

TÍTULO 14

De via publica

T. El contenido de las dos sentencias de este título, una procedente del Digesto (1a.) y la otra del Breviario (1), se refiere a interdictos. Sus *sedes materiae* propias serían, respectivamente, los edictos relativos al interdicto *quod vi aut clam* (Lenel § 256) y *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (Lenel §237).⁷³³ En el libro quinto de las *Sententiae* hay un título (el sexto) destinado a interdictos, que contiene una sentencia (2) relativa a vía pública.

Siguiendo el orden edictal, no hay un edicto con una rúbrica semejante a la de este título de las *PS*, entre los edictos § 65 (*Si hereditas petatur*) y § 75 (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*), que corresponden a los títulos 1,13B y 1,15 de *PS*. Los edictos que se referían al cuidado de caminos y lugares públicos estaban en el título XLIII del Edicto (§§ 237-240).

La presencia aquí de este título de *PS* puede explicarse por una razón histórica. Hubo en el derecho vulgar de occidente una preocupación especial por las cargas que se imponían a los ciudadanos para el cuidado de los caminos.⁷³⁴ Esto pudo mover a los compiladores del Breviario a conservar, de entre las muchas sentencias que debieron de haber relativas a los edictos §§ 67-75, una sola que se refería a la reparación de vías

⁷³³ En el Digesto, las sentencias están colocadas erróneamente en el título 43,11 relativo al interdicto prohibitorio de *via publica et itinere publico reficiendo*, por el que se prohíbe que se impida a alguien reparar la vía pública. Pero las sentencias se refieren a casos distintos en que se daña una propiedad contigua a un camino (1a.), o se daña el camino (1).

⁷³⁴ Levy, *VL*, p. 124. LRB 17,1 recoge casi todas las disposiciones habidas en su tiempo sobre la materia.

públicas. Esta sentencia, junto con la que nos da el Digesto, debieron de proceder de un título relacionado con esos edictos.

Schulz⁷³⁵ opina que las sentencias pudieron formar parte de un título relacionado con el Edicto de *modo agri* (Lenel § 74), ya que a propósito de la cabida de un fundo podían traerse a consideración las vías públicas con las que colindaba. También pudo ser que la primera sentencia estuviera relacionada con el título sobre la acción reivindicatoria (Lenel § 69), ya que se refiere, como se explica abajo, al interdicto que tenía el propietario para obtener una reparación por un daño causado en su propiedad, y la segunda con el título sobre las servidumbres (Lenel § 73), porque trata de la protección que tienen los usuarios respecto del uso de un camino, que es un supuesto semejante al de una servidumbre de paso.⁷³⁶

O. Posclásico.

Au. La reducción del material y la conformación de esta rúbrica parecen ser obra de V.

1,14,1^a (ex D 43,11,3). *Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, in tantum in eum viae receptae actio dabitur, quanti eius interest, cuius fundo iniuria inrogata est.*

S. Cuando alguien desvía un camino público hacia un campo vecino, se dará contra él la “acción de corrimiento de vía”, para que indemnice el interés del dueño del campo sobre el cual causó el daño de correr la vía.

O. Clásico.

El pretor otorgaba el interdicto de *via publica et itinere publico reficiendo* (Lenel § 240) para que no se impidiera a una persona reparar un camino o lugar público. Era un interdicto prohibitorio, por el que el pretor impedía que se hiciera violencia al que reparaba un bien público siempre y cuando no lo deteriorara. Según Ulpiano (68 *ad ed.* D 43, 11,

⁷³⁵ Schulz, *SZ*, 47 (1927) 45. Cita a Paulo 21 *ad ed.*, D 18, 1,51, quien, a propósito de la cabida del fundo y en sede *de modo agri* (Pal. 356), se refiere a los caminos públicos.

⁷³⁶ Esta conjetura, sin embargo, tropieza con el hecho de que el título 16 de este libro primero de *PS* es sobre las servidumbres, y sería extraño que los compiladores no dejaran las sentencias formando parte de su contexto original. Pero esto podría explicarse diciendo que los compiladores sacaron del título de servidumbres, entre las que se trataba la de paso o *vía*, aquéllas que se referían a *vía pública*.

