

SECCIÓN HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES

*ACTIO DE EFFUSIS VEL DEIECTIS Y ACTIO DE POSITIS VEL
SUSPENSIS: ANTECEDENTES, CONTENIDO Y PROYECCIONES EN
LA MODERNA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*
[*Actio de Effusis Vel Deiectis* y *Actio de Positis Vel Suspensis*: Background
Information, Content and Projections in the Modern Extracontractual
Liability]

Rodrigo BARRÍA DÍAZ*
Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile

RESUMEN

Este artículo se detiene en dos *actiones in factum* elaboradas por el derecho pretorio -la *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*-, describe su contenido, sistematiza sus principales características, sigue su curso histórico desde Roma hasta los sistemas legales contemporáneos y, finalmente, expone la forma en que dichas acciones han tenido una continuación en el tiempo en instituciones de la moderna responsabilidad extracontractual.

PALABRAS CLAVE

Actio in factum – Responsabilidad extracontractual.

ABSTRACT

This article analyses the historical precedents of two *actiones in factum* created by the praetor -*actio de effusis vel deiectis* and *actio de positis vel suspensis*-, specifies their contents, systematizes their main characteristics, follows their historical course from Rome to the contemporary legal systems and, lastly, demonstrates the way in which those actions have had a continuation through the years in institutions of modern tort law.

KEYWORDS

Actio in factum – Tort Law.

RECIBIDO el 29 de abril de 2018 y ACEPTADO el 11 de julio de 2018

* Abogado, Universidad de Concepción; Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España); profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Cienfuegos N° 41, Santiago, Chile. Correo electrónico: jbarria@uahurtado.cl

INTRODUCCIÓN

El objetivo central de este trabajo es intentar un seguimiento de dos *acciones in factum* elaboradas por el derecho pretorio: la *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*, con el objetivo de explorar más allá de los límites temporales estrictos del derecho romano y exponer cómo su influencia se ha manifestado en la codificación europea y latinoamericana hasta nuestros días. Me parece que existen poderosas razones para introducirse en la investigación de un par de acciones que han tenido una repercusión quizás no del todo percibida, que se proyecta hasta los ordenamientos jurídicos contemporáneos e, incluso, hasta los instrumentos de unificación del derecho europeo de la responsabilidad extracontractual. En efecto, resulta posible identificar, al menos, tres ámbitos de influencia del moderno derecho de la responsabilidad civil que de alguna forma descienden directamente de estas acciones y que, por lo mismo, podrían llamar la atención de cualquier jurista interesado en esa parcela del derecho civil. Así:

a) La *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis* constituyen el antecedente histórico directo del artículo 2328 del código civil chileno, según el cual si una cosa cae o es arrojada desde la parte alta de un edificio responden por los daños causados todos quienes habitan esa parte del edificio, a menos que se pueda imputar culpa a uno solo de ellos. Es decir, estas creaciones del derecho romano fundamentan históricamente una parte de nuestro derecho civil vigente.

b) Se ha hecho ver en la doctrina que estas acciones, particularmente la *actio de effusis vel deiectis*, constituyen una de las inspiraciones para la construcción dogmática de lo que hoy conocemos como responsabilidad por el hecho ajeno o responsabilidad vicaria, tanto en el derecho continental como en el *common law*, y

c) Se ha mencionado a ambas acciones como el antecedente romano para la solución de un complicado problema causal en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, de recurrente estudio en el derecho europeo: el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

De modo que estas acciones constituyen creaciones jurídicas de relevante actualidad y vigencia, cuyo estudio nos permite no solo indagar acerca de la forma como en Roma se abordó el problema consistente en un tipo de perjuicio derivado del estilo de vida romano, sino que también sirve para comprender el origen de múltiples soluciones aplicadas en el moderno derecho de daños, lo que no hace sino demostrar el lazo que existe entre nuestras soluciones jurídicas y aquellas elaboradas por los juristas romanos.

Para llevar adelante esta investigación, partiré por hacer una descripción de las más importantes características de estas acciones, así como de la mecánica de su funcionamiento; enseguida, haré una reseña del destino que experimentaron estas acciones durante el derecho intermedio y en el proceso de codificación del fines del siglo XVIII y del siglo XIX; a continuación, me referiré a la influencia que han tenido en el moderno derecho de la responsabilidad extracontractual, analizando como ellas presentan una manifestación en las tres figuras que he enumerado más arriba; y, finalmente, expondré las conclusiones a las que he llegado luego de la exposición que se inicia con esta Introducción.

I. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA *ACTIO DE EFFUSIS VEL DEIECTIS* Y DE LA *ACTIO DE POSITIS VEL SUSPENSIS*

Dentro de la amplísima gama de ilícitos punibles, el derecho romano distingue entre aquellos de carácter público y privado.

Los primeros son aquellos actos ofensivos al Estado, reprimidos a través de penas corporales o pecuniarias a favor del *fiscus* y que se conocen comúnmente como *crimina*. Su estudio corresponde a la rama del derecho que hoy en día entendemos como derecho penal. Los segundos, en tanto, normalmente se conocen con el nombre de *delicta* o *delictum*, consistentes en ofensas contra particulares, reprimidas mediante una pena privada pecuniaria impuesta al ofensor en beneficio de la víctima, aunque es necesario precisar que no cualquier ilícito constituía un *delictum*, ya que en esta materia, al igual que con los *crimina*, regía lo que contemporáneamente se conoce como principio de tipicidad, de acuerdo con el cual la respectiva conducta debía estar previamente descrita al efecto en una *lex publica* o en un edicto pretorio. Tanto en uno como en otro caso, la pena pecuniaria que llegara a aplicarse al responsable se denominaba *poena*¹. Esta *poena* tenía el carácter de pena privada y aunque su carácter fuese pecuniario, siempre constituía una forma de expiación por una ofensa cometida². Posteriormente, en la época justiniana, deriva su naturaleza hacia una sanción de carácter principalmente resarcitorio, aunque sin perder por completo su naturaleza punitiva³.

Ahora bien, el derecho romano no concibió el *delictum* de un modo general, abstracto y omnicompreensivo, como lo son hoy en día preceptos como el artículo 2314 del código civil chileno, sino que ideó una serie de *delicta* particulares, conformados por cuatro figuras típicas: el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. A estas categorías deben sumarse las *obligationes quasi ex delicto*, cuyo origen se encuentra en la labor del pretor. Estos cuasidelitos constituían un gran número de ilícitos autónomos en relación con las cuatro formas de ofensa ya señaladas y fueron perseguidos originalmente por el pretor mediante acciones *in factum*⁴. Dentro de estas últimas hay dos que constituyen el eje en torno al

¹ Al respecto, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), II, pp. 231-232, e IGLESIAS, Juan, *Derecho romano* (Madrid, Ariel, 2002), p. 290.

² En la Roma clásica la *poena* tenía por función castigar al delincuente y no reparar las lesiones efectivamente causadas o recuperar los valores perdidos y consistía siempre en una cantidad de dinero, que normalmente ascendía a un múltiplo (duplo, triple, cuádruplo) del daño patrimonial causado. Sin perjuicio de lo anterior, en algunos casos, minoritarios, se concedían acciones paralelas a la sancionatoria, cuyo objetivo era obtener la reparación del perjuicio causado (*actiones quae rei persecutionem habent* o “acciones reipersecutorias”). GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, pp. 235-236.

³ IGLESIAS, cit. (n. 1), p. 290.

⁴ Su característica esencial, según GUZMÁN BRITO, es que son acciones que se limitan a describir una hipótesis de hecho, sin ninguna referencia a relaciones de derecho, lo que las diferencia de las acciones civiles o *in ius*, que sí describen una hipótesis de derecho. GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, p. 164.

cual gira este trabajo: la *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*⁵, tratadas en el Digesto en el título D.9,3 y en las *Institutiones* (J.4,5,1-2) en el título *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*⁶.

La primera de estas acciones se concedía a todo aquel que sufriese un daño como consecuencia de la caída de un objeto o el derrame de un líquido desde un edificio y se podía dirigir en contra de quien morase en dicho recinto (*habitor*), con independencia de si había o no culpa que imputarle; la segunda, en tanto, se concedía en contra de quien habitase una vivienda en la que se hubiesen dejado objetos colgados o suspendidos, que finalmente caían desde su ubicación y provocaban daños al legitimado activo de esa *actio*. Si los habitantes del edificio eran varios, la acción se dirigía en contra de todos ellos⁷. El fundamento de estas acciones se encontraba, principalmente, en las condiciones de vida de la antigua Roma: era muy frecuente que en sectores populares de la ciudad los inmuebles fuesen habitados por varias personas y grupos familiares, en construcciones de deficiente calidad; por otro lado, las precarias condiciones sanitarias y de higiene obligaban a las personas a evacuar desechos y la basura en general, arrojándolas a través de las ventanas hacia la calle⁸. En suma, el tránsito por las vías romanas podía ser peligroso a causa de la eventual caída de objetos desde los edificios y los transeúntes, potenciales víctimas del estilo de vida romano, encontraron cierta protección en estas acciones pretorias que tenían su fundamento en la frecuencia con que se producían accidentes de esta naturaleza⁹.

Las acciones que acabo de citar, al igual que los *delicta* y cuasidelitos mencionados más arriba, poseen ciertas características relativas al tratamiento jurídico

⁵ Otras formas de ilícito que se pueden agrupar dentro de la categoría de cuasidelitos son el *iudex litem summa fecerit* y la *actio in factum contra nautas caupones stabularios*. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), p. 16.

⁶ SCHIPANI, Sandro, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus Iuris ai codici civili europei e latinoamericani* (1994), ahora, en EL MISMO, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale* (Torino, G. Giappichelli Editore, 2009), p. 103.

