

# REFLEXIONES EN TORNO A DIVERSOS DELITOS DE DERECHO HONORARIO

LUIS RODRÍGUEZ ENNES

*Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Vigo*

## I.- ADVERTENCIA PRELIMINAR

Hemos preferido denominar este artículo: «Reflexiones en torno a diversos delitos de Derecho Honorario» en lugar del canónico: «Los actos ilícitos de derecho pretorio»<sup>1</sup> porque, de optar por esta rúbrica, no sería lógico encuadrar bajo la misma los ilícitos tipificados por los ediles curules como consecuencia del ejercicio del *ius edicendi*. Con todo, la enseñanza tradicional, que considera al edicto de los ediles curules —al igual que el edicto pretorio— fuente del *ius honorarium*<sup>2</sup>, ha sido atacada por Volterra<sup>3</sup>. Este autor, tratando de hallar una fundamentación a la necesidad de explicar por qué razón en el Libro Siro-Romano de Derecho, que contiene —según la hipótesis de Nallino— sólo *ius civile* y *ius novum*<sup>4</sup>, se encuentran cuatro párrafos (39, 117, 113 a, 113 b) en los que se trata de la *actio redhibitoria*, llega a las siguientes conclusiones: a) los juristas romanos no consideraron jamás al derecho edilicio como una parte del *ius honorarium*; b) el edicto de los ediles curules había sido estudiado por los clásicos en las obras dedicadas al *ius civile*; c) fueron los justinianeos los que consideraron al edicto edilicio como una parte del derecho honorario, incluyendo en el índice de la Florentina los libros *ad edic-*

<sup>1</sup> Todos los tratados y manuales que hemos consultado mantienen esta denominación excepto JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. esp. L. Prieto Castro (Barcelona 1965), p. 369.

<sup>2</sup> Vid., por todos, GUARINO, «L'editto edilizio e il diritto honorario», en *Labeo* 1 (1955), p. 295 ss., donde reseña abundante bibliografía al respecto. La doctrina dominante encuentra un claro apoyo textual en I. 1, 2, 7: *Praetorum quoque edicta nonmodicam iuris obtinent auctoritatem. Haec etiam ius honorarium solum appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. Proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est*. La claridad del texto no le ofrece dudas a FERRINI, que lo hace derivar de las Instituciones ulpianae (Cfr. «Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano», en *Opera* 2 [1929], p. 333 ss.).

<sup>3</sup> VOLTERRA, «Intorno all'éditto degli edili curuli», en *Scritti Borsi* (Padua 1955), p. 1 ss.

<sup>4</sup> NALLINO, «Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano», en *Studi Bonfante* 1 (Milán 1929), p. 203 ss. Amplio comentario de VOLTERRA a este trabajo en «Un ipotesi intorno all'originale greco del libro siro-romano di diritto», en *MAL* 5 (1953), p. 33

Luis Rodríguez-Ennes

*tum aedilium curulium* de Ulpiano, Paulo y Gayo en apéndice a los comentarios al edicto del pretor.

La tesis volterriana ha sido replicada eficazmente por Guarino sobre la base de los siguientes argumentos: a) los pretores no tenían un *honor* particular, sino que estaban investidos de *honor* en cuanto magistrados: todo *ius* proveniente de magistrados «e dunque, implicitamente, *ius honorarium*; e magistrati, titolari di *iurisdictio*, sono anche gli edili curuli»<sup>5</sup>; b) Gayo, en 1, 6, no habla de *ius honorarium*, pero equipara en una sola categoría al *ius* dimanante de los edictos pretorios y el procedente del edicto edilicio; al propio tiempo señala, en el ámbito de tal categoría, la mayor importancia de la actividad jurisdiccional pretoria, de lo que resulta para Guarino, que: 1. «i classici includerano nel quadro del diritto onorario anche quello edilicio»; 2. «si spiega perché diritto onorario per antonomasia fosse de essi considerato quello pretorio»<sup>6</sup>; 3. la categoría del *ius honorarium* no fue creada por Justiniano; por contra su clasicidad se infiere de fuentes genuinas, y concluye diciendo que «i postclassici e Giustiniano non avrebbero fatto dell' *edictum curulium* una *iuris honorarii portio*, se già non lo fosse stato in periodo classico»<sup>7</sup>.

De las críticas de Guarino se defiende en otro trabajo Volterra<sup>8</sup>, en el que, sustancialmente, se reafirma en su posición sin aportar ulteriores fundamentos. A modo de réplica del mismo, nueva intervención de Guarino, que vuelve a proclamar sin ambages su adhesión a la *communis opinio* de que «fonti del *ius honorarium* erano classicamente tanto l'*edictum praetoris urbani*, quanti gli editti degli altri magistrati giurisdicenti ivi compresi gli *aediles curules*: solo in età postclassica si determinó la tendenza a limitare il concetto de *ius honorarium* e quello di *ius praetorium*»<sup>9</sup> Naturalmente, no intentaremos aquí terciar en tamaña polémica, habida cuenta de que autores tan conspicuos conocedores del tema como Impallomeni, seguidores al propio tiempo de la opinión tradicional, rehúyen deliberadamente el examen de las tesis volterrianas<sup>10</sup>.

## II. ACCIONES DELICTUALES «IN FACTUM»

Además de las acciones civiles y pretorias que reprimen actos ilícitos de derecho privado (*delicta* en sentido propio), el *ius honorarium* tipificó una serie de conductas punibles sancionadas con acciones delictuales *in factum* destinadas a punir determinados actos ilícitos no contemplados por el *ius civile*. Dado el amplio elenco de estas acciones y en vista de la limitación de espacio fijada para este trabajo, concretaremos nuestro análisis al primer grupo:

<sup>5</sup> GUARINO, en *Labeo* 1(1955), cit., p. 297.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 296.

<sup>8</sup> VOLTERRA, «Ancora sull' editto degli edili curuli», en *IVRA* 7 (1956), p. 141 ss.

<sup>9</sup> GUARINO, «Ancora sull' editto edilizio», cit., p. 352.

<sup>10</sup> IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (Padua 1955), p. 109.

## 1. Perturbaciones en la vía pública

Varias acciones delictuales *in factum* reprimen actos relacionados con el uso libre y razonable de las vías públicas, como la que se da contra el que tiene animales peligrosos sin atar en lugares transitados (*actio aedilicia de feris*), el *habitor* de una casa desde donde se arrojan a la calle objetos líquidos o sólidos (*edictum de effusis vel deiectis*) y el que coloca en aleros o balcones objetos que pudieran ocasionar daños en su caída (*edictum de positis vel suspensis*). La *laudatio* de los tres edictos es idéntica y paladinamente clara:

D. 9, 3, 1, 1 y 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neguet: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. 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.*

Si bien este texto se halla en sede del *edictum de effusis vel deiectis*, la carencia de un comentario jurisprudencial a la cláusula edilicia *de feris* en el que el jurista exponga la *ratio edicti*, esto es, los motivos que han determinado su introducción en el edicto de los ediles curules <sup>11</sup> nos obliga a acudir, por vía de analogía, al *edictum de effusis vel deiectis*, cuya inserción en el *album* pretorio obedeció, igualmente, al interés inmediato que tiene cada ciudadano en que el tráfico por las calles sea seguro y sin peligro <sup>12</sup>. Por lo que hace a la *actio de positis vel suspensis*, la íntima conexión existente entre el edicto *de effusis vel deiectis* y la cláusula edictal *ne quis in suggrunda* es proclamada, sin ambages, por el mismo Ulpiano al calificar a este último de *portio* del anterior en D. 9, 3, 5, 7: *Hoc edictum superioris portio est* <sup>13</sup>.

<sup>11</sup> A la reproducción de la fórmula precedida de la expresión *ait praetor* o, como en este caso, *deinde aiunt aediles*, seguía un comentario que se iniciaba con una breve exposición de la *utilitas* de la cláusula [cfr. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford 1952), p. 197] que, desgraciadamente, no ha llegado hasta nosotros.

<sup>12</sup> BRUNS, «Le azioni popolani romane», trad. it. de Scialoja, en *Studi Giuridici* 1 (Milán 1933)= AG 28 (1882), p. 166. La evidente derivación de ambos edictos es puesta de manifiesto por PRINGSHEIM, «Bonum et aequum», en ZSS 52 (1932), p. 109.