1, 1) reparar (*reficere*) una vía significaba restaurarla o “abrirla” (*aperire*) de modo que recuperara su antigua altura o anchura, o bien limpiarla (*purgare*), o sea, volverla a su nivel original quitando todo lo que hubiera encima de ella. Todas esas operaciones tendían a reponer la vía en su estado originario. No se podía ejercer el interdicto, y por tanto la oposición era legítima, cuando alguien quería ensanchar o alargar una vía, subir o bajar su altura, empedrarla o quitarle el empedrado.

La sentencia, aunque se encuentra ubicada en el Digesto bajo el título de este interdicto, se refiere a un supuesto distinto: no trata de la reparación de un camino, sino de hacerlo pasar por un terreno vecino, sea con el objeto de ensancharlo, sea de desviarlo de su curso original y darle uno nuevo. El recurso que dispone la sentencia no tiene el objetivo de proteger la vía pública, sino de proteger al propietario del terreno sobre el cual se corrió la vía.

La sentencia da una acción llamada *actio viae receptae* para que el propietario del fundo afectado por el corrimiento de un camino público obtenga una indemnización. Pero ninguna otra de las fuentes jurídicas romanas que se conservan menciona tal acción.⁷³⁷ Los glosadores conjeturaron plausiblemente que el texto no daba el nombre de una acción en particular, sino la causa por la cual se ejercía.⁷³⁸ Pero de todos modos hace falta precisar cuál es la acción o recurso al que se refiere.

Windsheid,⁷³⁹ seguido por Ubbelohde, piensa que en el supuesto de la sentencia, el dueño del fundo afectado podía tener la acción reivindicatoria o la acción negatoria, y si éstas no procedieran, entonces tendría una acción personal, como la que prevé la sentencia, contra quien causó culpablemente el daño, que sería, según ellos, una *actio legis Aquiliae utilis*.

Esta opinión tiene a su favor la ubicación de la sentencia, ya que se encuentra en un título previo al que trata sobre los daños y la ley Aquilia. Pero tiene en contra, lo que me parece decisivo, es que la sentencia no se

⁷³⁷ Lenel, *EP*, 195 n. 2. En el manuscrito S del Digesto se lee *actio viae reiectae*. El hecho al que se refiere la sentencia, desde el punto de vista de quien lo hace, es una *reiectio*, y desde el de quien lo sufre es una *receptio*.

⁷³⁸ *Id est, propter viam reiectam (receptam) actione*. Citados por Ubbelohde, *Comentario alle Pandette* (Milano, 1905) XLIII 4, pp. 451 y ss.

⁷³⁹ *Lehrbuch des Pandektenrechts* II, Frankfurt, 1906, p. 459.

refiere a una acción penal, como es la de la ley Aquilia, sino a una acción indemnizatoria.⁷⁴⁰

Dernburg⁷⁴¹ opina que la sentencia se refiere a una controversia entre propietarios de fundos contiguos a una vía pública, por lo que la acción procedente es la acción de fijación de límites (*actio finium regundorum*). Pero la sentencia contempla otro supuesto: no la controversia entre propietarios de fundos vecinos colindantes con un camino público, sino la controversia entre el propietario de un fundo contiguo y la persona que altera el curso originario de la vía pública.

En mi opinión, el caso previsto por la sentencia cae en el ámbito de aplicación del interdicto *quod vi aut clam* (D 43,24). El interdicto se da exclusivamente respecto de obras hechas violenta o clandestinamente⁷⁴² en inmuebles;⁷⁴³ es de carácter restitutorio. La obligación del demandado de restituir se concreta en diversas conductas, según sea el caso. Cuando el que hizo la obra posee el inmueble, la restitución puede consistir en que haga la demolición de la obra a su costa (Neracio, citado por Ulpiano 71 *ad ed.*, D 43,24,71), o bien, que es lo que aparece en la mayoría de los textos (Paulo 67 *ad ed.*, D 43,24,62; Juliano, citado por Ulpiano 71 *ad ed.*, D h. t. 13,7), en tolerar que el interesado haga la demolición

⁷⁴⁰ Hay, en el título del Digesto sobre la ley Aquilia (9,2), algunos casos de daños causados sobre inmuebles: incendio de una casa o arboleda (27,7), rotura de un alero (29,1), demolición de una obra (50). Podría también caer bajo la protección de la acción de la ley Aquilia el caso previsto en la sentencia, pero el objetivo de la acción sería el de condena a pagar el valor máximo de la cosa afectada en los últimos 30 días, y no, como dice la sentencia, el de reparar el interés del propietario.

