

Perfil de la orden interdicial *ne quid in loco publico fiat* (*Que nada se haga en lugar público, D. 43.8.2, pr.*)^(*)

JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE
Universidad de Córdoba

I) INTRODUCCIÓN

Los datos que aquí pretendo recoger corresponden, fundamentalmente, a la orden interdicial *ne quid in loco publico fiat*⁽¹⁾; sin embargo, resulta difícil circunscribirse a los interesantes datos que nos aportan las fuentes para esta cuestión sin incidir en una discusión de alcance más general.

Así pues, aunque nuestro tema se refiera a la protección interdicial que trata de evitar que nada se haga en lugar público, debo recordar que la información que nos proporcionan las fuentes recoge un extenso ámbito que puede contribuir a reconstruir la gran actividad administrativa romana. En este sentido, como muy acertadamente pone de relieve A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁽²⁾ «la problemática correspondiente a la administración ciudadana romana espera ser estudiada todavía en profundidad, no sólo por un mero interés histórico, sino para conocer mejor el ordenamiento jurídico contemporáneo, que, en buena medida es tributario de instituciones, hechos y actividad de orden administrativo que fueron conocidos y regulados en el ámbito estatal, municipal y provincial de la comunidad política romana». Por tanto, como afirma este autor con gran agudeza, «no se trata de reconstruir el derecho administrativo ro-

⁽¹⁾ Conferencia pronunciada en Roma, Facoltà di Diritto Civile de la Pontificia Università Lateranense, en el marco del Curso *Ius Romanum* y en Nápoles, Dipartimento di Diritto Romano e Storia della Scienza Romanistica della Università di Napoli Federico II (Centro Interdipartimentale V. ARANGIO RUIZ). Ciclo de Conferencias del curso académico 1997-1998 organizado por el Profesor FRANCESCO AMARELLI, Ordinario di Storia del Diritto Romano.

⁽²⁾ Como es sabido, la institución interdicial es objeto de tratamiento preferente en el conjunto de las fuentes jurisprudenciales recogidas en el libro cuarenta y tres del Digesto, donde encontramos, por tanto, los repertorios interdiciales más interesantes. Asimismo, cabe mencionar también: las Instituciones de Justiniano (4,15); el Código de Justiniano (8,1); Gayo (4,138 y ss.); entre las fuentes literarias cabe citar a Cicerón (*Pro Caecina* y *Pro Tulio*); los gramáticos también hacen referencia a los interdictos; Sentencias de Paulo (V,6); *Fragmenta Vaticana* (90,91,92,93); Ulpiano, *Fragmentum Institutionum Vindobonense* (4,5). No obstante, puede observarse que existe una gran dificultad para extraer un criterio sistemático suficientemente pormenorizado que nos permita realizar un estudio sobre este interdicto *ne quid in loco publico fiat* (D.43,8,2,pr.) exento de dificultades. En este sentido, no podemos, por tanto, prescindir de las nume-

rosas interpolaciones que se han intentado poner de relieve al analizar el título VIII-*ne quid in loco publico vel itinere fiat*- del libro 43 del Digesto, donde aparece recogida la orden interdicial objeto de nuestro estudio. Sobre las numerosas críticas de los diferentes pasajes del libro cuarenta y tres del Digesto, cfr. *Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*. MITTEIS, LEVY, RABEL, 3 vol. y un suppl. (Weimar 1929-1935).

⁽³⁾ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Derecho público romano», Madrid, 1996, p. 181 y 183.

³⁹ Sobre este punto véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. «Derecho Público Romano», cit., p. 184. La exigencia de afrontar una reconstrucción de la arquitectura administrativa romana ha sido señalada también muy específicamente por otros autores: IHERING, «Geist des römischen Rechts», 6ª Ed. 3 vols., Leipzig, 1906-1923. Última reimpresión; Darmstadt, 1953-54, vol. I (9ª ed.); vol. II 1/2 (8ª ed.). Trad. esp. de PRINCIPE Y SATORRES, 4 vols., Madrid, 1891; STELLA MARANCA, «Il Diritto Pubblico Romano nella storia della Istituzioni e delle dottrine politiche, estratto degli Annali del seminario giuridico economico della R. Università di Bari, anno II, fasc. 1, Bari, 1928; LAURIA, «Le diravazioni di acque pubbliche», BIRD, 1932; SCHULZ, «I principi del diritto romano» (tr. 1946), p.110, trad. M. Abellán Velasco, Civitas 1990; GIANNINI, «Profilo storico della scienza del diritto amministrativo», en SS (1940), P. 145; Id. s.v. Diritto amministrativo, en ED, 12 (1964), p. 855 y ss.; RICCOBONO, Jr., «Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane, Synteleia, V. ARANGIO RUIZ, Nápoles, p. 663 y ss.; ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano, en Rev. Derecho y Opinión, Facultad de Derecho, Universidad de Córdoba, 1995-1996, p. 185 y ss. En España también han destacado esta necesidad- sobre todo a la hora de realizar la valoración de instituciones concretas- prestigiosos administrativistas, entre los que cabe citar, GARCIA DE ENTERRIA, «Dos estudios sobre la usucapion en Derecho Administrativo», Madrid 1974; VILLAR PALASÍ, voz concesiones administrativas. Nueva Enciclopedia Jurídica, T.IV, F. Seix editor, Barcelona 1952; Id. «Naturaleza y regulación de la concesión minera», RAP, n° 1, 1950; GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ RE-XACH y DÍAZ LEMA, «El Derecho de aguas en España», M° de Obras Públicas y Urbanismo, 1986; PARADA VÁZQUEZ, «Derecho Administrativo, Bienes Públicos y