⁷ RAMOS MAESTRE, Áurea, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C.C.)*, (Madrid, Editorial Práctica de Derecho, 2001) pp. 17 y ss.

⁸ Se ha escrito que en la antigua Roma el sector inmobiliario se caracterizaba por una considerable “concentración y explotación capitalista”. De una parte, la actividad de la construcción estaba a cargo de grandes empresas y sociedades, que realizaban construcciones de edificaciones que constituían verdaderos condominios, con habitaciones y pisos caracterizados por el hacinamiento y su deficiente calidad, que constituían fuente de frecuentes accidentes. Entre ellos, era normal que cayeran o se arrojasen objetos, basura o desperdicios desde ventanas o puertas no identificadas, que caían sobre personas que no necesariamente pertenecían a las clases populares que habitaban tales edificios. DEMAREZ, Jacques, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé* (Paris, L. G. D. J., 1967), p. 37. Una explicación basada en la política de edificación empleada en Roma se encuentra también en KUCUK, Esref, “*L'actio de effusis vel deiectis*” nel diritto romano classico, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 30 (Valparaíso, 2008), pp. 100-102.

⁹ MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo* (Madrid, Dykinson, 2005), pp. 26-27.

que les fue dado en las épocas en que fueron aplicadas¹⁰. Fuera de la diferencia específica de tipicidad, se trataba de casos en que la caída de un objeto causaba daños, sin que en algunos casos pudiera determinarse con certeza quién había arrojado la cosa, vertido el líquido o colgado el objeto: la acción, cualquiera de ellas, terminaba ejerciéndose en contra del ocupante del inmueble, más allá de si era o no el auténtico responsable.

Enseguida, encontramos la obligación de todos aquellos que cometieron conjuntamente el *delictum* al pago conjunto de la *poena*¹¹. En efecto, si el ilícito era cometido por varias personas, caso en el cual se consideraba que cada cual había cometido un delito distinto, la sanción recaía en todos ellos¹² y el pago de la *poena* por alguno de los responsables no extinguía la deuda de los demás.

Además, cabe hacer notar, como ya lo ha hecho Giménez-Candela¹³, que la doctrina en general considera que las acciones otorgadas contra los cuasidelitos, entre las que se encuentran las acciones en estudio, constituían hipótesis de responsabilidad objetiva, en las cuales no mediaba la culpa como exigencia previa de responsabilidad, a diferencia de los ilícitos sancionados por la *lex Aquilia*.

II ACTIO DE EFFUSIS VEL DEIECTIS

La *actio de effusis vel deiectis*¹⁴ era concedida por el pretor, a través del edicto *de his qui deiecerint vel effuderint*¹⁵, a quien era víctima de un daño por una cosa que caía o era arrojada desde un edificio o vivienda. “Su fundamento objetivo era el tratar de garantizar el tráfico viario, de modo que los transeúntes pudieran resarcirse de los daños ocasionados en sus personas o en sus bienes como consecuencia de los líquidos o sólidos arrojados desde las viviendas. Es decir, se creó por razones de utilidad pública, dada la configuración urbanística de una ciudad como Roma, que ya en la República, período en que suele datarse este edicto, comenzaba a ser una urbe de población creciente, con problemas de espacio y

¹⁰ GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, p. 235.

¹¹ MÚRTULA, cit. (n. 9), p. 25.

¹² GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, p. 235. Agrega este autor que en estos casos también se distinguían grados de participación en la comisión de los delitos, castigándose al autor, a su cómplice y al instigador.

¹³ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid, Trivium, 1990), p. 104.

¹⁴ D.9,3,1 pr.: “*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. si eo ictu homo liber perisset dicitur, quinquaginta [...] 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*”. (“Por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, dará, 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 dará acción de cincuenta aureos; si viviera, y se dijese que le causó daño, dará 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 ignorándolo su dueño, añadiré en el juicio: o que lo dé por noxa”).

¹⁵ D.9.3; Inst. IV, 5, 1; Gai. D. 44, 7, 5, 5.

progresivo aumento de las *insulae*, con condiciones de habitabilidad precarias, donde los residuos se eliminaban hacia el exterior de las casas, con el consiguiente peligro para los viandantes [...]”¹⁶.

Como se desprende del párrafo transcrito, lo perseguido con este edicto era una finalidad de utilidad pública como lo era la seguridad vial, y la protección de los caminantes que circularan ordinariamente por vías destinadas para ello¹⁷. Por lo mismo, carecía de importancia que esas vías fuesen públicas o privadas, urbanas o rurales o que se circulara por ellas de día o de noche¹⁸; la protección del pretor a través del edicto se extendía a los transeúntes, con independencia del lugar donde se encontrasen¹⁹.

La época de aparición del edicto *de effusis* es dudosa, pero se sostiene que debió ser introducido por los pretores de la época republicana avanzada, pero ya habiendo sido conocido y comentado por Servio Sulpicio Rufo (D.9,3,5,12), Trebacio Testa (D.h.t.5,1) y Labeón (D.h.t.6,1), según cita de Ulpiano y Paulo (D.9,3,6,1)²⁰.

En cuanto al *factum* o supuesto de hecho sancionado por este edicto, Ulpiano lo describe en D.9,3,1 pr., tipificando la acción de “verter líquidos –*effundere*–, arrojar objetos –*deicere*–, desde edificios habitados, sobre los lugares de tránsito y estacionamiento ordinarios, ocasionando daño a los viandantes o a cualquier cosa existente en la calle”²¹. Sobre este punto, Giménez-Candela²² observa que entre los distintos tratadistas y con un objetivo muchas veces simplificador, se suele reducir el edicto *de effusis vel deiectionis* a una sola acción (por verter líquidos o arrojar o caer cosas causando daño), cuando en realidad el pretor contempló cuatro acciones para igual número de supuestos, todos ellos dentro del ámbito de la caída o derrame de cosas. Según esta autora, las diferentes acciones eran las siguientes²³:

En primer término, se concedía acción por el duplo tratándose de daños causados por líquidos o sólidos que caían o se arrojaban desde los edificios (*quantum ex ea re damnum datum factumvire erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo*)²⁴. Se ha observado que esta acción, en principio, es coincidente con

¹⁶ TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, *La responsabilidad del habitador en la actio de effusis et deiectionis y su alcance actual (artículo 1910 del Código civil)*, en MURILLO VILLAR, Alfonso (coord.), *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001), pp. 855-856; ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), pp. 17 n. 93 y 1122.

¹⁷ En el mismo sentido, SCHIPANI, cit. (n. 6), pp. 104 y 105.

¹⁸ RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *Notas sobre el elemento objetivo del effusum vel deiectionis*, en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (ed.), *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo* (Madrid, Visor Ediciones, 1988), II, p. 692; KUCUK, cit. (n. 8), p. 107.

¹⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 67.

²⁰ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 91, y SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 104.

²¹ KUCUK, cit. (n. 8), p. 107; RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *Notas sobre el elemento objetivo*, cit. (n. 18), p. 690. A juicio de este autor, la referencia a meras actividades físicas como detonantes de la protección pretoriana revela que no se requiere intervención material de un sujeto para la configuración del tipo.

²² GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, cit. (n. 13), p. 93.

²³ Todas ellas están en D.9,3,1 pr. Asimismo, ULPIANO comentaba el régimen de cada una de ellas en D.h.t.5,5.

²⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 94.

las reglas de la *lex Aquilia*, puesto que tenía un *damnum datum* como trasfondo. Sin embargo, la diferencia radica, como veremos más adelante, en que esta acción particular no se dirigía necesariamente en contra del autor del daño ni requería prueba de la culpa en el demandado, lo que, sumado a que su cuantía era por el duplo, hacía más ventajosa esta acción si se la comparaba con la de la *lex Aquilia*.

Se daba una acción popular en caso que, a consecuencia de la caída de líquidos o sólidos desde un edificio, hubiese muerto un hombre libre²⁵, situación en la cual la *poena* ascendía a la suma de 50.000 sesteracios²⁶. La razón de establecer un monto fijo, a diferencia del caso anterior, se encuentra en que respecto del cuerpo de un hombre libre no cabe una *aestimatio*²⁷.

La tercera acción se aplicaba en caso de lesiones en un hombre libre exclusivamente. Se excluían las lesiones a esclavos por estar incorporadas en la primera de estas acciones al ser un *damnum*²⁸.

Finalmente, el pretor anunciaba una acción noxal si es que el *habitor* de la vivienda demandado fuera un hijo de familia o un esclavo²⁹.

El sujeto pasivo de la *actio de effusis vel deiectis* era el *habitor*, según comentaba Ulpiano³⁰, entendiendo por tal al que habita la vivienda desde la cual la cosa se arroja o cae y no al dueño de la misma³¹. “En este sentido, el edicto, prescindiendo completamente de quién fuera el autor material del hecho, establece la responsabilidad del *habitor*, en base a la única circunstancia de ser habitante de la vivienda desde donde se produjo la *effusio* o *deiectio*, es decir, de encontrarse en la situación de gozar del uso del inmueble”³². El motivo de esta solución era la dificultad que significaba para el ofendido el tener que identificar al real autor material del hecho, además de la prolongación del respectivo proceso que ello implicaría, por lo que se buscaba facilitar dicha carga a través de esta solución. Bajo la expresión *habitor* se encuentran tres situaciones diferentes: la del que vive en casa propia (*habitare in suo*); la del arrendatario (*habitare in conducto*)³³; y la del que ocupa un inmueble gratuitamente (*habitor in gratuito*). No se incluye en esta figura a quien meramente se hospedaba, aun cuando ese hospedaje se prolongara por un largo tiempo porque, a diferencia de quien ocupaba el inmueble gratuitamente, no se trataba de una situación estable, de modo que frente a un caso de daño

²⁵ *Ibíd.*, p. 96.

