the premises or to anything done or omitted to be done on them and for which the occupier is in law responsible shall, except in so far as he is entitled to and does extend, restrict, modify or exclude by agreement his obligations towards that person, be such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that that person will not suffer injury or damage by reason of any such danger.

2. Nothing in the foregoing subsection shall relieve an occupier of premises of any duty to show in any particular case any higher standard of care which in that case is incumbent on him by virtue of any enactment or rule of law imposing special standards of care on particular classes of persons.

Visto el texto de esa ley, es lógico que la *Court of Session* interprete la responsabilidad de la *actio de effusis vel deiectis* etc. como una responsabilidad por culpa, como lo había hecho Hume. Parece irrefutable que tal responsabilidad, con raíces romanas, ha sido recibida en el derecho escocés.

A pesar de ello, al final de su sentencia el Tribunal rechaza la responsabilidad basada en el Derecho romano de manera un poco sorprendente. Dice que tanto en Derecho romano como en derecho escocés, se trata de una responsabilidad para cosas que caen *afuera* desde un edificio, y que esa responsabilidad no se aplica al caso de McDyer, en el que algo ha caído *dentro del estadio* y hecho daño allí. Es un razonamiento que da un buen ejemplo de la técnica de *distinguishing*, una técnica del *Common law* con la que se puede evitar la *auctoritas* de decisiones anteriores (el principio de *stare decisis*).

Pero para el Derecho romano no me parece convincente. Es verdad que los textos romanos hablan de la protección de la gente que ha de poder transitar por la calle sin riesgo de objetos susceptibles de caída; se dice *iter facientes*. Pero los textos también indican que la responsabilidad puede existir en un lugar *qua volgo iter fiet inve quo consistetur*, en ambas acciones, tanto en la *actio de effusis vel deiectis* como en la *actio de positis vel suspensis*:

D. 9,3,1,pr (Ulp. ad Ed. 23) *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: 'Unde in eum locum, quo vulgo 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. (...)'*

D. 9,3,5,6 *Praetor ait: 'Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. (...)'*

Y no importa si es una calle pública o un lugar privado:

D. 9,3,1,2 *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem*

*debent habere. ceterum si aliquando vulgus in illa via non com-
meabat et tunc deiectum quid vel effusum, cum adhuc secreta
loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri.*

Puede ser que este texto hable de transeúntes, pero no veo porque los espectadores en un estadio no serían gente que esté en un lugar, es decir, interpretar el estadio como un lugar *in quo consistitur*. Habría preferido, como romanista, no encontrar esa distinción en la decisión del Tribunal; me parece un poco forzada, y no creo que los textos romanos justifiquen la certidumbre apodíctica del Tribunal. Además, hay que tener en cuenta que en Derecho romano la *actio de effusis vel deiectis* es una *actio in factum*.²⁰ Es decir que el Pretor tiene completa libertad para poner en la *formula* las circunstancias cuya presencia van a determinar la responsabilidad del demandado. A mi modo de ver, en un caso como el de McDyer, el Pretor habría preferido proteger al público del peligro de objetos susceptibles de caída, vista la intención general de sus edictos sobre *effusa vel deiecta* y *posita vel suspensa*, habiendo optado, así, por una responsabilidad objetiva.

Pero de todas maneras, séamos felices por el hecho de que en varios lugares del mundo, el Derecho romano todavía tiene un papel en la práctica moderna, aunque no como Derecho vigente sino como punto de referencia que ayuda a reflexionar adecuadamente y analizar de manera más profunda, *non ratione imperii sed imperio rationis*.

²⁰. D. 9,3,1,4 *Haec in factum actio ...*