Urbanismo», T. III, 2ª, Ed. Marcial Pons 1989; PAREJO ALFONSO, «Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», R.A.P. Vol. III, 100-102, 1983.

⁴⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público Romano, cit.p. 185-186. Sobre el tema referido véase ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: Los interdictos en derecho romano», cit., p. 185 y ss.; RICCOBONO, «Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane», cit., pp. 663 y ss; GIANNINI, «Profilo storico della scienza del diritto amministrativo», cit., p. 145; Id. s.v. «Diritto amministrativo», cit., p. 855 y ss; SCHULZ, «I principi del diritto romano» cit., p.110.

mano como un apriorismo científico por su interés histórico, es que la conexión histórica del derecho romano con el derecho público vigente existe aunque no la estudiemos, y no se trataría de retornar a la Pandectística, que si bien supuso un avance fundamental para la ciencia del derecho, hoy está en cierta medida superada, sino que se trata de estudiar y construir la dogmática administrativa romana con los modernos métodos históricos». En este sentido, queremos resaltar que ha sido mérito del Profesor ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN impulsar y coordinar un equipo de investigación de romanistas españoles, del cual es responsable, en esta original dirección⁴¹.

A nuestro juicio parecen muy acertadas las apreciaciones de A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN al respecto, y aunque nuestro tema se refiera a un pequeño apartado sobre la experiencia administrativa romana, dado que la reconstrucción de este derecho administrativo puede ser tarea de varias generaciones de juristas, es interesante destacar con este autor que «si bien no se puede hablar de ciencia del derecho administrativo en Roma, en cuanto que no fue objeto de especulación teórica general por parte de los juristas romanos ni ha sido construida por los romanistas, ni tampoco se puede reconocer la existencia de un derecho administrativo romano como cuerpo normativo autónomo, sí parece legítimo utilizar la moderna expresión verbal derecho administrativo que no pertenece a la tradición jurídica romana, pero sí a la tradición romanística, para referirse al ámbito de la experiencia administrativa romana»⁴². En este sentido, resulta una vez más verdaderamente ilustrativo analizar en esta investigación una de las órdenes interdictales con un marcado carácter administrativo y de gran arraigo social por la que se protege el uso público de los lugares públicos (**ne quid in loco publico fiat**) donde también se pone de relieve el sentido práctico de la mentalidad romana en el gigantesco campo de la experiencia administrativa.

A la luz de las consideraciones precedentes y siguiendo el hilo conductor

de nuestro trabajo, nos parece acertado recordar el siguiente fragmento: D.43.7.1 (Pomponius, libro XXX ad Sabinum): «Cui libet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdictur».

En este pasaje, POMPONIO nos pone de relieve que debe permitirse a todo el mundo el uso general de lo que es público, es decir, a todos los miembros de la colectividad. Cabe resaltar también que para cumplir esta finalidad, se otorga un interdicto a quien quiera solicitarlo⁶⁵. Utiliza POMPONIO como ejemplos de bienes que comprenden las *res publicae* las vías públicas y los caminos públicos, si bien, como es sabido el elenco de cosas públicas es muy amplio.

Los romanos no nos han dejado una definición suficientemente clara de las *res publicae* como veremos a continuación⁶⁶.