<sup>13</sup> La *communis opinio* califica al edicto *ne quis in suggrunda* de parte del *de his qui effudenit vel deiecerint*. Vid. al respecto, entre otros, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (Nápoles 1927), p. 250; PROVERA, «Actio de effusis et deiectis», en NNDI, 1, 1, p. 260 ss.; STOJCEVIC, «Sur le caractère des quasi-délits en droit romain», en IVRA 8 (1957), p. 57 ss.; LONGO, «I quasi delicta. Actio de effusis et deiectis», en *Studi Sanfilippo* 4 (Milán 1983), p. 458; PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid 1987), p. 39. Contra, WATSON quien entiende —sin aportar argumento alguno— que la frase ulpianea refleja «an attempt to give the actions under the first the popularis nature of the action under the second» (cfr. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 267).

Así las cosas, a tenor, por tanto, de la *laudatio edicti de effusis vel deiectis*, es de utilidad pública <sup>14</sup> que se pueda circular sin miedo ni peligro por aquellos lugares por los que ordinariamente se transita; razón por la cual el dato verdaderamente decisivo para la tipificación tanto de los ilícitos pretorios como del edilicio es que el evento acaezca en *loca qua vulgo iter fiet*, al igual que ocurre en otros textos también dirigidos a la protección de la seguridad viaria, de los que ya nos hemos ocupado en otras sedes <sup>15</sup>. La expresa referencia al *vulgo* en las tres cláusulas edictales demuestra que la protección de los magistrados se dirigía al *populus* no entendido en su acepción política de comunidad organizada en Estado <sup>16</sup>, sino en su significado natural y no jurídico: la multitud de individuos que constituyen la masa de la población <sup>17</sup>. Es este *vulgus*, en definitiva, quien postula un tránsito incólume por las calles y plazas, de las que, efectivamente, realiza un uso constante y cotidiano <sup>18</sup>. Por lo que hace al *edictum de feris*, no cabe duda de que su

<sup>14</sup> Para GAUDEMET, «La forme ampoulée du texte suffirait a le rendre suspect». En su opinión, la expresión *utilitas publica*, ignorada por las leyes republicanas o el edicto del pretor, «n'apparaît chez les jurisconsultes classiques qu'avec la grande triade Papinien, Paul et Ulpian. Elle est en particulier inconnue des Institutes de Gaius. Même chez les jurisconsultes de la fin du I-III siècles, elle n'est pas fréquente». Concluye afirmando que «les oeuvres post-classiques font, au contraire, un plus large appel à l'*utilitas publica*» (cfr. «Utilitas publica», en RHD 29 (1951), p. 477 y 478= *Études de droit romain*, 2 (Nápoles 1979), p. 174-175. Con todo, creemos que la expresión *utilitas publica* no fue utilizada por Ulpiano en sentido técnico-jurídico, sino simplemente como sinónimo de *communis utilitatis*, tal como hace Cicerón en *Pro Sest.* 91: *Tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia coniuncta, quas urbes dicimus... saepserunt.*

<sup>15</sup> D. 9, 2, 28 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 9, 2, 31 (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*). Vid., sobre estos textos, nuestros trabajos: «El edicto de effusis vel deiectis y la problemática urbanística romana», en *Homenaje al Profesor Alfonso Otero* (Santiago 1981), p. 301 ss.; «Notas sobre el elemento subjetivo del edictum de effusis vel deiectis», en IVRA 35 (1984), p. 90 ss.; «Notas sobre el elemento objetivo del effusum vel deiectum», en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo* 2 (Madrid 1988), p. 117 ss.; «Contribución a una nueva hipótesis interpretativa de D. 9, 2, 31», en *Homenaje al Profesor Juan Iglesias* 2 (Madrid 1988), p. 1055 ss.; «Algunas observaciones en torno a la actio de positis vel suspensis», en RFDM 16 (1990), *Homenaje al Profesor Juan Antonio Arias Bonet*, p. 255 ss.

<sup>16</sup> Sobre el origen del término *populus*, vid. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma* (Bologna 1944), p. 57 ss. Un amplio análisis del concepto político de *populus* en VON LUBTOW, *Das Römische Volk* (Frankfurt 1955), p. 471 ss.

<sup>17</sup> Tal es el significado que le asigna en primera acepción, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Graz 1958) s.v. *vulgo*: «insgemein (...) gemeiniglich, gewöhulich», y cita expresamente D. 9, 3, 1, 1; también LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1980), s.v. *vulgo*: «the multitude, everybody, all the world, generally, universally, everywhere, all over, commonly, openly, publicly». Precisa utilización del vocablo en CICERON, *Mur.* 35, 73: *quid est vulgo Universo?*. Acerca del origen y significado de la palabra *vulgus*, vid. BILINSKY, «Intorno alla semasiologia del termine vulgus» en *Synteleia Arancio-Ruiz* 2 (Nápoles 1964), p. 727.

<sup>18</sup> Cfr. a este respecto, mi trabajo *El edicto «de effusis vel deiectis» y la problemática urbanística romana*, cit., donde se contienen referencias a las vívidas descripciones que aparecen en las fuentes literarias en punto a las abigarradas multitudes que deambulan por las calles de Roma.



promulgación está íntimamente relacionada con la *cura urbis* que, entre otras funciones, comprendía la de garantizar la incolumidad de los viandantes <sup>19</sup>.

No existen datos objetivos que nos permitan abordar con ciertas garantías de precisión la época de promulgación del edicto edilicio. Permanece, pues, en la incertidumbre si apareció después o, por el contrario, antes de su análogo edicto *de effusis vel deiectis*, del que sí conocemos la fecha aproximada de su inserción en el *album* pretorio, ya que, según se infiere de las fuentes, estaba en vigor en la primera mitad del último siglo de la República, pues Ulpiano nos transmite una opinión de Trebacio <sup>20</sup> al respecto:

D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si quis gratuitas habitationes dedenit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneni Trebatius ait.*

Salvo esta parca referencia, no aparece, como muy bien dice Watson, «evidence for dating» <sup>21</sup>. Concretar, siquiera por vía de aproximación, la época de aparición del *edictum de feris* se nos antoja tarea harto más complicada. Para Kaser, las palabras edilicias son, en su conjunto, «de redacción todavía más anticuada que las del pretor» <sup>22</sup>.

Algunos autores, partiendo de la diferente suma de la *condemnatio* en el caso de muerte de un hombre libre: cincuenta mil sestercios en el edicto pretorio, doscientos mil en el edilicio, afirman que este último es más reciente y fue modelado sobre el más antiguo *edictum de effusis vel deiectis* <sup>23</sup>.

Por nuestra parte, aún siendo conscientes de que las fuentes de que disponemos no nos permiten salir del terreno de las meras hipótesis, nos pronunciamos respecto de la mayor antigüedad del edicto edilicio. Nos basamos no sólo en la utilización por parte de los ediles de expresiones arcaicas —circunstancia ésta muy bien apuntada por Kaser—, sino porque partiendo de que la *ratio edicti* es la misma, como ya hemos señalado, nos parece más lógico derivar una menor responsabilidad del *habitor* desde cuya casa caen objetos sobre los viandantes respecto del que conduce por lugares transitados animales

<sup>19</sup> Las *viae urbanae*, en cuanto *res publicae usui destinatae*, están bajo la exclusiva protección de los ediles. De ellas —de las vías urbanas— se dice expresamente que *cura pertinet ad magistratus* (D. 43, 8, 2, 25; Ulp. 68 *ad ed.*). El título 10 del libro 43 del Digesto refiere las normas singulares relativas a esta función, indicando, al propio tiempo, los diversos medios coercitivos. Vid., en este sentido mi monografía *Estudio sobre el «edictum de feris»* (Madrid 1992), p. 17 ss. con abundantes fuentes y bibliografía.

<sup>20</sup> Sobre Trebacio, vid. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung den römischen Jurister* (Graz-Viena-Colonia 1967), p. 28.

<sup>21</sup> WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 267.

<sup>22</sup> KASER, «Zum Edikstil», en *Festschrift Schulz* 2 (Weimar 1951), p. 43. Se adhiere a esta postura IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 108.

<sup>23</sup> Así, CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»* (Nápoles 1958), p. 160 ss. LOZANO y CORBI, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona 1982), p. 295 ss.