²⁶ GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, p. 268.

²⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 96.

²⁸ *Ibíd.*, p. 97.

²⁹ *Ibíd.*, p. 100. No está de más recordar que la acción noxal era una *actio* de carácter penal, que consistía en que si el autor de un delito privado era un esclavo o un hijo de familia, como en el supuesto que comentamos, la acción se concedía contra el dueño del esclavo o contra el padre del *filius familias*, de la que éstos podían liberarse entregando al ofendido la persona del reo. IGLESIAS, cit. (n. 1), p. 416.

³⁰ D.9,3,1,9.

³¹ TOMÁS MARTÍNEZ, cit. (n. 16), p. 856.

³² RAMOS MAESTRE, Áurea, cit. (n. 7), p. 20.

³³ Giménez-Candela trata con detalle los tres casos de arrendamiento que contemplaba el edicto: el del almacenista, el arrendatario de una tienda y el arrendatario de un local destinado a una actividad comercial o docente. GIMÉNEZ-CANDELA, cit., (n. 13), p. 79.

causado por cosas caídas o arrojadas desde el inmueble ocupado gratuitamente, correspondía imponer responsabilidad a quien le había dado alojamiento³⁴.

Como lo hace ver Rodríguez-Ennes³⁵, al ser la función de este edicto la protección de los viandantes, no podían quedar estos en una situación desmejorada por la circunstancia de no poder demostrar en el caso concreto quién era el responsable material del evento dañoso, consistente en la caída de un objeto, que a la postre resultara lesivo. En su opinión, razones de equidad imponían que a la víctima se la liberara de la prueba del autor del daño y se constituyera en sujeto pasivo de la acción a quien detentase el disfrute del inmueble desde donde cayó o se arrojó la cosa, con independencia de si le era o no imputable la caída. Por lo tanto, reflexiona este autor, si se erige al *habitor* como sujeto pasivo de la *actio*, con absoluta prescindencia de su comportamiento en el resultado dañoso y de la existencia de un nexo causal entre su conducta y el daño, no cabe concluir otra cosa que la *actio de effusis vel deiectis* es un caso de responsabilidad objetiva, en el que la calificación del ilícito pretorio se realiza únicamente por el resultado, dejando de lado toda consideración a la culpa del *habitor*. En general, la doctrina mayoritariamente se alinea con esta idea y considera que el *habitor* debía responder por el solo hecho de provocarse el daño, por cuanto no se exigía dolo o culpa en aquel y ni siquiera se exigía que hubiese sido el autor material del perjuicio³⁶.

También contempló y resolvió el edicto *de effusis vel deiectis* la posibilidad de varios *habitatores* instalados en el inmueble desde donde cayó o se arrojó el objeto dañador. Comentaba Ulpiano³⁷ que para solucionar el problema que se podía presentar en caso de varios titulares el edicto hacía una distinción: que ocuparan los *habitatores* la vivienda sin división de la misma (*plures in eodem cenaculo habitent*)³⁸ o que entre todos ellos existiese una división interna de las habitaciones (*plures diviso inter se cenaculo habitent*)³⁹. En el primer supuesto, como se trataba de un grupo de varios *habitatores*, y para el evento de ignorarse cuál de ellos fue el autor del daño, la condena recaía sobre todos, quienes respondían solidariamente⁴⁰. Gayo justificaba esta solución por la dificultad obvia que podía representar para la víctima la labor de determinación de un autor concreto para su lesión, de entre una amplia gama de candidatos, y sin mayores pistas que el conocimiento del inmueble desde donde cayó el objeto o se vertió el líquido⁴¹.

³⁴ *Ibid.*, pp. 78 y 79. En el mismo sentido, KUCUK, cit. (n. 8), pp. 104-105.

³⁵ RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *Notas sobre el elemento subjetivo del “edictum de effusis vel deiectis”*, en *IURA, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 35 (Roma, 1984), pp. 91-92.

³⁶ En esta línea de opinión se encuentran, por ejemplo, TOMÁS MARTÍNEZ, cit. (n. 16), pp. 856-857; GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), pp. 77-78; RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), pp. 20-21; SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 107; y ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), pp. 17 y 1122. Este último autor estima, además, que estamos frente a un auténtico caso de responsabilidad vicaria del *habitor*.

³⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 84.

³⁸ D.9,3,1,10.

³⁹ D.9,3,5 pr.

⁴⁰ ÚLPIANO (D.9,3,3) aclaraba que la condena solidaria solo era posible si se demandaba a todos los *habitatores* conjuntamente; en caso contrario, los no demandados quedaban liberados de responsabilidad.

⁴¹ D.9,3,2.

En todo caso, cuando la acción era entablada en contra de uno de los *habitatores*, los demás quedaban liberados⁴².

En caso que varias personas habitasen una misma vivienda, pero con divisiones claras entre los diversos aposentos que cada uno de ellos y su grupo ocuparían, la solución era otra: la acción se concedía únicamente contra el *haborator* que vivía en la parte desde donde cayó la cosa, excluyendo toda responsabilidad para los demás.

Respecto a la clase de objeto, no existía una distinción entre líquidos o sólidos. “La conducta que el pretor tipifica en el edicto como ilícita era tanto la de verter líquidos *–effundere–*, como la de arrojar cosas *–deicere–*”⁴³. De modo que cualquiera que fuese la cosa impulsada por la ley de gravedad que dañara al transeúnte, habilitaba a éste para invocar la protección del edicto. Ulpiano⁴⁴ se preocupó de comentar que este objeto, sólido o líquido, podía llegar a ser dañoso si caía estando colgado o en el momento de ser colgado, tratándose de un sólido, o lo que se vertía estando colgado, aunque nadie lo hubiese vertido, tratándose de un líquido⁴⁵.

Finalmente, viene al caso recordar que el afectado por la caída o derrame desde una vivienda siempre podía ejercer su pretensión resarcitoria a través de la fórmula genérica de la *lex Aquilia*, pero esta ponía sobre las espaldas del afectado el peso de la prueba del autor del daño, carga que se consideró excesiva y que se suplió por el sistema de la *actio de effusis vel deiectis*, creada especialmente con esa finalidad y con la de hacer más seguro el tráfico para los viandantes⁴⁶.

III. ACTIO DE POSITIS VEL SUSPENSIS

La otra acción *in factum* que concedía el pretor era la *actio de positis vel suspensis*⁴⁷, contenida en el edicto *ne quis in suggrunda*⁴⁸, cuyo objetivo era sancionar “el ilícito de tener colocados en ventanas, balcones y tejados objetos cuya caída pudiera

⁴² GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), pp. 87 y 88 agrega a estas dos hipótesis una intermedia, contenida en otro texto de Ulpiano, D.9,3,5,2, consistente en que si varios *habitatores* ocupaban una vivienda, el pretor podía, sin perjuicio del demandante, dar la acción contra el *haborator* de aquella habitación o gabinete desde donde se produjo la *deiectio*. Si esta se produjo desde una zona común, cualquiera de ellos podía quedar obligado.

⁴³ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), pp. 19-20.

⁴⁴ D.9,3,1,3.

⁴⁵ Giménez-Candela se encarga de diferenciar este caso del sancionado en el edicto *de positis vel suspensis*, donde se habla de un objeto que está *c o l o c a d o* en algún soporte y no que está *c o l g a d o* en algo. Se trata de una diferencia sutil, pero necesaria al momento de decidir cuál edicto debía ser aplicado GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 108.

⁴⁶ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 23.

⁴⁷ D.9,3,5,6: “*Ne quis in suggrunda 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 [...] decem in factum iudicium dabo, si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo*”. (“En el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta alguna cosa, cuya caída pueda causar daño a alguien. Contra el que hiciere lo anterior daré acción por el hecho por diez sueldos, si se dijera que lo hizo un esclavo ignorándolo su dueño, o mandaré que sea dado por noxa”).

⁴⁸ D.9,3,5,6.

dañar a los transeúntes [...]”⁴⁹, todo ello en vista de asegurar y mantener la seguridad del tráfico viario. Se trata, sobre todo, de una acción de prevención, puesto que corresponde a una *actio popularis*, cuyo titular podía ser cualquier ciudadano, a través de la cual se perseguía la imposición de una multa, cuyo monto era de 10.000 sestericios⁵⁰, y para su ejercicio no se requería que se hubiera causado un daño⁵¹, lesiones o muerte a los transeúntes, bastando con que se creara el peligro de la caída al colocar la cosa en alguno de los lugares que taxativamente indicaba el edicto (cobertizo o alero del tejado, ubicado sobre un lugar donde las personas transitasen o pudiesen detenerse). Como lo hace notar Giménez-Candela⁵², esta es una de las diferencias más notorias con el edicto *de effusis*, en el cual se busca la represión de conductas productoras de un resultado dañoso, en tanto que en el edicto *de positis* se castiga la sola ocasión de causar un daño, aunque éste nunca llegue a tener una concreción.

La otra diferencia fundamental que existe entre ambos edictos se encuentra en el ámbito de aplicación de cada uno. Mientras que el edicto *de effusis* contenía cuatro acciones, cada una con un régimen propio, el edicto *de positis* sólo es aplicable a un caso concreto, no reconducible a ninguna de aquellas acciones⁵³.

El supuesto de hecho contenido en el texto del edicto exigía la concurrencia de dos condiciones necesarias para su aplicación: los objetos debían estar colocados de forma peligrosa (*periculose*) y en los lugares mencionados más arriba (*in suggrunda protectove*)⁵⁴.