⁷⁴¹ *Pandekten I 5366*, citado por Ubbelohde, *op. cit.*, nota 738, 461.

⁷⁴² Obra con violencia quien lo hace contra la prohibición expresa del dueño; obra clandestinamente quien lo hace sin la autorización del dueño, si sabía o debía saber que la necesitaba. Véase Bonfante, *Corso di Diritto Romano* II-1, 1928, reimpr. Milano, 1966, pp. 467-471.

⁷⁴³ La acción de la ley Aquilia podía darse por daños causados en inmuebles, siempre que fueren causados injustamente (*iniuria*), o sea habiendo dolo o al menos culpa del agente. El interdicto cubría más casos, pues podía darse en caso en que el daño se cometiera sin culpa, pero sí clandestinamente. El caso de la sentencia puede ser un ejemplo: quien, por ensanchar un camino invade un fundo vecino, puede ser que obre sin culpa, si ignoraba que el terreno contiguo era de propiedad privada, pero aun así obraría clandestinamente por no tener la autorización del dueño. Sobre la concurrencia entre el interdicto *quod vi aut clam* y la acción de la ley Aquilia, véase Carelli, O. *SHDI* 5 (1939), pp. 329 y ss. El interdicto también era necesario cuando el afectado, por no ser propietario, no podía ejercer la acción de la ley Aquilia.

(*patientiam praestare*), pagar los gastos (*impensas praestare*) que cause la demolición y resarcir los daños que causó.⁷⁴⁴ Si el demandado por el interdicto es el autor de la obra, pero no posee el inmueble, sólo queda obligado a pagar gastos y daños; si es el poseedor del inmueble, pero no autor de la obra, sólo está obligado además a tolerar la demolición de la obra. A veces, el *opus factum* podía ser la destrucción de algo, por ejemplo talar árboles (D h. t. 13,7; 16,1), y entonces la restitución consistiría en reponer y no en demoler. Si el destinatario del interdicto no hacía la restitución, entonces podía darse contra él una acción por no obedecer el interdicto (*actio ex interdicto*),⁷⁴⁵ que en el procedimiento formulario tenía una cláusula arbitraria, mediante la cual se condenaba al demandado a pagar, si no hacía la restitución, la cantidad equivalente a lo que al actor le interesara (*quod actoris interest*) que la obra no se hubiera hecho (Ulpiano 71 ad Ed. D h. t. 15,7; Venuleyo 2 int. D h. t. 22,2; Paulo 13 ad Sab. D 43, 16, 15).⁷⁴⁶ Tal cantidad se determinaba, como en todas las acciones con cláusula arbitraria, mediante el juramento del actor (Ulp. 71 ad Ed. D 43, 24, 15, 9).

El caso que prevé la sentencia queda claramente comprendido en el ámbito de la aplicación de este interdicto. Se trata de una obra hecha (*opus factum*), violenta o clandestinamente, en un fundo ajeno. La condena que prevé la sentencia es también la misma (*quod actoris interest*) que procura la acción derivada del interdicto.

Au. A

La sentencia, al hablar de una *actio*, cuando en realidad se refiere a un interdicto, refleja la confusión entre interdicto y acción, que se daba ya en el siglo III, en el ámbito del procedimiento cognitorio.⁷⁴⁷ Esta misma

⁷⁴⁴ Los textos no dicen que sea obligación del demandado hacer por sí mismo la demolición de la obra. Esto no excluye que la pudiera hacer, pero lo más usual debió de ser que el interesado la hiciera, y el demandado la sufragara. Bonfante, *Corso II-1* 476, piensa que el demandado está obligado a hacer por sí mismo la demolición cuando es el autor de la obra y poseedor del inmueble, pero no hay apoyo para esta afirmación en los textos que cita.

⁷⁴⁵ Sobre la fórmula de esta acción, véase Adame, J., “El proceso *ex interdicto* en el derecho romano clásico”, *Revista de Investigaciones Jurídicas* 2 (México, 1978), pp. 255 y ss.