Luis Rodríguez-Ennes

fieros <sup>24</sup> ello explicaría, lógicamente, la variante cuantitativa sin necesidad de inferir —como hacen algunos autores <sup>25</sup>— que la mayor *condemnatio* del ilícito edilicio constituye base suficiente para entender que es más reciente que el edicto pretorio. En conclusión, es muy posible que el *edictum de feris* fuese cronológicamente anterior al *de effusis vel deiectis*.

Dicho esto, pasamos a ocuparnos del análisis pormenorizado de cada una de las acciones delictuales *in factum* que tutelan la libertad deambulatoria. En nuestra exposición seguiremos el orden cronológico ya apuntado.

### 1.1. *Actio aedilicia de feris*

El presupuesto fáctico del ilícito edilicio se halla claramente tipificado en la cláusula edictal, reconstruida de esta forma por Lenel <sup>26</sup>:

*Deinde aiunt aediles: NE QUIS CANEM, VERREM (VEL MINOREM), APRUM, LUPUM, URSUM, PANTHERAM, LEONEM, QUA VOLGO ITER FIET, ITA HABUISSE VELIT, UT CUIQUAM NOCERE DAMNUMVE DARE POSSIT* <sup>27</sup>.

Las palabras *verrem vel minorem aprum* han suscitado desde hace mucho tiempo las dudas de los intérpretes y los críticos <sup>28</sup>. Con todo, compartimos plenamente la opinión de Scialoja de que la lectura tradicional es absurda y que «convien dunque attribuire la stranna frase o ad una interpolazione giustiniana o ad un glosema o ad un altro errore di scrittura <sup>29</sup>».

A tenor, por tanto, de la cláusula edictal, se prohíbe tener animales peligrosos en los lugares de paso público —*qua volgo iter fiet*—, tanto que estén sueltos como atados, si no pudiesen ser sujetos de modo que no causen daño. No se impide, en consecuencia, la tenencia de animales potencialmente dañinos siempre que se arbitren las cautelas necesas-

<sup>24</sup> Contra PARICIO, para quien «el fundamento de esta diferencia es del todo inexplicable desde el punto de vista teórico, pues no se ve mayor gravedad objetiva del tipo en el ilícito sancionado por los ediles; a mi entender, se trató de una simple decisión edilicia que luego pervivió por tradición» [cfr. *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»* (Milán 1986), p. 79].

<sup>25</sup> Vid., *ad ex.*, CASAVOLA, *Actiones populares*, cit., p. 160.

<sup>26</sup> LENEL, EP<sup>3</sup>, p. 566. Fundamento de la reconstrucción son los pasajes de Ulpiano (2 *ad ed. aed. cur.*) reproducidos en D. 21, 1, 40, 1 y 42.

<sup>27</sup> Para WLASSAK, «Studien zum altromischen Erb-und Wermachtnisrecht», en AAWM 1 (1933), p. 63, el texto demuestra el carácter concreto y, por así decir, plástico del lenguaje jurídico de los romanos.

<sup>28</sup> Amplia reseña de literatura antigua y moderna en nuestro «Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feris», en IVRA 41(1992), nt 3, 4, 5.

<sup>29</sup> SCIALOJA, «Nota crítica sul testo dell'editto edilizio de feris», en BIDR 13 (1900), p. 81 ss.

rias para que no puedan perjudicar u ocasionar daño a alguien. Aunque el *edictum de feris* especifica las bestias que deben ser vigiladas —perros, verracos, jabalíes, lobos, osos, panteras, leones<sup>30</sup>— la enumeración no es taxativa, sobre todo, habida cuenta de la interpretación extensiva que la jurisprudencia le venía confiriendo a la expresión *fera*<sup>31</sup>.

La redacción de la primera parte de la disposición edilicia, por cuanto se impone a los detentadores de animales peligrosos la observancia de las medidas necesarias para no inferirle daños a los viandantes, sugiere claramente el estilo usual de las medidas de policía, como demuestra el empleo del verbo en forma imperativa negativa<sup>32</sup>. En su tenor, no se prohíbe la tenencia de animales fieros en los lugares de paso público siempre que se mantenga respecto de ellos una prudente vigilancia en evitación de posibles daños a los transeúntes. Sólo se tipifica como ilícito el *factum* productor de consecuencias dañificadoras, su finalidad es únicamente reparadora: se exige la producción de un resultado lesivo que debe ser resarcido mediante el ejercicio de la acción pertinente; este elemento de hecho —el resultado— es decisivo y en ese mismo componente fáctico va imbricada la responsabilidad, que será, por tanto, una responsabilidad por el resultado.

Sin adentrarnos en los complejos problemas relativos al origen etimológico del término *damnum* y a los variados significados que se le atribuyen en las diversas épocas del desarrollo del Derecho privado romano, así como en los múltiples contextos en los que aparece, podemos afirmar que la doctrina más reciente se muestra suficientemente concorde en asignar a tal vocablo el significado genérico de «disminución patrimonial sufrida por un sujeto jurídico»<sup>33</sup>. Así las cosas, el daño carente de valor económico, el denominado daño moral, no es tomado en consideración como *damnum* por cuanto no constituye un detrimento patrimonial para quienes lo han sufrido<sup>34</sup> razón por la cual sólo cabe tipificar como *damnum* a la primera de las hipótesis recogidas en D. 21, 1, 42, esto es, la destrucción o deterioro de cosas animadas o inanimadas ocasionadas por el ataque de un animal salvaje en lugar transitado, y para cuyo resarcimiento se concede una *actio*

<sup>30</sup> Descripciones acerca de la ferocidad de estos animales en nuestro *Estudio sobre el «edictum de feris»*, cit., p. 37, nt. 34.

<sup>31</sup> En latín clásico, una fiera es generalmente un animal salvaje, una *fera bestia*. Cfr. LEWISSHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1980), s.v. *fera*: «a wild animal, a wild beast (clasc.)». No es, en consecuencia, cualquier animal —salvaje o doméstico— que demuestre fiera —*feritas*—. Los juristas clásicos emplean siempre el término *fera* para referirse a animales salvajes, no domésticos: D. 1, 11, 3 (Ulp. 1 *inst.*); D. 3, 1, 1, 6 (Ulp. 6 *ad ed.*); D. 7, 1, 62 (Trif. 1 *disp.*); D. 9, 1, 1, 10 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9, 2, 29, 6 (Ulp. 18 *ad ed.*), D. 10, 2, 8, 2 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 41, 1, 44 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 41, 2, 3, 14 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 48, 19, 11, 2 (Marcian. 2 de *publ. iud.*).

<sup>32</sup> IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 87.

<sup>33</sup> Acerca de la controvertida etimología del término *damnum*, vid, nuestro *Estudio sobre el «edictum de feris»*, cit., p. 45, nt. 55.

<sup>34</sup> Vid. MARCHI; «Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano», en *BIDR* 16 (1904), p. 206 ss.; SANFILIPPO, «Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano», en *Annali Catania* 5 (1959), p. 125 ss.; literatura más moderna en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre el problema de las lesiones a un hombre libre», en *Homenaje al profesor Juan Iglesias* 2 (Madrid 1988), p. 773 ss.

Luis Rodríguez-Ennes

*in duplum* por el perjuicio pecuniario sufrido: *quantum damnum datum factumve sit dupli* <sup>35</sup>. Es obvio que las otras dos hipótesis damnificadoras —muerte o lesiones de un hombre libre deberían ser reparadas, pero su resarcimiento no era subsumible en el concepto de *damnum*, ya que el evento dañoso no había afectado a un derecho patrimonial, sino a derechos— como la integridad física pertenecientes a otras esferas no mensurables económicamente.

El segundo elemento conceptualmente diferenciable, que tipifica el ilícito edilicio, es de tipo subjetivo o intencional. Según se infiere de D. 21, 1, 41, el daño debe atribuirse a un defecto de vigilancia del cuidador del animal al no poder *contineri vinculis quo minus damnum inferant*. Existe, pues, un nexo de causalidad, una relación de causa a efecto entre el autor material del *factum* y el resultado dañoso: responde única y exclusivamente el detentador del animal peligroso causante del daño. Se trata, por tanto, de una responsabilidad subjetiva en la que incurrió el autor del daño, que con su conducta descuidada desencadenó el evento damnificador <sup>36</sup>. Este elemento de tipo subjetivo o intencional constituye también una de las notas diferenciadoras entre la *actio aedilicia* que nos ocupa y la *de pauperie*. Como es sabido, la primera descansa en el *factum* propio, notoriamente peligroso, de llevar un animal salvaje, fiero por naturaleza, a lugares donde los viandantes pueden sufrir detrimento de su integridad física o patrimonial. La segunda busca el resarcimiento del *damnum strictu sensu* causado por cuadrúpedos, de modo inesperado y espontáneo —*contra naturam*—, cuyo acaecimiento no cabe atribuir a culpa de nadie <sup>37</sup>.

