

SOBRE LOS CAMINOS PÚBLICOS: COMENTARIO AL TÍTULO 1,14 DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: Introducción. I. Comentario a la rúbrica del título. II. Comentario a 1,14, 1a. III. Comentario a 1,14,1.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un comentario histórico jurídico al título 14, del libro primero de las Sentencias de Paulo.* Forma parte de un comentario más amplio que he venido haciendo de los títulos 7 y siguientes del mismo libro, y del que ya se han publicado otras partes.**

El método que sigo es el que diseñó Ernst Levy, en su Palingenesia of The opening titles of PS (New York, 1945)*** Consiste en analizar cada una de las sentencias, en estos diferentes aspectos: su significado (S), o sea su sentido jurídico; su origen (O), es decir si corresponde al derecho clásico o al postclásico; su tópico (T) de adscripción o sedes materiae en el orden edictal; su fuente (F), y su estrato (Au) o "autor", es decir el momento histórico en el que fue compuesta.

* Sobre el origen, contenido, autor y ediciones de las Sentencias de Paulo, puede verse, Adame Jorge, "Las Sentencias de Paulo", en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4, México, 1987, p. 5 y ss.; V. también, "Palingenesia de los títulos relativos a la Restitutio in integrum por causa de dolo, menor edad o ausencia (1, 8-19A) de las Sentencias de Paulo", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, X, 1985, pp. 13-40. Ya hay una traducción española del libro primero de esta obra: Las Sentencias de Paulo, Libro primero, traducción, introducción y notas de Martha Patricia Irigoyen, México, Biblioteca Jurídica Latina Mexicana, 1987.

** En Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors. I, Pamplona, 1987, p. 89 y ss., está publicado el comentario al título 1,7 de integri restitutione. En prensa, están los comentarios al título 1,13 A. de omnibus indicis, y 1,13 B, si hereditas vel quid aliud petatur, que se publicarán, respectivamente, en los Estudios de homenaje a Héctor Fix Zamudio y a Jorge Barrera Graf, preparados ambos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*** Hay una traducción española de esta obra, hecha por Jorge Adame, en Anuario Jurídico, 7, México, 1980, p. 449 y ss.

El mayor interés de este análisis está en determinar el estrato, lo cual permite conocer las modificaciones e influencias que sufrió un texto jurídico, no tocado en su mayor parte por los compiladores de Justiniano, entre fines del siglo III (fecha de su composición original) y principios del siglo VI (fecha de la publicación del Breviario de Alarico, en el que se contienen la mayor parte de las sentencias que se nos conservan). Es pues, un análisis que permite conocer mejor la historia de los textos jurídicos romanos.

Respecto de los posibles estratos, he seguido también las hipótesis de Levy. Él distingue los siguientes: estrato A, de fines del siglo tercero, que corresponde a la redacción original de las PS; estrato B, que corresponde a alteraciones introducidas entre los siglos IV y V, debidas principalmente a influjos helenísticos y a la legislación imperial; estrato C, que corresponde a modificaciones hechas en Occidente, entre el siglo V y el siglo VI, por influjo del vulgarismo jurídico; estrato E, que corresponde a las modificaciones hechas en Oriente, en el siglo V, antes de la compilación de Justiniano; estrato D, que contiene las novedades introducidas por los compiladores de Justiniano en aquellas sentencias que se conservaron en el Digesto, y estrato V, que abarca las hechas por los visigodos compiladores del Breviario de Alarico.

En el presente trabajo se analizan sólo las dos únicas sentencias que se nos conservan del título 14, del libro primero de las Sentencias de Paulo; pero me parece que el análisis resulta interesante, aun para un lector no especializado en Derecho Romano, porque muestra un modo de tratar los textos jurídicos, que puede ser aplicado con utilidad en otras disciplinas jurídicas. A fin de cuentas, todo trabajo de investigación jurídica viene a ser un trabajo de interpretación de textos.

I. PS 1,14 DE VÍA PÚBLICA

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).¹ En el libro quinto de las

¹ 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).

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 las PS. Los edictos que se referían al cuidado de caminos y lugares públicos estaban en el título XLIII del EP §§ 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.² 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 públicas. Esta sentencia, junto con la que nos da el Digesto, debían de proceder de un título relacionado con esos edictos.

Schulz³ opina que las sentencias podían 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 que colindaba.

Pero también podría ser, y Schulz no lo descarta, que pertenecieran a un título sobre las servidumbres (Lenel § 73), ya que los supuestos mismos a que se refieren las sentencias son semejantes a los de la servidumbre de paso.⁴

O. Postclásico.

Au. V.

II. 1.14,1a (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.*

² Levy, VL p. 124. LRB 17,1 recoge casi todas las disposiciones habidas en su tiempo sobre la materia.

³ 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.

⁴ 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*, aquellas que se referían a *vía pública*.