Si bien este edicto es bastante escueto sobre el punto, se sostiene que el sujeto pasivo de la acción era cualquier persona que tuviese puestos objetos en la circunstancias que el edicto contemplaba, incluyendo no sólo al *habitor*, sino también al dueño del inmueble o a inquilinos⁵⁵. De manera que el elemento determinante a la hora de imputar responsabilidad era el haber puesto el objeto en un cobertizo o alero de modo que pudiese caer y causar un daño (*aliquid positum habere*), circunstancia para la cual tener únicamente en cuenta al *habitor* significaba restringir innecesariamente la persona del legitimado pasivo de la *actio*⁵⁶.

Aparentemente, la circunstancia de tratarse de una *actio* preventiva, basada en la mera creación de un riesgo, ha puesto a los autores en bandos distintos al momento de determinar qué tipo de responsabilidad establece esta acción. Así

⁴⁹ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 24.

⁵⁰ GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, p. 268.

⁵¹ WALLINGA, Tammo, *Effusa vel deiecta en Roma y Glasgow*, en MURILLO VILLAR, Alfonso (coord.), *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001), p. 909.

⁵² GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 110.

⁵³ *Ibíd.* La autora cita a Ulpiano para recalcar que a pesar de estas diferencias ambos edictos estaban estrechamente ligados, al punto que el edicto *de positis* formaba parte del *de effusis*. De hecho, los Compiladores los reunieron en el título 9,3 del Digesto.

⁵⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 111.

⁵⁵ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 24; GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 118; y SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 110.

⁵⁶ Aunque ésta fue la corriente doctrinal dominante durante mucho tiempo, como lo indica GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), p. 117.

por ejemplo, Ramos Maestre sostiene que “la acción prescinde de que medie o no culpa, por tanto, de toda valoración de la conducta del responsable. Esto no significa que no pueda concurrir el elemento intencional, sino que para el ejercicio de aquella tan sólo se requiere la comprobación de un hecho: *qui positum habet*”⁵⁷.

Por su parte, Giménez-Candela⁵⁸, basándose en la impersonalidad del sujeto pasivo y en el comentario de Ulpiano en el sentido de que entra en la prohibición edictal todo aquello colocado de modo que pueda causar un daño, afirma que no hace falta que el *habitor*, dueño o inquilino haya puesto personalmente el objeto, sino que es suficiente con que lo tenga colocado en esa posición, con el consiguiente riesgo que caiga y cause daño. A su juicio, se trata de una responsabilidad basada en el mero *factum* objetivo, sin ser imprescindible la prueba de dolo o culpa, las que podrían perfectamente existir, pero sin que sea una circunstancia relevante, a diferencia del hecho objetivo de la ubicación del objeto⁵⁹.

En tanto, otro autor afirma que en esta acción lo que hay es una responsabilidad por culpa, la cual se encuentra presente en quien colocó la cosa en el lugar señalado por el edicto, sin importar quién haya sido, puesto que lo realmente importante es que haya sabido que el objeto estaba en ese lugar y en esa posición, existiendo negligencia de su parte en caso de no hacer nada por remediar esa situación⁶⁰.

Mi parecer se inclina por apoyar esta segunda línea de pensamiento, por cuanto es lógico que si se trataba de una acción de prevención, destinada a sancionar a quien creara un riesgo, debía existir negligencia en el actuar de aquel que desprevenida o imprudentemente colocaba un objeto de tal forma que se hiciera merecedor de la aplicación de la multa correspondiente. Mi opinión es que debía haber culpa de su parte y que esa forma de responsabilidad es la que contemplaba ese edicto⁶¹.

IV. ENTRE LA COMPILACIÓN DE JUSTINIANO Y LA CODIFICACIÓN

Como señala Schipani, las acciones del pretor en estudio fueron la manifestación de las necesidades y exigencias populares, en orden a que fueran sancionadas en todo caso ciertas conductas dañosas ocurridas en un ámbito espacial circunscrito –cuyo disfrute interesaba especialmente al grupo humano al que estaba destinado dicho espacio–, cualquiera fuese la forma en que los daños correlativos se produjesen. Sin embargo, prosigue este autor, desde su aparición tales acciones

⁵⁷ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 24.

⁵⁸ GIMÉNEZ-CANDELA, cit. (n. 13), pp. 118-119.

⁵⁹ En el mismo sentido, GUZMÁN BRITO, cit. (n. 1), II, p. 269, y ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), p. 1126.

⁶⁰ WALLINGA, cit. (n. 51), p. 910. En términos menos categóricos, SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 111.

⁶¹ ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), p. 17 n. 94 se manifiesta indeciso frente a ambas posibilidades y sostiene que es un problema de interpretación de D.9,3,5,6. En su opinión, es probable que esta *actio* se haya agrupado como una forma de cuasidelito por su semejanza y cercanía con la *actio de effusis vel deiectis* y porque no tenía que existir daño para el nacimiento de responsabilidad, la que surgía por el solo riesgo creado.

tuvieron un desarrollo interpretativo hasta la codificación justiniana, debido a la intrusión del concepto de culpa⁶², el cual no puede dejar de ser mencionado.

En la recopilación de Justiniano, se recogen tres formas diferentes de interpretación de los edictos que contenían estas acciones, en lo que dice relación con el fundamento de la responsabilidad: en primer lugar, un criterio basado en el tenor literal del texto del edicto y que privilegiaba más la imposición de responsabilidad por el hecho mismo acaecido que por un acto humano concreto; en segundo lugar, una interpretación por la cual el edicto establece una responsabilidad por culpa, sea propia o por el hecho de otro; y, finalmente, una en virtud de la cual en el edicto siempre se exige una culpa propia en el responsable, ya sea por incurrir directamente en el hecho tipificado, o *in eligendo*, por su participación en la elección de una persona no capacitada para la custodia del o los objetos caídos o arrojados, o de la persona de aquel a cuya disposición puso la morada⁶³.

Entonces, la evolución en la interpretación de los edictos significó que textos creados como comprensivos de una forma de responsabilidad independiente de la culpa, llegaron hasta la recopilación de Justiniano, y fueron incorporados en esta, entendidos según un tinte marcadamente subjetivista⁶⁴.

La *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis* superaron las fronteras temporales del derecho romano clásico y formaron parte del llamado *ius commune*, al igual que ocurrió con las otras formas de remedios cuasidelictuales (*iudex qui litem suam fecit* y la *actio in factum adversus nautas cauponos stabularios*)⁶⁵. De esta forma, en la Glosa de Accursio el ya mencionado proceso de subjetivación de las acciones fue recogido y acentuado, especialmente porque en ella se fija una interpretación de acuerdo con la cual en la caída de las cosas debía existir una culpa previa, que no era una culpa por el hecho de otro, sino una culpa propia, consistente en valerse de personas torpes, y por el hecho de las cuales queda obligado el *habitor*. Se trata de una línea interpretativa fijada en la Glosa y que fue posteriormente seguida con diversos matices según la época y su receptor⁶⁶.

Así, en las Siete Partidas de Alfonso X fueron incorporadas la *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*, específicamente en la partida séptima,

⁶² SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 111.

⁶³ *Ibid.*, 111 y 112. Por su parte, ROSSO también visualiza una posible subjetivación cuando cita a Ulpiano: “*culpa enim penes eum est*” (D.9,3,1,4); a Paulo: “*habitor suam suorumque culpam praestare debet*” (D.9,3,6,2); y a Gayo: “*quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi*” (D.44,7,5,5). Eso sí, aclara este autor que este carácter subjetivo fue adquirido y no originario, toda vez que el texto de los edictos respectivos no permite una interpretación subjetiva y porque a esa época la culpa como criterio de atribución de responsabilidad estaba recién en formación, a diferencia del desarrollo que ya había experimentado a la época de estos tres juristas (mediados del siglo II d. C. y primera mitad del siglo III d. C.). No obstante, luego de un detenido análisis, desecha esta posibilidad y concluye que la responsabilidad del *habitor* nació como una forma de responsabilidad objetiva y así se mantuvo hasta la compilación justiniana. ROSSO, Gian Franco, *Los límites de la responsabilidad objetiva* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), pp. 138-139 y 153.

⁶⁴ SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 112.

⁶⁵ ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), p. 1126.

⁶⁶ SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 112.

dedicada a temas penales, y que contiene una normativa casi idéntica a la del derecho romano, sobre todo en lo que se refiere a la *actio de effusis vel deiectis*, puesto que en lo relativo a la *actio de positis vel suspensis* se introduce una novedad importante: su ámbito de aplicación se reduce, al circunscribirla exclusivamente a cosas que se cuelgan o suspenden en el ejercicio de algún comercio o industria⁶⁷. Decía la normativa de Alfonso X en relación a la *actio de effusis vel deiectis*: “echan los omes a las vegadas de las casas donde moran, de fuera en la calle agua, o huessos, o otras cosas semejantes; e maguer aquellos que las echan non lo fazen con intención de fazer mal, pero si acaesciese, que aquello que assi echassen fiziesse daño, o en paños, o en ropa de otros, tenudos son de lo pechar doblado los que en la casa moran. E si por auentura, aquello que assi echassen matasse algun ome, tenuto es el que mora en la casa de pechar cincuenta marauedis de oro; la meytad a los herederos del muerto, e la otra meytad a la Camara del Rey; porque son en culpa, echano alguna cosa en la calle por do pasan los omes, de que puede venir daño a otri. E si muchos omes morassen en la casa, donde fuesse echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuuiesen alogada, o emprestada, todos se so vno son tenudos de pechar el daño, si non supiesen ciertamente qual era aquel por quien vino. Pero si lo supiesen, el solo es tenuto de fazer emienda dello, e non los otros. E si entre aquellos que morassen cotidianamente en la casa, ouiesse alguno que fuesse huesped, aquel non es tenuto de pechar ninguna cosa en la enmienda del daño que assi acaesciese; fueras ende, si el mesmo lo ouiesse fecho”⁶⁸.