En punto a la legitimación tropezamos, una vez más, con el ya denunciado inconveniente derivado de la parquedad de las fuentes, en las que no se contiene ni siquiera referencia alguna al legitimado activamente para el ejercicio de las acciones edilicias <sup>38</sup> la persona del actor permanece totalmente indeterminada. En vista de ello, de nuevo hemos de acudir al comentario jurisprudencial del edicto pretorio de *effusis et deiectis*, en el que se contemplan, netamente diferenciadas por razón del evento damnificador, idénticas hipótesis de daño que en el edicto edilicio.

<sup>35</sup> Para KASER «Zum Edikstill», cit., p. 39-40) en *damnum dare facere* uno de los verbos es realmente superfluo —entberlich—.

<sup>36</sup> ASHTON-CROSS, *Liability in roman law for damage caused by animals*, en CLJ (1953), p. 395 ss., estima que la acción edilicia no se aplica si el animal tiene un cuidador en el momento preciso del daño. Esta concepción restrictiva en exceso altera todo el sentido del edicto: es precisamente si el animal está momentáneamente libre, como consecuencia de su evasión, cuando es más susceptible de ocasionar daño. Para la crítica de esta tesis, NICHOLSON, *Liability for animals in roman law*, en AJ 1 (1958), p. 185 ss.

<sup>37</sup> Para un más amplio desarrollo de los posibles supuestos de concurrencia entre la *actio de feris* y la *de pauperie*, vid, nuestro, «Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feris», cit., p. 22 55.

<sup>38</sup> Ya WLASSAK se lamentaba de ello en *Die Iudikationen befehl der romischen Prozesse* (Viena 1921), p. 163, nt. 42. Con todo, la formulación impersonal activa constituye la regla general en todos los edictos. Para BRUNS, la persona del actor «es designada sólo en el edicto *de sepulchro violato* y en el *de iniuriis* para hijos de familia» (Cfr. «Die romischen Popularklagen», en ZRG 3 [1864]; trad. ital. de SCIALOJA, *Le azioni popolari romane*, en *Studi Giuridici*, 1 (Roma 1933), p. 142).



El régimen de la legitimación de las *actiones de effusis et deiectis* está descrito en el harto enrevesado <sup>39</sup> D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed*):

*Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum duntaxat competit, neque in heredem datur neque heredi «similibusque personis»: nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari deberi cuius interest vel qui ad finitatem cognatione vel defunctum contingat. sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium nam ex bono et aequo oritur.*

Examinaremos los tres supuestos separadamente:

#### A) Acción por daños materiales ocasionados a cosas pertenecientes al actor

Lleva aparejada una *condemnatio in duplum, quanti damnum datum factumve sit*. Desde Cuyacio <sup>40</sup>, la mayor parte de la doctrina romanista ha calificado de penales a las acciones edilicias <sup>41</sup>. En realidad, el carácter penal de las acciones prometidas en el edicto *de feris* no está explícitamente testimoniado en las fuentes, a diferencia de las otras acciones previstas en el *edictum aedilium curulium*. Pero como ha demostrado Impallomeni <sup>42</sup>, las acciones edilicias han mantenido el carácter de la temporalidad, propio de las acciones honorarias.

Esta *actio in duplum*, correspondiente a la primera hipótesis edictal, es privada <sup>43</sup> porque trata de resarcir en el patrimonio de una persona el daño material producido; de ahí su transmisibilidad *mortis causa* <sup>44</sup>.

<sup>39</sup> De «involutissimo» lo califica CASAVOLA, *Le «actiones populares»*, cit., p. 160. WATSON, por su parte, dice que «is considerably confused» (Cfr. *The Law of Obligations*, cit., p. 270, nt. 1).

<sup>40</sup> CUYACIO, *Opera omnia* (Nápoles 1722), 7, 826 y 8, 154.

<sup>41</sup> Literatura en IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 234, nt. 15.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>43</sup> Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* (Milán 1939), p. 153; CASAVOLA, *Le «actiones populares»*, cit., p. 162; PROVERA, s.v. *Actio de effusis et deiectis*, en NNDI, 1, 1 (Milán 1961), p. 260. Contra, LOZANO y CORBI, *Popularidad y régimen de legitimación*, cit., p. 315 ss., que afirma que es *popularis*.

<sup>44</sup> Contra FADDA que niega su popularidad precisamente basándose en su carácter perpetuo (Cfr. *Actiones populares*, cit., p. 157).

Luis Rodríguez-Ennes

Así las cosas, y afirmada su transmisibilidad activa, ¿quién puede ejercitar la *actio in duplum*? Ante todo el propietario de la *res*, animales o esclavos dañados. Que el *dominus* esté legitimado para el ejercicio de la acción por daños ocasionados en su patrimonio no ofrece lugar a dudas. Como ya hemos tenido ocasión de senalar, el *damnum* no es lo que el objeto sufre, sino lo que el propietario sufre. Ahora bien, dado el patente detrimento patrimonial producido por el hecho delictivo, no se puede negar que sus consecuencias damnificadoras pueden repercutir sobre otras personas, diversas del *dominus*, que se hallan en una determinada relación con la *res*, esclavo o animal dañados: sobre el usufructuario, por ejemplo, sobre el comodatario; sobre el acreedor pignoraticio; a todos ellos se les extienden como útiles las acciones del propietario, a excepción lógicamente, de aquellos casos en que tales acciones se dirijan contra éste <sup>45</sup>.

### B) Acción por la muerte de un hombre libre

*Si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit solidi ducenti* <sup>46</sup>.

Convenimos con Sanfilippo en que la pena fija es dictada por mor de la necesidad <sup>47</sup>, ya que, para el derecho romano, como es sabido, el cuerpo humano carecía de precio. Nada más se nos dice en sede del edicto edilicio, respecto de esta acción, razón por la cual de nuevo hemos de acudir al paralelo edicto pretorio:

*Quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi «similibusque personis»<sup>48</sup>, nam est poenalis et popularis.*

Según se infiere del texto, la acción por la muerte de un hombre libre, como consecuencia de la contravención edictal, es temporal ya que debe ser ejercitada dentro del año, al igual que la mayor parte de las acciones penales pretorias. No se da ni a favor ni en contra del heredero o personas asimiladas, pues es penal y popular. Aunque no se desprende del tenor literal de la cláusula edilicia que ha llegado hasta nosotros, la *actio de bestiis*, en la hipótesis que nos ocupa, debía figurar sin duda en el elenco de las *actiones*

<sup>45</sup> VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la Ley Aquilia* (Pamplona 1973), p. 61 ss. También del mismo autor, vid., al respecto, *Actiones utiles* (Pamplona 1974), p. 63 ss. En idéntico sentido se manifiesta ANKUM, «La responsabilidad del creditore pignoraticio nel diritto romano clásico», en *Studi Biscardi* 4, p. 606-607. Para un más amplio tratamiento del tema nos remitimos a nuestro *Estudio sobre el «edictum de feris»*, cit., p. 59 ss.

<sup>46</sup> Según LENEL, EP <sup>3</sup>, p. 566, la cita *solidi ducenti* es justinianeas; en la *condemnatio* clásica deberían figurar *sestertiorum ducentorum milium*.

<sup>47</sup> SANFILIPPO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 124.

<sup>48</sup> El carácter compilatorio de «similibusque personis» ha sido denunciado por LONGO, «L'origine della successione particolare nella fonti di diritto romano», en *BIDR* 14 (1902), p. 159.

*populares* <sup>49</sup>. Ello es así habida cuenta de que es precisamente en el régimen de las *res publicae usui destinatae* donde cabe situar el origen de las acciones populares <sup>50</sup>: las plazas, la vía pública, pertenecen a todos y a cada uno de los ciudadanos y cualquiera de ellos está legitimado para exigir la satisfacción del daño ocasionado, del mismo modo que si se tratase de una lesión inferida a sus propios intereses <sup>51</sup>.