S. Cuando alguien desvía un camino público hacia el terreno de un vecino, éste tiene conta él una acción para que le indemnice el daño.

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 43,11,1,1, reparar (*reficere*) una vía significaba restaurarla o "abrir-la" (*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 estas 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 objeto de proteger la vía pública.

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.⁵ Los glosadores conjeturaron plausiblemente que el texto no daba el nombre de una acción en particular, sino la causa por la cual se ejercía.⁶ Pero de todos modos hace falta precisar cuál es la acción o recurso al que se refiere.

Windsheid,⁷ 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 ten-

⁵ 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*.

⁶ *Id est, propter viam reiectam (receptam) actione*. Citados por Ubbelohde, *Comentario alle Pandette* (Milano, 1905) XLIII 4 451 y ss.

⁷ *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ (Frankfurt, 1906) II 459f.

dría 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, que la sentencia no se refiere a una acción penal, como es la de la ley Aquilia, sino a una acción indemnizatoria.⁸

Dernburg⁹ 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 *a. 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 clandestinamente¹⁰ en inmuebles.¹¹ 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

⁸ 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 treinta días.

⁹ *Pandekten*³ I 536⁶, citado por Ubbelohde *op. cit.*, 461.

¹⁰ 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. Ver Bonfante, *Corso* II 1 467-471.

¹¹ 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, ver Carelli, O. *SHDI* 5 (1939) 329 y ss. El interdicto también era necesario cuando el afectado, por no ser propietario, no podía ejercer la acción de la ley Aquilia.

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 (*patientiam praestare*), pagar los gastos (*impensas praestare*) que cause la demolición y resarcir los daños que causó.¹² Si el demandado por el interdicto es 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 a tolerar la demolición de la obra. A veces, el *opus factum* podía ser la destrucción de algo, por ejemplo la tala de árboles (*D h.t. 13,7; 16,1*), y entonces la restitución consistirá en reponer y no en demoler.

Si el destinatario del interdicto no hacía la restitución, entonces podía darse contra él la acción *ex interdicto* formularia,¹³ con cláusula arbitraria, mediante la cual se le condenaba 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*).¹⁴ 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 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 de este interdicto.

Au. A

La sentencia, al hablar de *actio*, cuando en realidad se refiere a un interdicto, refleja la confusión entre interdicto y acción, que se daba ya en el siglo tercero, en el ámbito del procedimiento cognitorio.¹⁵ Esta misma confusión aparece en *PS 5,6,10*, procedente del Breviario, donde

¹² 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.

¹³ Sobre la fórmula de esta acción, ver Adame, J. "El proceso *ex interdicto* en el Derecho romano clásico", en *Revista de Investigaciones Jurídicas 2* (México, 1978) 255 y ss.

¹⁴ Lenel, *EP 483* refiere estos textos a la acción *ex interdicto*.

¹⁵ 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

se habla de la *interdicti actio* para referirse al interdicto de precario, al que después (§ 12) se le llama simplemente *interdictum*.¹⁶

III. 1,14,1. (= D 43,11,4)

Brev.

Dig.

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

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,¹⁷ para impedir que sobre ellos se hiciera algo

como un recurso típico, aunque se conserve la defensa, con ciertas peculiaridades procesales, de las pretensiones materiales protegidas antes por interdictos, ver Kaser *ZPR 252*. Justiniano (*Inst. 4,15 pr*) hará una equiparación expresa de ambos recursos: *interdicta seu actiones*. 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* (ver n. 13). Podía ser, como sugiere Riccobono, *Fest. Koschaker* (Weimar, 1939) II 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) 117 y ss., y Collinet, *La nature des actions, des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinian* (Paris, 1947) 479 y ss. En relación a 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 estos 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.

¹⁶ Levy, *VL* 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: *interdicti actio*, *civilis 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 interdicti*), así como la acción reivindicatoria (*civilis 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.

¹⁷ Lenel, *EP § 237-2*: *In via publica itinereve publico facere immittere quid, quod ea via idve iter deterius sit fiat, veto.*

que los deteriorara, y otro restitutorio,¹⁸ para que se deshiciera los que se hubiera hecho deteriorándolos. Ambos se referían a vías rústicas (*Ulp. 68 ad ed. D 43,8,2,24*).¹⁹

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*).²⁰ 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 (*Papin. 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 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 respon-

¹⁸ Lenel, *EP* § 237-3: *Quod in via publica itinereve publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.*

¹⁹ La sentencia se refiere evidentemente a vías rústicas. Respecto de vías urbanas, *Papin. 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.

²⁰ 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.*).

sable 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,²¹ 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*),²² sin preocuparse de aclarar y explicar los alcances y diferencias entre uno y otra.

²¹ 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.

²² En esta sentencia se trata, primero, del interdicto prohibitorio para que no se impida la reparación de una vía y luego del interdicto restitutorio. Ver notas 17 y 18.