En tanto que sobre la *actio de positis vel suspensis* señala la partida séptima: “Coelgan alas vegadas los hostaleros o otros ombres ante las puertas de sus casas algunas señales por que sean mas conosçidas por ello. assy commo semeianza de cauallo o de leon o de can o de otra cosa semeiante. E por que aquellas señales que ponen para esto estan colgadas sobre las calles por do andan los ombres. Mandamos que aquellos que las y ponen que las cuelguen de cadenas de fierro o de otra cosa qualquier de manera que non puedan caer ni fazer daño. E sy por auentura alguno touiesse la señal colgada de guisa que sospechassen que podria caer. & lo acusassen dello o lo fallasen en verdad que podria caer & fazer daño maguer non cayesse ni lo fiziesse. mandamos que por la pereza que ouo en non la tener atada commo deuia que peche diez marauedis de oro. los çinco al acusador. & los çinco a la camara del rey. E demas deuela toller de aquel lugar o tenerla ay de guisa que non pueda caer ni faga daño. E sy aquella cosa que ay estuuiesse colgada cayesse & fiziesse daño a otro: tenuto es aquel cuya es la casa donde esta colgada de pechar el daño doblado. E sy por auentura el daño fuesse de muerte de ombre. mandamos que peche çinquenta marauedis de oro en la manera que diximos en la ley ante desta que deuia pechar el que lo matasse echando alguna cosa en la calle de la casa do moraua”⁶⁹.

De esta manera, la normativa alfonsina respetó en casi todas sus partes el modelo romano, sin perjuicio, como ya se ha dicho, de la incorporación de algunos aportes originales y propios a ambos tipos de *acciones*. Y uno especialmente

⁶⁷ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 27. Específicamente se trata del caso de los hospederos que colgaban cosas en la puerta de su posada, como podía ser un letrero.

⁶⁸ Ley XXV, Título XV.

⁶⁹ Ley XXVI, Título XV.

notable es el abandono de la responsabilidad objetiva que se podía observar en los edictos *de effusis* y *de positis* para pasar a exigir la culpa del sujeto responsable, como se desprende de la expresión “porque son en culpa, echando alguna cosa en la calle [...]”⁷⁰.

Con posterioridad, en distintos momentos, especialmente en aquellos previos al inicio del proceso de codificación, diversos autores también expusieron sus análisis de estas acciones. Como entrar en un estudio detallado de la visión de los tratadistas a cuya opinión es posible acceder excedería completamente las dimensiones de este trabajo, baste decir en este momento que el principal punto de discrepancia que se observa entre los juristas se refiere a la naturaleza de la responsabilidad del *habitor*, puesto que, no obstante la subjetivación que esta había experimentado desde la aparición de los edictos, concretada en la recopilación de Justiniano, lo cierto es que con posterioridad los juristas siguieron discrepando en orden a la necesidad de la culpa como fundamento de la responsabilidad, e incluso entre aquellos que la admitían, también se presentan diferencias en cuanto a si se trata de una culpa propia o por el hecho de un tercero del cual se responde, o bien si se trata solamente de una culpa propia *in eligendo*⁷¹.

V. PERÍODO DE LA CODIFICACIÓN

Como bien anota Rosso, cuando Jean Domat trabajó a partir de las acciones que motivan esta investigación, lo hizo con un material que, a diferencia de las finalidades con que aquellas fueron creadas, había experimentado un proceso de subjetivación al que ya se ha aludido, pero que también obedece al rol central que el iusracionalismo le otorgó a la culpa dentro de la responsabilidad cuasidelictual, por lo que resulta comprensible que considerara a la culpa como el fundamento de la responsabilidad por los daños causados por cosas caídas o arrojadas desde una casa⁷².

En efecto, Domat recoge en su obra la figura de la *actio de effusis vel deiectis*⁷³ y trata la situación de los objetos, sean sólidos o líquidos, que caen o se derraman desde una casa, con el consecuente daño para algún viandante. El jurista francés responsabiliza por culpa (lo que se desprende de varios comentarios donde se

⁷⁰ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 27. Sin embargo, Tomás Martínez piensa que la responsabilidad que en este caso establecían las Partidas era objetiva, y que con la remisión a la culpa lo que se buscaba era recalcar que al morador de la casa le era imputable el daño por el solo hecho de producirse. TOMÁS MARTÍNEZ, cit. (n. 16), p. 859.

⁷¹ Una recomendable síntesis de juristas es propuesta por Schipani, quien señala que el criterio adoptado por Accursio en la Glosa, en cuanto a que en estos edictos siempre existe una culpa propia *in eligendo*, fue seguido por autores como Cujacius, Vinnius o Eineccius. Otros, prosigue Schipani, como Faber y Domat, precisaron que esta culpa podía ser propia o por el hecho de un tercero. Glück y Windscheid adhirieron exclusivamente al criterio de la responsabilidad por la sola caída o derrame que causa el daño, en tanto que Donellus, sin desconocer la exigencia de algún tipo de culpa, considera que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la sola lesión a la seguridad que significa la caída de cosas desde la altura. SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 117.

⁷² ROSSO, cit. (n. 63), pp. 287 y 288.

⁷³ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans lers ordre naturel* (Paris, 1777), I, p. 299.

refiere a la *impunidad* en las caídas o derrames⁷⁴) a quien habita la casa en forma continua, sin importar si se trata de un propietario o arrendatario, o incluso un ocupante a otro título. La responsabilidad nace, sea que el ocupante de la casa fuese el autor de la caída o derrame, sea algún familiar o dependiente, o moradores transitorios, como podrían serlo amigos de la familia o visitas. Domat considera que, frente a una pluralidad de responsables (varios ocupantes de la casa o edificio) y en desconocimiento del autor material, la responsabilidad es solidaria por todo el daño causado. Pero, si las diversas habitaciones del edificio estuviesen separadas, cada uno de los ocupantes será responsable por los objetos provenientes de la respectiva habitación.

Sin duda, la influencia de la obra de Jean Domat, sumada a su vigencia histórica, hizo que los primeros trabajos de elaboración del código civil francés contemplaran la idea central de la *actio de effusis vel deiectis*⁷⁵. El artículo 16 del proyecto inicial del *Code* se expresaba de la siguiente forma: “*Si desde una casa habitada por varias personas se echa sobre un transeúnte agua o cualquier cosa que cause un daño, todos los que viven en el apartamento desde donde se ha echado son solidariamente responsables, a menos que el que la ha echado sea conocido, caso en el cual sólo él debe la reparación del daño*”⁷⁶. En tanto, el artículo 17 del mismo trabajo preparatorio rezaba que “*los huéspedes que no viven más que de paso en la casa desde donde la cosa ha sido lanzada no son responsables en absoluto del daño, a menos que se pruebe que son ellos los que la han echado; pero el que los aloja es responsable de ello*”⁷⁷.

Esta redacción del *Code* podría haber sido la consagración moderna de la figura de la *actio de effusis vel deiectis* y a la *actio de positis vel suspensis* en el ordenamiento jurídico francés. Sin embargo, la recepción de las ideas de Domat no pudo concretarse en el código napoleónico. Durante la discusión del primitivo proyecto los redactores del *Code* desecharon la incorporación de los preceptos reproducidos al texto definitivo, razonando que se trataba de meros ejemplos del principio general sobre responsabilidad extracontractual contenido en el artículo 15 de ese trabajo, correspondiente al actual artículo 1382 del *Code*, y por lo mismo, prescindibles⁷⁸.

⁷⁴ Rosso, cit. (n. 63), p. 288.

⁷⁵ Cabe anotar que Pothier nunca se refirió a estas acciones en su tratado sobre las obligaciones. Rosso, cit. (n. 63), p. 288.

⁷⁶ “*Art. 16: Si d’une maison habitée par plusieurs personnes il est jeté sur un passant de l’eau ou quelque chose qui cause un dommage, ceux qui habitent l’appartement d’où on l’a jetée sont tous solidairement responsables à moins que celui qui a jeté ne sois connu auquel cas il doit seul la réparation du dommage*”.

⁷⁷ “*Art. 17: Les hôtes qui n’habitent qu’en passant dans la maison d’où la chose a été jetée ne sont point tenus du dommage à moins qu’il ne sois prouvé que ce sont eux qui ont jeté, mais celui qui les loge en est tenu*”.

⁷⁸ Así, BEUDANT, Charles, *Cours de droit civil français* (Paris, 1952), IX bis, p. 122. En todo caso, es útil anotar que con anterioridad al *Code*, el Código Civil de Prusia de 1794 (ALR), en la regulación concerniente a la responsabilidad extracontractual por daños causados por una tercera persona, imponía responsabilidad al arrendador por los daños causados por cosas arrojadas o derramadas por sus arrendatarios en forma negligente. Asimismo, y lo que es más interesante, señalaba que estos mismos daños, en caso de ser causados por alguno de los habitantes de una casa, y no pudiendo el propietario determinar la persona específica que lo causó, debería asumir

En España, a mediados del siglo XIX y hasta donde tuvieron toda su vigencia las Partidas, los diversos proyectos de código civil planteados hacían alusión en alguno de sus artículos al daño causado por cosas que caen o se arrojan desde un edificio e imponían una obligación de resarcimiento por él. Los proyectos de 1836 (artículo 1865) y de 1851 (artículo 1904) integraron esta figura de una manera fiel a la tradición romana. Así, el primero de ellos estipulaba que “*el que habita una casa es responsable de los perjuicios que cause, cayendo de ella cualquier cuerpo sólido o líquido, ya sea arrojado voluntariamente, ya desprendido por negligencia o falta de seguridad*”, con lo que se establecía un régimen de responsabilidad que no era completamente objetivo, puesto que, si bien quien habitaba la casa debía responder por el perjuicio causado, lo hacía cuando previamente había existido un hecho doloso o negligente por parte del autor material⁷⁹.