Ahora bien, la popularidad de esta acción —que se revela como atributo del *homo singularis* en cuanto miembro de la comunidad ciudadana <sup>52</sup>— no obsta para que el magistrado, si hay pluralidad de demandantes, atendiendo a las necesidades derivadas de las circunstancias concurrentes, elija el más idóneo, y éste sería, normalmente, el heredero o el pariente más próximo.

D.9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*): *dummodo* <sup>53</sup> *sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari deberi cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat*.

Se establece así una preferencia para ejercitar la acción; esto es, la *potestas experiundi* queda jerarquizada en tres niveles: 1. *is cuius interest*, 2. *affines et cognati*, y 3. *extranei*. La prioridad otorgada a quien actúa *suo nomine* es un principio general consagrado en D. 47, 23, 3 (Ulp. 1 *ad ed.*): *In popularibus actionibus is, cuius interest, praefatur* <sup>54</sup>.

Lógico es, también que se repunte con rango preferente al afín y al pariente respecto de los extraños <sup>55</sup>.

<sup>49</sup> BRUNS, *Le azioni popolari*, cit., p. 121. Recordamos que las citas van referidas a la edición de los *Studi Scialoja*. Contra, aisladamente y sin aportar argumentos, WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 269. Sobre las acciones populares se recoge un amplio elenco bibliográfico en nuestro, *Estudio sobre el «edictum de feris»*, cit., p. 66 nt. 39.

<sup>50</sup> BRUNS, *Ibid.*, p. 53.

<sup>51</sup> IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 1 (Leipzig, 1894), p. 211. En acertadas palabras de MURGA: «La comunidad es de todos y, por serlo, cada ciudadano romano dentro de la urbe, cada colono en su colonia y cada munícipe en su pequeño núcleo urbano, puede incoar la acción de multa para reprimir delitos o infracciones cometidos contra la comunidad, haciendo el papel de actor porque realmente es parte interesada en el asunto» (cfr. *Las acciones populares en el municipio de Irni*, en BIDR 2, (1985), p. 210).

<sup>52</sup> A la polivalencia semántica del término *popularis* alude explícitamente CASAVOLA en *Acciones populares*, cit., p. 150.

<sup>53</sup> Sobre el carácter compilatorio del vocablo *dummodo*, vid. CASAVOLA, *ibid.*, p. 163 ss., quien, aún negando la autoría ulpiana del pasaje, no abriga dudas respecto de la progenie clásica de la ordenación jerárquica de los interesados. Contra, HONORE, *Ulpian* (Oxford 1982), p. 55, para quien se trata de una expresión típica del estilo ulpiano, como demuestran D. 9, 3, 5, 5 (23 *ad ed.*); 16, 3, 1, 10 (30 *ad ed.*); 27, 9, 7, 4 (35 *ad ed.*); 43, 16, 3, 9 (69 *ad ed.*); 46, 2, 2 (48 *ad Sab.*); 47, 17, 1 (8 *off proc.*).

<sup>54</sup> Para BRUNS, *L'azioni popolari*, cit., p. 143.: «e fuor di dubbio qui como nell' *actio sepulcri violati*».

<sup>55</sup> BRUNS, *ibid.*, no participa de la misma opinión cuando afirma que «pei parenti e gli strani si potrebbe dubitare qui, como la (nell' *actio sepulcri violati*)».

Luis Rodríguez-Ennes

La acción por la muerte de un hombre libre es, además, intransmisibile activa y pasivamente, no se da ni a favor ni en contra del heredero o personas asimiladas, pues es penal y popular:

D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi «similibusque personis»: nam est poenalis et popularis.*

La intransmisibilidad activa se deduce con toda claridad de *neque in heredem datur*; la pasiva, de *neque heredi*. Sigue la explicación: *nam est poenalis et popularis*. Como es sabido, las acciones penales verdaderas y propias, es decir, las que tienen por contenido solamente la pena, no al mismo tiempo la *res* y la *poena* o el *quanti ea res est*, no se transmiten ni siquiera en el derecho justinianeo contra el heredero <sup>56</sup>, y ello es plenamente lógico debido a que, por su carácter personalista, al pretender especialmente la sanción del culpable, no deben ser utilizadas más que contra el autor del delito, y nunca contra los herederos de éste, que normalmente nada habían tenido que ver con la comisión del acto ilícito.

Idénticos argumentos cabe emplear en pro de su intransmisibilidad activa: estas acciones penales, que tienen como exclusivo fin una suerte de sanción-desagravio, dimanar siempre de ofensas personales y, obviamente, no deben transmitirse a los herederos del sujeto pasivo de la ofensa <sup>57</sup>. Se trata de acciones calificadas a partir de los intérpretes como *vindictam spirante* <sup>58</sup>. Ahora bien, si el demandante muere durante la tramitación de la acción y precisamente tras la celebración de la *litis contestatio*, el efecto novatorio de esta última determina que el objeto de la *condemnatio* pierda su carácter penal y se convierta en un crédito transmisible a los herederos.

D. 50, 17, 164 (Paul. 15 *ad ed.*): *Poenalia iudicia semel accepta in heredes transmitti possunt* <sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Vid., por todos, ALBERTARIO, «Notte sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità pasiva», en BIDR 26 (1913), p. 109. Se trata de acciones inspiradas en la idea de desagravio como la *actio iniuriarum*, la *actio de sepulcro violato*, etc., cuya propia finalidad sancionadora limita el castigo al culpable y sólo a él.

<sup>57</sup> Por contra, como ha puesto de manifiesto ÁLVAREZ SUÁREZ, «en las demás acciones penales, como el derecho a la pena pecuniaria constituye en el fondo un derecho de crédito, se admite que se transmita a los herederos» (cfr. *Curso de Derecho Romano, 1: Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho procesal romano* [Madrid 1955], p. 387-388).

<sup>58</sup> Acerca del origen medieval del calificativo *vindictam spirans*, vid. ALBERTARIO, *Note sulle azioni penali*, cit., p. 109.

<sup>59</sup> Sobre este texto, vid. SERRAO, «Sul danno di reato in diritto romano», en AG 20 (1956), p. 48, nt. 108.



La referencia a las personas asimiladas a los herederos —*similibusque personis*— insertada en D. 9, 3, 5, 5 ha sido reputada de espuria <sup>60</sup>. Nos dispensamos de entrar en el análisis de su posible origen compilatorio, habida cuenta de que ello no aportaría nada sustancial respecto de la nota de la intransmisibilidad tanto activa como pasiva de estas acciones, cuya claridad es evidente.

### C) Acción por lesiones a un hombre libre

Ulpiano en D. 21, 1, 42 (2 *ad ed. aed. cur.*), se limita a reproducir la cláusula edictal con este tenor literal: *si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum et aequum iudici videbitur*. Carecemos de cualquier tipo de comentario —bien de prole ulpiana o debido a la autoría de cualquier otro jurista— en punto a esta acción edilicia. Empero, sí contamos con una amplia *sententia Ulpiani* en D. 9, 3, 5, 5 a propósito de la análoga hipótesis damnificadora prevista en el ilícito pretorio:

*Sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.*

Frente a la opinión sustentada por Casavola, que califica de popular a esta acción tanto si la ejerce el lesionado como si lo hace el *alius*, ya que, a su juicio, lo único que varía es la extensión temporal pero no la naturaleza *popularis* de la acción <sup>61</sup>, creemos que en esta hipótesis damnificadora estamos en presencia de dos acciones diferentes: una, privada, para el *ipse* lesionado y otra, popular, para el *alius*. El carácter privado de la acción concedida al sujeto pasivo del ilícito resulta de su perpetuidad, pero no entendida, tal como hace Fadda <sup>62</sup>, simplemente basándose en la regla expuesta en D. 47, 23, 8 (Ulp. 1 *ad ed.*) de que *omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur*. A nuestro juicio —y en este punto concordamos con Paricio—, en el supuesto de lesiones a un *homo liber* sólo él quedaba legitimado de por vida para ejercitar la acción; la *potestas experiundi* del *alius* sólo se abriría si el herido fallecía antes de haber incoado el proceso <sup>63</sup>. Pensamos que si la le-

<sup>60</sup> Así LONGO, «L'origine della successione particolare nella fonti di diritto romano», en BIDR 14 (1902), p. 159. Con todo, para BRUNS, *L'azioni popolari*, cit., p. 147: «no se puede dudar que por las *similiae personae*, además de los herederos, al igual que la expresión *ceterae successores*, deben entenderse principalmente el *bonorum possessor* y el fideicomisario universal».