⁷⁴⁶ Lenel, *EP*, 483 refiere estos textos a la acción *ex interdicto*.

⁷⁴⁷ Efectivamente, en la *cognitio* no se distingue entre interdicto y acción. Esto va a provocar que en el derecho vulgarizado de occidente se pierda el interdicto como un recurso típico, aunque se conserve la defensa, con ciertas peculiaridades procesales, de

confusión aparece en PS 5, 6, 10, procedente del Breviario, donde se habla de la *interdicti actio* para referirse al interdicto de precario, al que después (§ 12) se llama simplemente *interdictum*.⁷⁴⁸

El supuesto nombre de la acción «de corrimiento de vía» parece en realidad, como se dijo arriba, una indicación de la causa por la cual se da la acción, ya que A no tiene interés en precisar los nombres de las acciones que ya no eran importantes en su tiempo.

1,14,1

Brev.

D 43,11,4.

Qui viam publicam exaravit ad munitionem eius solus compellitur ... exaraverit

las pretensiones materiales protegidas antes por interdictos, véase Kaser, *ZPR*, § 47 II. Justiniano (Inst. 4, 15 pr) hará una equiparación expresa de ambos recursos: *interdicta seu acciones*. Pero esta confusión ya se perfilaba en el procedimiento formulario, porque cuando el interdicto no se obedecía espontáneamente, el pretor otorgaba una acción *ex interdicto*. Podía ser, como sugiere Riccobono, *Fest. Koschaker* (Weimar, 1939) II, pp. 373 y ss. que el pretor en ciertos casos, otorgara directamente la acción *in factum*, que seguía al interdicto, sin haber concedido previamente el interdicto. Con base en este criterio, deben revisarse los textos del Digesto, en los que habían detectado interpolaciones, principalmente Albertario, *Studi di Diritto Romano IV* (Milano, 1946), pp. 117 y ss., y Collinet, *La nature des acciones, des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinian* (París, 1947), pp. 479 y ss. En relación con la sentencia, conviene destacar dos textos que se refieren al interdicto *quod vi aut clam*, que son Ulpiano 32 *ad Ed.*, D 19, 1, 13, 12, que habla de la *actio interdicti quod vi aut clam*, y Pomponio 9 *ad Sab.*, D 11, 8, 3 pr, que menciona una *actio quod vi aut clam*. El uso de la palabra *actio* en esos textos puede tenerse como original, si se acepta que el jurista pensaba en la acción que derivaba del interdicto, que, de acuerdo con la sugerencia de Riccobono, el pretor podía conceder directamente sin necesidad de pronunciar el interdicto. PS 5, 6, 10, procedente del Breviario, que no fue tocado por los compiladores de Justiniano, habla también de una *actio interdicti*, cuando se refiere al interdicto de precario.

⁷⁴⁸ Levy, *VL*, pp. 206,230 y 265, piensa que PS 5, 6, 10 podría ser de principios del siglo V (estrato B o C), porque según él refleja la confusión que ocurrió en el derecho vulgar entre el precario y el arrendamiento. La sentencia, dice Levy, refleja esa confusión, porque llama al recurso que tiene el propietario contra el precarista con tres diferentes nombres: *interdicto actio*, *civiles actio* y *actio commodati*; en mi opinión, lo que dice la sentencia es que el propietario tiene contra el precarista la acción derivada del interdicto de precario (*actio interdicto*), así como la acción reivindicatoria (*civiles actio*) y la acción del comodato; lo que refleja es una confusión entre precario y comodato, que pudo haber ocurrido fácilmente al extenderse el comodato a bienes inmuebles.

S. Al que hubiere arado un camino público, se le obliga a repararlo él solo.

O. Clásico.

Con el objeto de proteger los caminos públicos, el pretor concedía un interdicto prohibitorio,⁷⁴⁹ para impedir que sobre ellos se hiciera algo que los deteriorara, y otro restitutorio,⁷⁵⁰ para que se deshiciera lo que se hubiera hecho en deterioro suyo. Ambos, al igual que la sentencia, se referían a caminos rústicos (Ulpiano, 68 *ad Ed. D* 43, 8, 2, 24).⁷⁵¹

La sentencia se refiere claramente al supuesto del interdicto restitutorio. El arar la vía pública es algo que la deteriora, por lo que el responsable podrá ser compelido, por el interdicto, a restituirla a su estado anterior.