Por su parte, el artículo 1904 del proyecto de García Goyena de 1851 se encargaba de disponer que “*todo el que habita como principal una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. Cuando sean dos o más, y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán todos mancomunadamente de su reparación*”. Cabe precisar que si bien la disposición utiliza la expresión *mancomunadamente*, hoy en día existe consenso entre los autores en cuanto a que en realidad el autor del texto quiso referirse a la solidaridad, ya que el artículo 1056 del Proyecto establecía que la mancomunidad entre deudores existe cuando dos o más personas se obligan a una misma cosa, de modo que ésta pueda exigirse en su totalidad de cada uno de ellos⁸⁰. Entonces, el artículo reproducía la regulación del edicto *de effusis* para el caso de una multiplicidad de habitantes, consistente en la condena solidaria de todos ellos, cosa que había sido olvidada por los autores del proyecto de 1836.

Posteriormente, el anteproyecto de 1882-1889 se encargó de reproducir la norma que ya se contenía en el proyecto de García Goyena de 1851, pero modificándola y, por ende, alterando la regla pretoriana, al suprimir la solidaridad como forma de responsabilidad en caso de existir múltiples moradores de la vivienda o edificio. Es decir, la omisión en que se había incurrido en el proyecto de 1836 y que se había subsanado en el proyecto de García Goyena, se repite en el anteproyecto y posteriormente en el definitivo código civil⁸¹. Entonces, las ideas reseñadas cristalizaron en el actual artículo 1910 del código civil, cuyo tenor es el siguiente: “*El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*”.

éste el pago de la indemnización (§56 y ss.). Respecto de la *actio de positis vel suspensis*, el ALR la trata sistemáticamente de forma diferente a la *actio de effusis vel deiectis* (§74 y ss.), como una regla de policía sancionatoria. Por su parte, el Código Civil de Austria de 1811 previó la *actio de effusis* (§1318), sin pronunciarse acerca de una eventual responsabilidad solidaria, en la sección destinada a la responsabilidad por hecho de otros, así como también la *actio de positis* (§1319), pero para el solo efecto de establecer el derecho de denunciar la situación de peligro a la autoridad por razones de seguridad pública. SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 121.

⁷⁹ RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 33, y TOMÁS MARTÍNEZ, cit. (n. 16), p. 859.

⁸⁰ Por todos, RAMOS MAESTRE, cit. (n. 7), p. 34.

⁸¹ Cabe agregar que, en el contexto de la península ibérica, las acciones en estudio no fueron incorporadas en el código civil de Portugal de 1867, línea seguida en el código de 1966.

También la labor codificadora realizada en Alemania tomó inicialmente en cuenta las acciones *de effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*. Los párrafos 729, 731 y 733 del proyecto de código civil del año 1888 establecían un sistema de responsabilidad por los daños causados por cosas caídas o arrojadas que afectaba al dueño del edificio respectivo, salvo que existiesen varios propietarios por partes, caso en el cual la responsabilidad recaía en el dueño de la parte del edificio desde la cual provenía el objeto o líquido. Si varias personas eran titulares de forma indivisa del edificio o de la parte del mismo desde la que se originó el daño, se imponía la responsabilidad solidaria. A pesar de su similitud con la reglamentación romana y con la del código francés, lo cierto es que estas disposiciones no se ponían expresamente en el caso de un daño causado por un agente desconocido, al imponer la responsabilidad inmediatamente sobre un individuo, el propietario⁸². En todo caso, esta regulación no se trasladó al definitivo y actual *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), que, por lo tanto, no tiene una normativa especial para esta especie de daños, así como tampoco para la *actio de positis vel suspensis*⁸³. En opinión de Zimmermann, un edicto destinado a establecer la reparación de daños por cosas caídas o arrojadas desde lo alto de un edificio podría haber tenido justificación en Roma, dadas sus peculiares circunstancias, pero en la Alemania del siglo XIX las regulaciones de policía y las reglas previstas en la legislación penal podían considerarse suficientes para incentivar a las personas para evitar conductas dañosas de esta especie⁸⁴.

Por último, señalemos que la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos que descienden del código de Napoleón trataron de forma dispar las originales *actio de effusis vel deiectis* y *actio de positis vel suspensis*. Respecto de la primera, en el código civil chileno, Andrés Bello siguió la reglamentación de las Partidas, específicamente la ya citada partida séptima, ley XXV, incorporando así la antigua reglamentación romana y la alfonsina posterior, en el artículo 2328, inciso primero⁸⁵, del código civil para los daños causados por cosas caídas o arrojadas desde la parte elevada de una vivienda, pero alterando la regla pretoriana original, al suprimir la solidaridad como forma de responsabilidad en caso de existir múltiples moradores de la vivienda o edificio y disponer su distribución entre todos los responsables. De forma similar lo hizo el código civil de Perú de 1851, aunque no se manifestó a propósito de la hipótesis en que resulta desconocida la habitación o parte del edificio desde donde cayó el objeto, en su artículo 2197⁸⁶.

El código civil de Uruguay de 1868, en su artículo 1291, repitió casi textualmente la regla del código de Bello, tal como ocurrió con el código colombiano

⁸² Como sucede en el actual artículo 1910 del código civil español.

⁸³ SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 120.

⁸⁴ ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), p. 1128.

⁸⁵ Art. 2328, inciso primero: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola”.

⁸⁶ Art. 2197: “El que vive en una casa es responsable de los daños que causen las cosas arrojadas de ésta; pero puede repetir contra el autor del daño”.

de 1873 (art. 2355) y con el código civil de Ecuador de 1860 (art. 2255). El código civil argentino de 1871 lo incluyó en el artículo 1119⁸⁷, estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los habitantes de la casa o edificio, si se ignorase la habitación desde donde cayó o fue arrojada la cosa. El código de Brasil de 1917 también trató esta figura como un caso de responsabilidad de aquellos que habitan una casa por los daños causados por las cosas que cayeren o fueran lanzadas desde la misma⁸⁸.

Dentro de los textos codificados más recientes cabe destacar el código civil paraguayo de 1987, que en su artículo 1851⁸⁹ establece un caso de responsabilidad por las cosas que caigan o fueren arrojadas por el solo hecho de habitar una casa o una de sus partes⁹⁰. Del mismo modo lo ha hecho el código cubano de 1988 en el artículo 93⁹¹. El actual código civil peruano de 1984 no ha previsto esta figura, a diferencia de su antecedente de 1851, como tampoco lo hizo el texto de 1936. Por su parte, en Argentina, el nuevo código civil y comercial de la nación continúa la línea del anterior código civil de ese país y dedica el artículo 1760 al caso de daños causados por cosas que caen o se arrojan desde una parte de un edificio, imponiendo responsabilidad solidaria a los dueños y ocupantes de dicha parte del edificio⁹².

Entre los códigos civiles latinoamericanos que nunca acogieron la *actio de effusis vel deiectis* se encuentran el código civil boliviano de 1830, los venezolanos de 1873 y 1942, el de Costa Rica de 1886 y el mexicano de 1870.

En cuanto al destino en Latinoamérica de la *actio de positis vel suspensis*, puede decirse que el inciso segundo del artículo 2328 del código civil chileno constituye una más que evidente aplicación de esta, toda vez que pone a cargo del dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa o que se sirvise de ella, la obligación de removerla si es que amenaza caída o daño, obligación a la que puede ser compelido el sujeto mediante una acción popular de prevención⁹³. Similar regla se observa en los códigos civiles de Ecuador de 1860

⁸⁷ Art. 1119: “*Son responsables los padres de familia, inquilinos de la casa en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer [...] Cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación desde donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, el solo será responsable*”.

⁸⁸ Art. 1529: “*Aquella que habitar una casa, ou parte dela, responde pelo daño proveniente das coisas, que dela cáirem ou forem lancadas em lugar indebido*”.

⁸⁹ Art. 1851: “*El que habita una casa o una de sus partes, responderá del daño proveniente de las cosas que de ella caigan o fueren arrojadas en lugar indebido*”.

⁹⁰ SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 125.

⁹¹ Art. 93: “*El jefe de un grupo familiar que ocupa una vivienda es responsable de los daños y perjuicios causados por el lanzamiento o caída de objetos desde el inmueble, pero puede exigir del autor del hecho el reembolso de lo que hubiere pagado*”.

⁹² Artículo 1760: “*Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa, o si ésta es arrojada, los dueños y ocupantes de dicha parte responden solidariamente por el daño que cause. Sólo se libera quien demuestre que no participó en su producción*”.

⁹³ Art. 2328, inciso segundo: “*Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o*

(art. 2255) y de Colombia de 1873 (artículo 2355). Fuera de estos casos, la *actio* en estudio no fue plasmada en otros códigos latinoamericanos.