<sup>61</sup> CASAVOLA, *Actiones populares*, p. 164.

<sup>62</sup> FADDA, *L'azione popolare*, p. 157.

<sup>63</sup> PARICIO, *Actiones in aequum conceptae*, cit., p. 75. Nos mostramos también en desacuerdo tanto con la opinión de FADDA, *L'azione popolare*, cit., p. 175, nt. 76, de que basta la simple inercia del lesionado para legitimar al *alius* como de CASAVOLA, *Actiones populares*, cit., p. 165, de que el tercero popular podría interponerla dentro del año siguiente a la muerte del herido.

Luis Rodríguez-Ennes

gitimación activa se le confiriese facultativamente al herido y a *quisque de populo*, se podría producir el absurdo de que el lesionado sería fácilmente excluido por un *quilibet* de las ventajas pecuniarias que el ejercicio de la acción podría proporcionarle. Así las cosas, lo lógico en caso de heridas a un hombre libre es contemplar dos acciones distintas, no susceptibles de ser entabladas cumulativamente, dirigidas cada una de ellas a la protección de una dualidad de intereses diversos tutelados por el edicto: a) una acción penal, privada y perpetua *in bonum et aequum* en favor del herido, era una *condemnatio* limitada como veremos a los perjuicios patrimoniales que le hubiesen irrogado las heridas, y b) una acción anual, susceptible de ser ejercitada por *quilibet*, que lleva aparejada igualmente una *condemnatio in bonum et aequum*, totalmente análoga a la conferida *si homo liber ex ea re perierit* <sup>64</sup>, ya que ambas proveen a la *tuitio urbis* y, por ende, son populares.

En lo tocante a la *condemnatio*, el *edictum de feris* es paladinamente claro. Además de la muerte de un *homo liber* <sup>65</sup>, que lleva aparejada una multa fija, se prevén distintos tipos de pena para las otras hipótesis damnificadoras: el *damnum datum* o daño causado a los bienes de otro, y por el que se condena al culpable al doble del perjuicio patrimonial irrogado, y el *factum de cuiquam nocere* <sup>66</sup>, en cuyo caso la *condemnatio* sería *in bonum et aequum* <sup>67</sup>. Ya nos hemos ocupado en otros lugares del contenido de la pena en los dos primeros eventos dañosos. Cumple ahora que nos detengamos especialmente en el estudio de la condena *in bonum et aequum si nocitum homini libero esse dicetur*.

Ante todo, conviene manifestar que únicamente las lesiones inferidas a un *liberum corpus* otorgan a la víctima la *potestas experiundi* para impetrar del juez *quanti bonum aequum videbitur*; por contra, si el sujeto pasivo del ataque de la fiera es un esclavo, el propietario del mismo no puede reclamar la indemnización *in bonum et aequum* del perjuicio sufrido por él a consecuencia del acto delictual, sino que, simplemente, al ser calificadas las heridas del esclavo como *damnum patrimonial*, la *utis aestimatio* quedará constreñida al doble del perjuicio económico causado, al igual que ocurre con cualquier

<sup>64</sup> A la misma conclusión de la existencia de dos acciones distintas llega CASAVOLA, *Actiones populares*, cit., p. 165, de que el tercero popular podría interponerla dentro del año siguiente a la muerte del herido.

<sup>65</sup> Como dice DE MEDIO, «homo liber e tanto la persona, liber, sui iuris quanto il filius familias» (Cfr. «La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae» in *diritto romano classico*, en *Studi Scialoja*. I [Roma 1905], p. 61, nt. I).

<sup>66</sup> Para ALBANESE, el verbo *nocere* parece típico del edicto *de effusis et deiectis* (D. 9, 3, 1 pr. ) y del edicto *de feris* (D. 21, 1, 42), pero se adapta mal a las hipótesis típicas del *damnum aquiliano* (*occidere frangere, urere, rumpere*) (Cfr. «Studi sulla legge Aquilia», en *Annali Palermo* 21 [1950], p. 285).

<sup>67</sup> Dice BERETTA: «Si comprende poi perché el pretore abbia nel caso di morte del libero irrogato una pena fissa, nel caso invece di ferite sia ricaso alla *condemnatio in bonum et aequum*. Le ferite possono essere di entità e gravità diversissime, mentre l'uccisione costituisca una determinata ipotesi e nella sua gravità essenzialmente eguale» (Cfr. «*Condemnatio in bonum et aequum*», en *Studi Solazzi* (Nápoles 1948), p. 274, nt 19).

otra cosa —animada o inanimada— perteneciente al actor <sup>68</sup>. La misma oposición entre el *damnum datum* y el *cuiquam nocere* se encuentra en el *edictum de effusis et deiectis*, que rechaza también la aplicación de la acción *in bonum et aequum* en el caso de *damna quae in rem hominis liberi facta sunt* <sup>69</sup>.

## 1.2. *Actio de effusis vel deiectis*

La descripción del *factum* se contiene en D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) <sup>70</sup>:

*Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint* <sup>71</sup>: «Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel <sup>72</sup> in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitavenit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere».

A tenor, por tanto, de la cláusula edictal se prohíbe el *effusum* o *deiectum in eum locum quo volgo iter fiet vel in quo consistetur*. Se puede destacar, en primer lugar, que, a través de estas palabras, el pretor procede a individualizar el tipo de conducta relevante para la aplicación de la sanción. Lo que nuestro ilícito tipificaba era, por tanto, verter líquidos <sup>73</sup>—*effundere*—, arrojar objetos <sup>74</sup>—*deicere*— desde edificios habitados, sobre los lugares de tránsito y estacionamiento ordinarios, ocasionando daños a los viandantes.

<sup>68</sup> ANKUM, al comentar la *litis aestimatio* de los procesos aquilianos manifiesta que «el derecho clásico no reconoció nunca que el dueño de un esclavo herido pudiera pedir la restitución de los gastos médicos realizados por él, ni cuando el esclavo se cura después, ni cuando se muere posteriormente a consecuencia de la herida» (Cfr. «El carácter jurídico de la *actio legis Aquiliae* en el derecho romano clásico», en *Revista Jurídica de Asturias* 10-11 [1987-1988], p. 10).

<sup>69</sup> D. 9, 3, 1, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec autem verbas «si vivet nocitumque ei esse dicetur» non pertinent ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta eius quid aliud scissum corruptumve est, sed ad ei, quia in corpus eius admittuntur*

<sup>70</sup> *Palingenesia*, 2, p. 549, n.º. 682. LENEL, EP<sup>3</sup>, p. 173.

<sup>71</sup> Según LENEL (*Ibid.*, núm. 7), la rúbrica de D. 9, 3, era la del edicto.

<sup>72</sup> En HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, s.v. *vel* se propone su sustitución por *ve*. Contra, KASER, «Zur Edikstill», cit., p. 60, núm. 5, para quien tal sustitución no está, en modo alguno, justificada

<sup>73</sup> *Effundere* significa «verter líquidos»; tal es la traducción del vocablo que aparece en la versión castellana del *Digesto de Justiniano* 1 (Pamplona 1968), p. 396. En el mismo sentido, LEWIS-SHORT, *A Latin Dictionary*, cit., s.v. *effundo*: «to pour out, pour forth, shed, spread abroad», también HEUMANNSECKEL, *Ibid.*, s.v. *effundere*: «ausgieben», citándose expresamente D. 9, 3, 1 pr. Esta acepción técnica de *effundere* se contempla netamente en diversos textos jurisprudenciales recogidos en nuestro «*Notas sobre el elemento objetivo del effusum vel deiectum*», cit., p. 690, nt. 4.

<sup>74</sup> *Deicere* es «arrojar». Cfr. *El Digesto*, *Ibid.* Para los textos jurisprudenciales, cfr. nuestro trabajo cit. en nt. anterior, *ibid.*, nt. 5. En el mismo sentido LEWIS-SHORT, s.v. *deiectio*: «to throw or cast down», también HEUMANN-SECKEL, s.v. *deicere*: «heraubefen».