De la rúbrica del título VII, de *locis et itineribus publicis*, el pasaje mencionado de POMPONIO (D.43.7.1) y el fragmento de ULPIANO (D.43.7.3), extraemos solamente un significado de encuadramiento⁶⁷. En este último pasaje aparece claramente fijada la diferencia entre vías vecinales y vías militares⁶⁸; no obstante, a nuestro propósito, recordando el D.43.7.1 -debe permitirse a todo el mundo el uso de lo que es público- interesa destacar ahora lo claro que aparece que el ciudadano no sólo puede servirse del uso normal de los bienes públicos, sino también que se le garantiza el uso contra las eventuales perturbaciones⁶⁹.

II) BREVE REFERENCIA SOBRE LOS BIENES QUE SE PUEDEN CONSIDERAR COMO PÚBLICOS

Un análisis profundo sobre las cosas destinadas al uso público trasciende, indudablemente, de los límites de esta exposición introductoria, si bien aunque

⁶⁵ Es oportuno recordar que el núcleo más antiguo de los interdictos ha sido individualizado en relación a todos aquellos que tienden a facilitar la tutela de los diferentes lugares públicos, colocados directamente en una fase que antecede a la individualización de los instrumentos representativos de la violencia posesoria. Cfr. DI PORTO, «La tutela de la salubritas fra editio e giurisprudenza I, Il ruolo de Labeone», Milán, 1990, p.111 y ss.; Id. Interdicti popolari e tutela delle res in uso pubblico, Atti del seminario torinese di Diritto e Processo nella spenzia romana, Università Torino, Nápoles, 1994, p. 483 y ss. En relación con aspectos concretos de individualización véase: LENEL, «Edictum Perpetuum 3», párrafo 237, 238, 239, 240; UBBELOHDE, «Die Interdikte des römischen Rechts, Teil I, Erlangen 1889; Id. «Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs», Erlangen, 1893; RICCOBONO, s.v. Interdicta en NNDI VIII (1962); BERGER, s.v. Interdictum, en PW IX (1916); KASER, «Das römische Zivilprozessrecht (1966), P. 326 y ss.; LUZZATO, «Il problema d'origine del processo extra ordinem», I, Premesse di metodo. I così detti rimedi pretori. Bologna 1965, p. 1 y ss.; DAUBE, «Concerning the classifications of Interdict», en RIDA, 6 (1951), p. 23 y ss.; BRANCA, Le cose extra patrimonium humani iuris, Trieste, 1940, p. 25 y ss.; Id. Ancora sulle res publicae iuris gentium, Milán 1950, p. 179 y ss.; SCHERILLO, Lezioni di Diritto Romano, Le cose I, Milán 1945, p. 89 y ss.; MELILLO, «Interdicta et operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia», en Labeo 12 (1966), p.188 y ss.; LABRUNA, «Vim fieri veto, alle radici di una ideologia, Università di Camerino, 1971 p.33 y ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura della proprietà e la formazione di iura praediorum nell'età repubblicana, II, Milán 1976, p. 17 y ss.; GANDOLFI, «Lezioni sugli interdicti» (Milán, 1960), p.38 y ss.; Id. «Contributo allo studio del procedimento interdittale romano. Milán 1955, p.36 y ss. BISCARDI, «La protezione interdittale nel processo romano», Padua, 1938, p.121 y ss.; Id. «La tutela interdittale ed il relativo processo», Siena 1956, p. 39 y ss. KASER, «Eigentum und Besitz im alterem Recht» (München, 1956), p.249 y ss.; PALMA «Le strade romane nella dottrine giuridiche e gramatiche dell'età del Principato, Auf-

stieg und Niederegang der Römischen welt, II, Walter und Guyer, Berlin-New York, 1982, p. 850 y ss.; BOVE «Interdicta de itineribus publicis», NNDI, 8, cit., p.800; ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en Derecho Romano, cit. p. 185 y ss. FALCONE, «Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis», Palermo, 1996, p.143 y ss. Resulta también interesante observar las recientes aportaciones de BETANCOURT, «El libro anónimo «De interdictis», Codex Vaticanus Latinus n° 5766, Sevilla 1997, en relación a los FV 90,91,92 y 93, contenidos en las p. 577 y ss., 657 y ss. y 710 y ss.