A modo de síntesis, es posible observar que en el proceso de codificación desarrollado básicamente entre 1794 (código civil de Prusia) y 1900 (BGB), el destino de la *actio de effusis vel deiectis* y de la *actio de positis vel suspensis* fue heterogéneo: en tanto varios códigos europeos y latinoamericanos simplemente las omitieron (Francia, Italia, Portugal, Alemania, Bolivia, Venezuela, México, Costa Rica), otros les dieron acogida en diversos preceptos, pero con matices diferenciadores respecto a las soluciones originales (Chile, Colombia, Ecuador, Argentina, Uruguay), en tanto que otros buscaron apegarse con mayor rigor a esas fórmulas (Austria, España, Brasil, Paraguay, Cuba)⁹⁴. Lo relevante es, a mi juicio, constatar cómo ni el paso del tiempo ni el desarrollo de la ciencia jurídica o la creatividad de los procesos codificadores impidieron que estos edictos encontraran su lugar en los modernos códigos civiles que el mundo occidental se ha dado a partir de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX.

VI. PROYECCIONES

Se ha sostenido que las cuatro formas cuasidelictuales del derecho romano clásico, y en particular la *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*, si bien fueron recibidas en el derecho común, lo cierto es que ninguna de ellas prosperó realmente. Así, Zimmermann ha señalado respecto de la primera que ha tenido una supervivencia mayor a la de los otros edictos, pues aún se le encuentra “en algún rincón semiolvidado del derecho austríaco y sudafricano”, en tanto que en Alemania tuvo presencia en el *usus modernus pandectarum* y el pandectismo, para ser preterida definitivamente en el código de 1900⁹⁵. Por su parte, la segunda, dice este tratadista, ya se encontraba obsoleta a fines del siglo XVIII, puesto que nunca sirvió para compensar los daños sufridos, sino que únicamente tenía por objeto imponer una sanción a quienes hiciesen del tráfico un momento de peligro. De esta manera, prosigue, con el surgimiento de los modernos estados territoriales y sus órganos administrativos, el mantenimiento de la seguridad pública se transformó progresivamente en un asunto de competencia de las autoridades públicas y los remedios del derecho privado fueron sustituidos por las facultades de los entes policiales, a quienes se podía requerir que tomaran medidas más efectivas para enfrentar el peligro⁹⁶.

No obstante la correcta apreciación del autor citado, lo cierto es que se trata de una observación que, a mi juicio, requiere ser matizada. Si bien es cierto que muchos de los códigos civiles decimonónicos acogieron de alguna forma las acciones en estudio y que este fenómeno no se replicó por aquellos dictados a partir de 1900, los cuales han optado más bien por reglas generales de responsabilidad —lo

del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa o que se sirviere de ella; y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción”.

⁹⁴ SCHIPANI, cit. (n. 6), p. 126.

⁹⁵ ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), p. 1128, sin mención a la situación latinoamericana.

⁹⁶ ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), p. 1127.

que demuestra, sobre todo, un desarrollo diferente de las técnicas legislativas—, también es efectivo que estas acciones han tenido alguna influencia en la adopción de soluciones para problemas jurídicos concretos o, incluso, en la evolución de las diversas manifestaciones de la responsabilidad civil.

Como ya adelanté en la introducción de este trabajo, la influencia que estas acciones han tenido en la realidad jurídica contemporánea puede detectarse especialmente en tres situaciones: en el artículo 2328 del código civil chileno; en la elaboración del concepto de responsabilidad por el hecho ajeno; y en la solución a los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo.

1. Aunque el artículo 2328 está inserto en un texto codificado emblemático del siglo XIX, ello no significa que su contenido haya quedado detenido en el tiempo como un mero reflejo de dos acciones de dos mil años de antigüedad. Por el contrario, la evolución que ha experimentado la inteligencia de su contenido incluso lo aleja hoy en día del contexto en que fue dictado, asumiendo características propias de la regulación romana, que curiosamente tienen mayor cabida en nuestros días que en aquellos en que Bello elaboró su código. En efecto, dentro de los variados análisis que se pueden hacer de este precepto⁹⁷, cabe resaltar la mutación experimentada, especialmente en la doctrina chilena, respecto a la tradicional naturaleza de esta responsabilidad, desde una subjetiva sujeta a una presunción de culpa⁹⁸, a una objetiva por el daño causado⁹⁹, opinión esta última que comparto, por cuanto, a mi juicio, el artículo 2328 constituye, en realidad, una hipótesis de responsabilidad objetiva y no una presunción de culpa. El codificador se desentendió completamente de la valoración de un comportamiento determinado y de la culpa como elemento de atribución de responsabilidad, optando por el riesgo como criterio de imputación, basado en el peligro que significa para los transeúntes el lanzamiento o caída de objetos desde la parte superior de un edificio, tal como se desprende de la lectura de su texto, entre otras razones.

De modo que el artículo 2328 no solamente es un hito histórico introducido en el código civil, sino que es un precepto que evoluciona y nos hace llegar a una conclusión relativamente novedosa en la dogmática civilista: la presencia en aquél de reglas de responsabilidad extracontractual objetiva, tal como, en todo caso, ocurría con sus modelos romanos.

2. Como ya lo he anticipado, se ha dicho en la doctrina que la *actio de effusis*

⁹⁷ Sobre la materia, BARRÍA, Rodrigo, *La responsabilidad objetiva del artículo 2328 del Código Civil*, en FIGUEROA, Gonzalo; BARROS, Enrique; TAPIA, Mauricio (cords.), *Estudios de derecho civil VI. Jornadas de Nacionales de Derecho Civil 2010* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011), p. 521 ss.

⁹⁸ En este sentido, ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Cono Sur, 1983), II, p. 442; DUCCI, Carlos, *Responsabilidad civil (extracontractual)* (memoria de licenciatura, Santiago, 1936), p. 136; ABELIUK, René, *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 234; BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno. De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 266; y CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 249.

⁹⁹ BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 212 y 213, y 467 y 468; RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 203.

vel deiectis y la *actio de positis vel suspensis*, constituyen parte importante de los antecedentes para la construcción dogmática de lo que hoy conocemos como responsabilidad por el hecho ajeno o responsabilidad vicaria, presente tanto en el derecho continental como en el *common law*. En efecto, Zimmermann¹⁰⁰ ha sostenido que, a partir del reconocimiento en la Europa continental de la obsolescencia del sistema romano de la responsabilidad noxal, en los siglos XVII y XVIII se barajaron básicamente tres alternativas enfocadas en resolver la carencia que de ella se derivaba: la línea de pensamiento de Hugo Grocio, según la cual los patrones solo responden por los hechos de sus dependientes hasta el monto de los salarios no pagados; la idea de Johanes van der Linden, para quien la responsabilidad solo surge en caso de probarse alguna culpa; y, finalmente, la idea que terminaría prevaleciendo, atribuida a Johanes Voet en su obra *Commentarius ad Pandectas*, donde sostenía que el patrón es responsable por todos los actos ilícitos cometidos por las personas a sus servicio, siempre y cuando tales hechos se dieran durante la ejecución de su trabajo. Agrega Zimmermann que el fundamento de la idea de Voet se encuentra en las fuentes romanas, principalmente en la *actio de effusis vel deiectis*, en la responsabilidad de los navieros, fondistas y dueños de establos por el daño ocasionado por sus dependientes, y en la responsabilidad de los recaudadores de impuestos (*publicani*) a causa de los delitos cometidos por un miembro de su familia. El mismo principio, prosigue Zimmermann, fue recogido por Robert Pothier en su *Traité des obligations*, estableciendo de ese modo las bases del futuro artículo 1384 del *Code*.

Paralelamente a lo ocurrido en el derecho continental, de acuerdo con lo relatado por Zimmermann, esta regla tuvo consagración en el ámbito anglosajón gracias al trabajo en Inglaterra del *Chief Justice* Lord Holt, en las sentencias *Boson vs. Sandford* (1691) y *Turberville vs. Stampe* (1698), que establecieron el moderno concepto de responsabilidad vicaria a través de una fórmula que, hasta el día de hoy, constituye la piedra angular de la materia en el *common law*: “*A master is responsible for all acts done by his servant in the course of his employment though without particular direction*”. Según el citado autor, es obvio que el magistrado inglés se inspiró en estos fallos en las fuentes romanas, especialmente en la *actio de effusis vel deiectis* y en la responsabilidad de los armadores.

En síntesis, como es posible apreciar, una de las bases estructurales de la moderna responsabilidad por el hecho ajeno la constituye la *actio de effusis vel deiectis*, por lo que no resulta conveniente olvidar cuál ha sido la relevancia que para el moderno derecho de la responsabilidad extracontractual ha tenido este edicto.

3. En un ejemplo más específico que los anteriores, puede sostenerse que las acciones en estudio han contribuido a reforzar la línea de pensamiento favorable a las víctimas en un caso de daño extracontractual que ha sido bastante estudiado en la doctrina europea y en alguna latinoamericana, particularmente la argentina, y que es el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo¹⁰¹. Como su

¹⁰⁰ ZIMMERMANN, *The Law*, cit. (n. 5), pp. 16-18 y pp. 1118-1126; y *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010), pp. 150-154.

¹⁰¹ Sobre la materia, BARRÍA, Rodrigo, *El daño causado por el miembro indeterminado de un*

nombre lo da a entender, consiste en que un daño es causado por un individuo que forma parte de un grupo perfectamente identificado, pero cuya identidad personal no es posible determinar. Esta clase de daño supone un problema de prueba causal importante: se sabe que el daño proviene de la actividad de un grupo de individuos, pero no es posible acreditar qué sujeto específico lo causó. Frente a esta disyuntiva hay básicamente dos alternativas: que la víctima quede sin reparación por la imposibilidad de demostrar quién es el responsable del daño, o bien, condenar a todo el grupo por la actuación de uno de sus integrantes, buscando la protección de los intereses del ofendido. El conflicto surge porque en la primera solución se desprotege a la víctima porque no ha podido probar la identidad del autor del daño, probablemente por el hecho de estar oculto en el grupo, en tanto que en la segunda se condena a personas que, ciertamente, no fueron quienes causaron el daño.