Existe una práctica unanimidad entre los autores que se han ocupado del tema al señalar que el ilícito previsto es el *effusum et deiectum* consumado durante el día, no de noche <sup>75</sup>. Esta limitación del *factum* delictivo a las horas diurnas constituye una suerte de tradición canónica que se ha transmitido de unos a otros con la sola apoyatura textual de la opinión de Labeón, recogida por Paulo en D. 9, 3, 6, 1: *Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte; sed quibusdam locis et nocte iter fit*.

Empero, creemos que la tesis dominante —pese a su predicamento— debe ser abandonada por diversas razones. Ante todo, porque los más de sus sostenedores prescinden al formularla de toda referencia explícita a la patente censura pauliana del *responsum* de Labeón, avanzada en la misma sede textual: *sed quibusdam locis et nocte iter fit* y tan sólo un autor <sup>76</sup>, tras calificarla de «tímida objeción», añade que «pudiera constituir el germen de una tardía ulterior interpretación extensiva de la previsión edictal», con lo que —a nuestro juicio— equivaldría a situar cronológicamente tal interpretación en época postclásica y, además, disociaría al *effusum et deiectum* de su estricto ligamen con el criterio del *vulgo iter fieri* que constituye la auténtica *ratio edictalis*.

En segundo término, la postura tradicional origina una inútil antinomia con D. 9, 3, 1, 2, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere*, por cuanto el empleo del adverbio *semper* parece connotar la generalización temporal de la prohibición. Beseler trata de resolver la cuestión señalando que el pasaje está interpolado debido a la no clasicidad del término *securitas* <sup>77</sup>. Schipani <sup>78</sup>, intenta salvar la antinomia partiendo de la polisemia del adverbio *semper*: si se refiere a una precisa dimensión cronológica de la previsión edictal «siempre» —«en todo momento»— la contradicción con el texto pauliano es patente, pero si se le asigna la acepción de omnivalencia temporal de la seguridad viaria, su autenticidad es evidente y la contradicción queda superada. En nuestra opinión resulta factible que la frase pudiera constituir el fruto de un glosema ulpiano al texto edictal originario sin que, en consecuencia, deba hablarse de una intervención compilatoria. Así las cosas, la tutela edictal viaria no se circunscribe, por tanto, cronológicamente, a las horas del día, sino a las calles y plazas de las que, efectivamente, se realiza un uso constante u cotidiano.

Además del *factum* ya descrito, se requiere la existencia de un daño efectivo y cierto, de todo punto análogo al ya referido a propósito del *edictum de feris*.

<sup>75</sup> Vid., entre los autores más recientes que se han ocupado del tema, LOZANO y CORBI, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona 1982); también se reafirma en dicha interpretación en «Popularidad y régimen de legitimación en la actio de effusis et deiectis», en *Studi Biscardi* 5 (Milán 1984), p. 312.

<sup>76</sup> CASAVOLA, *Le «actiones populares»*, cit., p. 157.

<sup>77</sup> BESELER, *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen* 3 (Tubinga 1913), p. 164.

<sup>78</sup> SCHIPANI, Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa» (Turín, 1969), p. 373.



Por lo que hace al elemento subjetivo, ante todo debemos constatar que sobre la prueba de la relación de causa y efecto entre el *effusum* o *deiectum* cometido por una persona y el daño sufrido por otra, gravita una de las notorias dificultades que presenta en la práctica la imputabilidad del agente. Las circunstancias de hecho que son, en el presente caso, muy complejas, suelen obnubilar extraordinariamente la apreciación de este vínculo. En efecto, la protección de la integridad de los viandantes, función preventiva a la que —como es sabido— se dirigía la cláusula edictal, exigía, lógicamente, que el sujeto pasivo del perjuicio no tuviera necesidad de buscar al *deictor* y presentar la prueba de su autoría; razón por la cual, la legitimación procesal pasiva corresponde siempre a *qui ibi habitaverit*, es decir, a aquel que se encontrara en la situación de disfrute del inmueble con independencia de si le es o no imputable la caída:

D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est.*

Estamos pues, en presencia de un caso de responsabilidad objetiva, ya que no tiene porqué existir un comportamiento del *haborator* determinante del evento dañoso <sup>79</sup>. Esta cualificación del ilícito pretorio única y exclusivamente por el resultado, hace de todo punto innecesaria la búsqueda de un nexo de causalidad entre la conducta del *haborator* y el daño, según se infiere claramente del ejemplo que, al respecto, nos presenta Ulpiano en *D.h.t.* 3:

*si quid pendens effusum sit, quamvis neno hoc effudenit, edictum tamen locum habere dicendum est* <sup>80</sup>.

Ya hicimos cumplida referencia a que 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. Si el causante de la *deiectio* era identificado, el perjudicado podía ejercitar contra él la *actio legis Aquiliae* —salvo en el caso de muerte o lesiones a un hombre libre— y Labeón, basándose en esta posibilidad parece fundar la concesión en favor del *haborator* de una *actio in factum* por vía de regreso:

<sup>79</sup> Amplio tratamiento de la cuestión en nuestro «Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectionis*», cit., p. 91 ss.

<sup>80</sup> Para SERRAO, «La responsabilit  per fatto altrui in diritto romano», en BIDR 66 (1963), p. 25: en este texto el jurista objetiva totalmente la indicación del evento danoso que no deja ningún espacio para diferenciar en punto al criterio de determinación de la responsabilidad «fra danno prodotto da persone e danno prodotto da cose nonch  (forse) dall'esercizio di attività pericolose».

Luis Rodríguez-Ennes

D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversum deiectorem, quod verum est* <sup>81</sup>.

Evidentemente, la nueva situación urbanística de fines de la república postulaba la oportuna intervención pretoria en punto a la represión de estas conductas ilícitas que perturbaban el uso libre y razonable de la vía pública <sup>82</sup> y que, por la indeterminación de su autoría, quedaban fuera del ámbito del *ius civile* ya que, como es sabido, el requisito más general del daño aquiliano es el que se concreta en la necesidad de que tal *damnum* sea consecuente a un *facere* del responsable, siendo evidente el nexo causal entre la actividad y la lesión producida. Con razón afirma Betti <sup>83</sup>, que el elemento subjetivo del ilícito aquiliano está constituido por la nota de la imputabilidad entendida como atribución del hecho delictivo a una voluntad culpable del agente.

Comienza así, en el último siglo de la república, a afirmarse la tendencia jurisprudencial de encuadrar fuera de los principios aquilianos ciertos tipos de eventos dañosos en los que el punto de vista interno de la culpabilidad es sustituido por el aspecto externo de la simple causalidad <sup>84</sup>, tendencia que como bien dice Branca <sup>85</sup>, se manifiesta abiertamente en la sistemática de las obras de la jurisprudencia que analizan el *effusum et deiectum* lejos de los libros que comentan el *damnum iniuria datum* <sup>86</sup>.

### 1.3. *Actio de positis vel suspensis*

Con el mismo carácter de medida de policía que la *actio de effusis vel deiectis*, dirigida igualmente a reprimir hechos atentatorios del uso libre y razonable de lugares transitados o de estacionamiento ordinario, el pretor concede la *actio de positis et suspensis* contra el que hubiere colocado *in suggrunda protectove* objetos de cuya caída pudieran inferirse daños a terceros:

<sup>81</sup> Se trata, sin duda, de una *actio in factum ex lege Aquilia*. Vid., al respecto, VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*. (Pamplona 1973), p. 69, nt. 44.

<sup>82</sup> Vid. en este sentido, nuestro trabajo: «El edicto de *effusis et deiectis* y la problemática urbanística romana», cit., p. 321 ss.

<sup>83</sup> BETTI, «Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione» en AG 98 (1925), p. 39.

<sup>84</sup> Las referencias a Trebacio contenidas en D. 9, 3, 5, 1 y a Labeón en *h.t.* 5, 4 y D. 9, 3, 6, 1 nos permiten fijar su promulgación, al menos, en la primera mitad del último siglo de la República, justamente cuando el desarrollo inmobiliario comienza a adquirir mayor auge.

<sup>85</sup> BRANCA, «Struttura costante della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli», en *Studi Volterra* 1 (Milán 1971), p. 101, ss.

<sup>86</sup> Ulp. 23 *ad ed.* (frente al 18), Paul. 19 *ad ed.* (frente al 22), Gai 6 *ad ed. prov.* (en lugar del 7).