El pasivamente legitimado al interdicto restitutorio era, no el que hizo la obra, sino el que la poseía (*Ulp. 68 ad ed., D h. t. 2, 37*).⁷⁵² La restitución consistía (*Ulp. Eod. 2, 43*) en volver el camino a su estado anterior, quitando lo que se hubiere hecho o reponiendo lo que se hubiere quitado. Si el poseedor de la obra había sido quien la ejecutó, o había aprobado que se ejecutara, tenía que restituir a su propia costa; si no fuera así, sólo tenía que tolerar la restitución, y los gastos serían a costa de los propietarios de fundos contiguos (Papiniano *de cura urb. D* 43, 10, 1, 3; PS 5, 6, 2).

El supuesto previsto en la sentencia concuerda claramente con el régimen del interdicto restitutorio *ne quid in loco publico*: alguien causa un daño a un camino, arando sobre él, por lo que puede exigírsele mediante el interdicto que haga la restitución, que en el caso equivale a una reparación. Presumiblemente, quien ara una vía pública retiene el terreno

⁷⁴⁹ Lenel, *EP*, § 237-2: *In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto.*

⁷⁵⁰ *Ibidem*, § 237-3: *Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.*

⁷⁵¹ Respecto de vías urbanas, Papiniano (*De cura urb. D* 43, 10, 1, 2), habla de los *curatores viarum* encargados de cuidar los caminos públicos quienes pueden imponer multas a quienes los dañen. PS 5, 6, 2 también se refiere a vías urbanas.

⁷⁵² Sin embargo, si el que hacía la obra dolosamente dejaba de poseerla (*D* 43, 8, 42), se daba el interdicto contra él. Cuando el que hacía la obra la abandonaba sin dolo, no procedía el interdicto; Ofilio dudaba si podía darse una acción (*D h. t. 39*), y los compiladores de Justiniano resolvieron que competía un “interdicto útil” (*D itp. en loc. cit.*).

arado; por eso puede exigírsele que haga la restitución a su propia costa, o, como dice la sentencia, que él sólo la haga.

Au. A.

Es de notar que la sentencia usa términos que no concuerdan con los propios del procedimiento interdictal de época clásica. No habla, como decía la fórmula del interdicto, de restituir, sino de la acción específica (reparar) en que consiste la restitución. No dice que el responsable puede ser demandado por el interdicto (*teneri interdicto*), sino que se le compele (*compellitur*) a reparar el camino.

Que *A* use esta terminología puede explicarse porque no piensa en términos del procedimiento formulario, ni le interesa la distinción entre acción e interdicto, sino que piensa y habla en términos del procedimiento cognitorio,⁷⁵³ en el cual es posible condenar a la realización de determinado comportamiento. En el caso previsto en la sentencia, lo que interesa es dejar claro que el responsable puede ser compelido a reparar el camino, sin importar si ello se consigue mediante un interdicto que ordene la restitución, o una acción *ex interdicto* que condene a pagar una cantidad si no se hace la restitución.

PS 5, 6, 2 manifiesta esto mismo cuando dice, también respecto de vías públicas, que se puede obtener su reparación, tanto por interdicto como por una acción (*ut interdictum, ita et actio*),⁷⁵⁴ sin preocuparse de aclarar y explicar los alcances y diferencias entre uno y otra.

⁷⁵³ Heumann-Seckel, *Handlexikon*, s. v. *compellere* da cuatro textos donde aparece usado el verbo *compellere*: Marciano 2 *fid.* D 46, 3, 103 (*compelli ad solutionem*); Ulp. 6 *ad Sab.* D 28, 6, 2, 2 (*compellere adire hereditatem*); Ulp. 4 *fid.* D 36, 15, 1 (*compellere adire hereditatem*) y Ulp. 6 *fid.* D 5, 1, 50 *pr* (*ad praestationem compellendus*). Todos se refieren a fideicomisos, cuyo cumplimiento se reclama mediante acción cognitoria. Esto sugiere que el término *compellere* es peculiar de este procedimiento.

⁷⁵⁴ En esta sentencia se trata, primero, del interdicto prohibitorio para que no se impida la reparación de una vía y luego del interdicto restitutorio.