Este problema se soluciona expresamente en algunos ordenamientos europeos, como en Alemania y Holanda, países en que el §830 del BGB¹⁰² y el artículo 99 del código civil holandés¹⁰³, respectivamente, han previsto soluciones específicas

grupo y su posible recepción en derecho civil chileno, en *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, 1/1 (Santiago, 2011), p. 151 ss. A propósito de esto, es necesario precisar que en el Digesto existen dos pasajes que tienen directa relación con esta materia y que forman parte de decisiones tomadas respecto de casos de *damnum iniuria datum* (regulado este por un plebiscito del año 286 a. C., probablemente, conocido como *lex Aquilia*). Así, la primera de ellas (D.9,2,11,2) dice: “*Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus, et si quidem ariet perierit cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait.*” (Pero si varios hubiesen golpeado al esclavo, veamos si todos son responsables como si todos lo hubiesen matado. Y si aparece por que golpe pereció, el que lo dio es responsable como si lo hubiere matado, pero si no aparece, dice Juliano que todos son responsables como si todos hubiesen matado.). La segunda (D.9,2,51.1), en tanto, expresa: “*Idque es consequens auctoritari veterum, qui, cum a pliribus idem servis ita vulneratus esset, ut non apparet, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.*” (Y esto es conforme a la autoridad de los antiguos juristas, los cuales, cuando el mismo esclavo fue herido por varios, de tal manera que no apareciera por qué golpe pereció, juzgaron que todos quedaban obligados por la ley Aquilia). Estas citas son de gran importancia, por cuanto, como se observa, dan una solución al tema de la indeterminación del causante de un daño, que pertenece a un grupo, solución que es similar a la adoptada por las escasas legislaciones modernas que se ocupan del problema y por la jurisprudencia de varios ordenamientos, y que consiste en condenar solidariamente a todos los miembros del grupo, tal como si el daño hubiese sido provocado por todos ellos conjuntamente. MÚRTULA, cit. (n. 9), p. 28.

¹⁰² “1. *Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wiewer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. 2. Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.*” (“Si varias personas, por un acto ilícito cometido en común, han causado un daño, cada uno es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quien, entre varios partícipes, ha causado el daño mediante su acción. Los instigadores y los partícipes están en la misma situación como coautores”). La traducción está tomada de la obra *Código Civil Alemán comentado (BGB)*, traducción castellana de Emilio Eiranova Encinas (Madrid, Marcial Pons, 1998), p. 263.

¹⁰³ Art. 99 (6,1,9,4a): “*Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.*” El texto en inglés es el siguiente: “*Where the damage may have resulted from*

que implican la condena de todos los integrantes del grupo. Lo mismo ocurre con el instrumento académico de unificación europea de las reglas sobre responsabilidad extracontractual conocido como los principios del derecho europeo de la responsabilidad civil, que en su artículo 3:103.1 soluciona el conflicto en el mismo sentido¹⁰⁴. Pero en países sin legislación expresa al respecto, se ha llegado a la misma solución por vía jurisprudencial, como ha ocurrido en Inglaterra, Francia¹⁰⁵ y España. Y es particularmente en este país donde, entre los varios argumentos favorables a la condena grupal, se esgrime el ya mencionado artículo 1910 del código civil español, relativo a la responsabilidad por daños derivados de cosas que caen o son arrojadas, el cual se inspira en la *actio de effusis vel deiectis* (que, recordemos, en caso de vivir varios *habitatores* en el edificio hacía responder a todos ellos solidariamente en caso de no identificarse al responsable) y en su posterior tratamiento en las Partidas, el cual responsabiliza al “cabeza de familia” por estos daños, con independencia de quién haya arrojado la cosa y aun cuando no se sepa quién ha sido¹⁰⁶. De hecho, el artículo 2328 de nuestro código civil

two or more events for each of which a different person is liable, and where it has been determined that the damage has arisen from at least one of these events, the obligation to repair the damage rests upon each of these persons, unless he proves that the damage is not the result of the event for which he himself is liable”. (“Cuando el daño pueda haber resultado de dos o más acontecimientos por cada uno de los cuales sea responsable una persona, y se haya determinado que el daño se haya producido como consecuencia de, al menos, uno de dichos acontecimientos, la obligación de reparar el daño corresponderá a cada una de dichas personas, a menos que pruebe que el daño no es el resultado del acontecimiento por el cual ella misma es responsable”). La traducción del inglés corresponde a MARTÍN-CASALS, Miquel-RUDA, Albert, *Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 65 (Madrid, 2004), p. 855.

¹⁰⁴ Art. 3:103. “*Alternatives causes (1): In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage*”. (“(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima”). La traducción del inglés se encuentra en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, MARTÍN CASALS, Miquel (coord.) (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008), p. 84.

¹⁰⁵ A la fecha de redacción de este trabajo todavía se encontraba en tramitación ante el parlamento francés, el proyecto de reforma al Código Civil de Francia en materia de responsabilidad civil. En dicho proyecto se contempla una norma que consagra la línea jurisprudencial en la materia, de acuerdo con la cual, cada integrante del grupo al que pertenece el miembro no identificado causante de un daño corporal responde por la totalidad del daño (solidaridad). El texto del artículo 1240 de ese proyecto es el siguiente: “*Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé. Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage*”.

¹⁰⁶ El estudio romanista del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo también ha sido observado desde la perspectiva del llamado *damnum in turba datum* (D.47,8,4 pr.). Al respecto, MANFREDINI, Arrigo D., *Responsabilità collettiva e damnum in turba datum. Una prospettiva comparatistica*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* (Roma, Mucchi Editore, 2001), pp. 165-170.

es más explícito todavía, porque hace expresamente responsables y en forma solidaria a todos aquellos que habitan la parte del edificio desde donde cae la cosa. De modo que el mismo razonamiento es perfectamente aplicable a nuestra realidad, si es que se desea fundamentar en Chile esta solución, la cual no tiene texto legal que la contenga.

CONCLUSIONES

Como se señaló al principio de este trabajo, su intención es describir los orígenes históricos y la reglamentación que caracterizó a la *actio de effusis vel deiectis* y a la *actio de positis vel suspensis* como creaciones del derecho pretoriano en Roma, para, a partir de ese análisis, reseñar su derrotero en las diversas etapas históricas del derecho hasta nuestros días. Lo cierto es que lo que he pretendido ha sido demostrar cómo dos acciones propias del derecho romano subsisten, quizás no tanto en su forma original, porque la realidad social es otra y las soluciones jurídicas también deben cambiar, pero sin duda a través de su influencia en la creación de construcciones jurídicas actualmente vigentes y de indudable relevancia, especialmente en la moderna responsabilidad extracontractual. No me quedan dudas en cuanto a que ambas acciones tienen una mayor repercusión hoy en día de lo que pudiera sospecharse.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 1993.
- ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Cono Sur, 1983), II.
- BARCIA, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno. De las fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- BARRÍA, Rodrigo, *La responsabilidad objetiva del artículo 2328 del Código Civil*, en FIGUEROA, Gonzalo; BARROS, Enrique; TAPIA, Mauricio (coords.), *Estudios de derecho civil VI, Jornadas de Nacionales de Derecho Civil 2010* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011).
- BARRÍA, Rodrigo, *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en derecho civil chileno*, en *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, 1/1 (Santiago, 2011).
- BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- BEUDANT, Charles, *Cours de droit civil français* (Paris, 1952), IX bis.
- Código Civil Alemán comentado (BGB)* (traducción castellana de Emilio Eiranova Encinas, Madrid, Marcial Pons, 1998).
- CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- DEMAREZ, Jacques, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé* (Paris, L.G.D.J., 1967).
- DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans l'ordre naturel* (Paris, 1777), I.
- DUCCI, Carlos, *Responsabilidad civil (excontractual)* (memoria de licenciatura, Santiago, 1936).

- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, MARTÍN-CASALS, Miquel (coord.), (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008).
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid, Trivium, 1990).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), II.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano* (Madrid, Ariel, 2002).
- KUCUK, Esref, "L'actio de effusis vel deiectis" nel diritto romano classico, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 30 (Valparaíso, 2008).
- MANFREDINI, Arrigo D., *Responsabilità collettiva e damnum in turba datum. Una prospettiva comparatistica*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* (Roma, Mucchi Editore, 2001).
- MARTÍN-CASALS, Miquel-RUDA, Albert, *Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 65 (Madrid, 2004).
- MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo* (Madrid, Dykinson, 2005).
- RAMOS MAESTRE, Aurea, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C. C.)* (Madrid, Editorial Práctica de Derecho, 2001).
- RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999).
- RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *Notas sobre el elemento objetivo del effusum vel deiectum*, en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (ed.), *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolet* (Madrid, Visor Ediciones, 1988), II.
- RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, *Notas sobre el elemento subjetivo del edictum de effusis vel deiectis*, en *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, XXXV, 1984.
- ROSSO, Gian Franco, *Los límites de la responsabilidad objetiva* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016).
- SCHIPANI, Sandro, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus Iuris ai codici civili europei e latinoamericani* (1994), ahora, en ÉL MISMO, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale* (Torino, G. Giappichelli Editore, 2009).
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, *La responsabilidad del habitator en la actio de effusis et deiectis y su alcance actual (artículo 1910 del Código civil)*, en MURILLO VILLAR, Alfonso (coordinador), *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001).
- WALLINGA, Tammo, *Effusa vel deiecta en Roma y Glasgow*, en MURILLO VILLAR, Alfonso (coord.), *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001).
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996).
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010).