D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 ad ed.): *Praetor ait: Ne quis in suggrunda* <sup>87</sup> *protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum (solidorum decem) sestertiorum decem milium nummorum* <sup>88</sup> *in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur (aut noxae dedi iubebo* <sup>89</sup>).

La íntima conexión existente entre el edicto *de effusis vel deiectis* y la cláusula edictal *ne quis in suggrunda* es proclamada, sin ambages, por el mismo Ulpiano al calificar a este último de *portio* del anterior en D. h.t. 7: *Hoc edictum superioris portio est* <sup>90</sup>. Con todo, el estrecho ligamen de la *actio de positis et suspensis* con el criterio del *vulgo iter fieri* está contemplado asimismo en D. h.t. 9:

*Supra eum locum, qua vulgo iter fieret inve quo consistetur, id positum habeat.*

No obstante, si contrastamos ambas cláusulas edictales se advierten algunas diferencias. Así, mientras que el edicto *de positis et suspensis* contiene una advertencia directa contra un determinado tipo de conducta: *ne... positum habeat*, y únicamente sanciona el nuevo hecho de colocar algo *cuius casus nocere potest*, el otro edicto, por el contrario, sólo tipifica como ilícito el *effusum et deiectum* productor de consecuencias damnificadoras, razón por la cual debemos inferir la diversa finalidad de ambas cláusulas edictales: preventiva la primera, reparadora la segunda. El edicto *de positis et suspensis* contempla, por tanto, un ilícito pretorio subsumible en lo que la ciencia punitiva moderna designa como delito de peligro o de riesgo. Se establece una defensa preventiva en favor de los viandantes, castigando el simple *factum* de colocar de un modo peligroso, o sin las debidas precauciones, *in suggrunda protectove* sobre lugares de paso o estacionamiento ordinario, un objeto *cuius casus nocere cui possit*.

Por lo demás, el demandado es descrito en el edicto *ne quis in suggrunda* como *is qui positum habeat*. La colocación del objeto peligroso constituye, pues, el momento a partir del cual cabe colegir que la *voluntas* delictiva ha asumido una manifestación lo suficientemente precisa y concreta para justificar la intervención del órgano punitivo. Con ello, a nuestro juicio, se demuestra que la conexión del individuo agente con la conducta delictiva es mucho más próxima que en el *effusum et deiectum*, donde, como es sabido,

<sup>87</sup> Según LENEL, EP <sup>3</sup>, p. 174, nt. 1, tal era la rúbrica del edicto.

<sup>88</sup> La *condemnatio* era de diez mil sestercios en el derecho clásico; la suma de *solidorum decem* es compilatoria (Cfr. *ibid.*, nt. 8).

<sup>89</sup> Sobre la lectura *aut noxae dedi iubebo*, que propone MOMMSEN, vid, nuestro «Algunas observaciones acerca de la *actio de positis vel suspensis*», cit., p. 255, nt. 3.

<sup>90</sup> Contra WATSON quien, sin aportar argumento alguno, se limita a constatar que la frase ulpiana simplemente refleja «an attempt to give the actions under the first the popularis nature of action under the second». (Cfr. *The Law of Obligations* cit., p. 267).

Luis Rodríguez-Ennes

la legitimación procesal pasiva corresponde a *qui ibi habitaverit*, es decir, a aquella persona que se encontraba en situación de disfrute del inmueble, con independencia de si le es o no imputable la caída. Aquí, el *habitor* responde frente a las normas edictales sin que se tenga en cuenta la circunstancia de que el evento damnificador hubiese sido producido por dolo o por negligencia. La naturaleza objetiva de la protección edictal debe considerarse como un dato pacíficamente admitido por la doctrina.

## BIBLIOGRAFÍA

Sobre los edictos *de effusis vel deiectis y positis vel suspensis*, vid., entre otros:

STOJCEVIC, «Sur le caractère des quasi-délits en droit romain», en *IVRA* (1957), p. 57 ss.

STEIN, «La natura delle obbligazioni quasi ex delicto», en *IUS* 9 (1958), p. 367.

— «The Nature of quasi-delict obligations in Roman Law», en *RIDA* 5 (1958), p. 363 ss.

SANFILIPPO, «Il risarcimento del danno per l'uccisione di un nomo libero nel diritto romano», en *Annali Catania* 5 (1959), p. 126 ss.

PROVERA, S. y «*Actio de effusis et deiectis*», en *NNDI* (Turín 1961), p. 261 ss.

WATSON, «Liability in the *actio de positis ac suspensis*», en *Mélanges Meylan* (Lausana 1963), p. 379 ss.

WOŁODKIEWICZ, «*Deiectum vel effusum e positum aut suspensum*», en *RISG* (1968), p. 379 ss.

RODRÍGUEZ-ENNES, «El edicto *de effusis et deiectis* y la problemática urbanística romana», en *Estudios Otero Varela* (Santiago de Compostela 1981), p. 321 ss.

— *Notas sobre el elemento subjetivo del «edictum de effusis vel deiectis»*, en *IVRA* 35 (1984), p. 91 ss.

— «Notas sobre el elemento objetivo del *edictum de effusis vel deiectis*», en *Libro Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo* 2 (Madrid 1989), p. 689 ss.

— «Algunas observaciones acerca de la *actio de positis vel suspensis*», en *Homenaje al Profesor Arias Bonet*, *RFDUM* 16 (1991), p. 255 ss.

LONGO, «I quasi delicta. *Actio de effusis et deiectis*. *Actio de positis ac suspensis*», en *Studi Sanfilippo* 4 (Milán 1983), p. 458 ss.

LOZANO y CORBI, «Popularidad y régimen de legitimación en la *actio de effusis et deiectis*», en *Studi Biscardi* 5 (Milán 1984), p. 312 ss.

PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid 1987).

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre el problema de las lesiones a un hombre libre», en *Homenaje al Profesor Juan Iglesias* 2 (Madrid 1988), p. 773 ss.

GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (1990).



Sobre el *edicto edilicio*, vid., entre otros:

HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik* (Leipzig 1878), p. 52 ss.

SCIALOJA, «Nota critica sul testo dell'editto edilizio *de feris*», en BIDR 13 (1900), p. 75 ss.

FADDA, *L'azione popolare* (Turín 1884), p. 34 ss.

THOMAS, «Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae», en RHD 25 (1901), p. 541 ss.

VINCENT, *Le droit des édiles* (París 1922).

NALLINO, «Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano», en *Studi Bonfante*, 1 (Milán 1929), p. 203 ss.

KRUCKMANN, *Versicherungshaftung im römischenn Recht*, en ZSS 63 (1943), p. 1 ss.

VOLTERRA, «Un'ipotesi intorno all originale greco del libro siro-romano di diritto», en MAL (1953), p. 33-55.

— «Intorno all'editto degli edili curuli», en *Scritti Borsi* (Padua 1955), p. 1 ss.

— «Ancora sull'editto degli edili curuli», en IVRA 7 (1956), p. 141 ss.

SABBATUCCI, «L'edilizia romana: magistratura e sacerdocio», en MAL (1954), pp. 253-333 [Rec. de IMPALLOMENI, en *Labeo*, 2 (1956), p. 245 ss.].

IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli* (Padua 1955) [Rec. de PEZZANA, en IVRA 7 (1956), p. 245 ss.].

GUARINO, «L'editto edilizio e il diritto honorario», en *Labeo* 1 (1955), p. 352 ss.

— «Actiones in factum conceptae», en *Labeo* 8 (1962), p. 7 ss.

— «Inezie di giureconsulti» (Nápoles 1978), p. 64 ss.

AMELOTTI, «*Actiones perpetuae* e *actiones temporales* nel processo formulare», en SDHI 2 (1956), p. 185 ss.

CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»* (Nápoles 1958), p. 159 ss.

KASER, «Die Jurisdiktion der Kurulischen Aedilen», en *Mélanges Meylan*, 1 (Lausana 1963), p. 173 ss.

LOZANO y CORBI, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona 1982), p. 293 ss.

PARICIO, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»* (Milán 1986), p. 19 ss.

RODRÍGUEZ-ENNES, «Delimitación conceptual del ilícito edilicio *de feris*», en IVRA 41 (1992).

— *Estudio sobre el «edictum de feris»* (Madrid 1992).

— «Los actos ilícitos de derecho honorario», en *Homenaje al Profesor Murga Gener* (Madrid, 1994) p. 904 ss.