⁶⁶ La idea de dominio público -aunque como es bien sabido, no existe ninguna definición exacta en las fuentes romanas y el término mismo aparece en las fuentes medievales- se constituyó muy lentamente en Roma y, originariamente, siempre bajo la forma de la influencia religiosa. Así pues, en el período sacerdotal todas las veces que ellos experimentaron la necesidad, en principio, de sustraer ciertos bienes a la apropiación privada, recurrieron a la ayuda de las ceremonias piadosas (Cfr. TITO LIVIO, 1,7; 1,44; 1,55; 2,5; 2,8; 2,33; 3,55; 1,20). Con la Ley de las XII Tablas, el régimen del dominio público se modifica con la transformación de las costumbres. Ya no se ve en él una cosa consagrada o misteriosa; se trata más bien de una puesta a disposición de todos, y que todos tienen la obligación de respetar. Seguramente, los bienes de dominio público no están en el comercio y, por tanto, no pueden ser objeto de un cambio o de una venta. Así pues, podría decirse que se trata de aplicar una costumbre enraizada en el *usus publicus*. Entre los medios de defensa que usaron los romanos para estas cosas se encuentran también los interdictos, que tenían, asimismo, la finalidad de hacer valer el derecho de uso que pertenece a todos los ciudadanos.

⁶⁷ Cfr. MELILLO, «Interdicta et operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia», 12 (1966), p.179 y ss.;

CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana», cit., p. 13 y ss.; PALMA, «Le strade romane nelle dottrine giuridiche e grammatice dell'età del principato», cit., p.850 y ss.; FISCHER, «Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht», Aachen, 1996, p.80 y ss.

⁽⁹⁾ D.43.7.3 (Ulpianus, libro XXXIII ad Sabinum): «Viae vicinales quo ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarium viarum numero sunt. Sed inter eas et ceteras vias militares hoc interest, quod vias militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militare habent, harum autem vicinalium viarum dissimilis condicio est: nam pars eorum in militares vias exiunt habent, pars sine ullo exitu intermoriuntur».

⁽¹⁰⁾ En este sentido se muestra también ULPIANO en D.43.8.2.45: «Praetor ait: Qui minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto»; JULIANO, D.43.7.2: «Nemini licet in via publica monumentum exstruere». Cfr. entre otros BRANCA, «Le cose extra patrimonium humani iuris», Trieste, 1940, p.25 y ss.; SCHERILLO, «Lezioni di diritto romano. Le cose II» (Milán, 1945); LABRUNA, «Vim fieri veto, alle radici di una ideologia», cit. p.31 y ss.; ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: Los interdictos en derecho romano», cit. p. 64 y ss., véase bibliografía allí citada.

⁽¹¹⁾ En relación a las **res publicae in publico usu**, cfr. entre otros, D. 43.8.2 (Ulpianus, libro LXVIII ad Edictum); D. 18.1.6. pr. (Pomponius, libro IX ad Sabinum); D. 45.1.83.5 (Paulus, libro LXX ad Edictum); D. 43.14.1.4-6 (Ulpianus, libro LXVIII ad Edictum); D. 45.1.137.6 (Venuleius, libro I stipulationum); D. 1.8.4. 1 (Marcianus, libro III institutionum); D. 43.8.2.3 (Ulpianus, libro LXVIII ad Edictum). Respecto a los demás bienes de titularidad pública que no son de uso público, es decir, los que se conocen como **res publi-**

cae in pecunia populi, cfr. entre otros, D. 18.1.6 (Pomponius, libro IX ad Sabinum); D. 18.1.72 (Papinianus, libro X questionum); D. 41.1. 14. pr. (Neratus, libro V membranorum); C. 11.31.1; C. 11.31.3. A propósito de la distinción elaborada por diferentes juristas romanos sobre **res publicae in publico usu** y **res publicae in pecunia populi**. Cfr., entre otros, D. 43.8.2. 4 y 5 (Ulpianus, libro LXVIII ad Edictum); D. 18.1. 6.pr. (Pomponius, libro IX ad Sabinum); D. 18.1.72.1 (Pomponius, libro V membranorum); D. 11.7.8. 2 (Ulpianus, libro XXV ad Edictum); D. 45.1.137.6 (Venuleius, libro I stipulationum); D. 45. 1.83.5 (Paulus, libro LXXII ad Edictum).

⁽¹²⁾ Acto administrativo de la autoridad competente con objeto de destinar un determinado bien al uso público. En este sentido cabe recordar el fragmento de ULPIANO, D.43.8.2.21: «Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: Non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur».

⁽¹³⁾ Especialmente precisas y enriquecedoras nos parecen las aportaciones de la doctrina jurídica romana a este respecto. El conocido concepto de Celso (D. 43.8.3.1, libro XXXIX digestorum) **maris communem usum omnibus** se deduce en gran medida de las expresiones de los juristas romanos y de la tradición literaria (Cfr. SENECA, De los beneficios, lib. V.28). Así pues, el mar es calificado unánimemente por la jurisprudencia más tradicional como **res communia** (Cfr. A. D'ORS, De la guerra y de la paz, Mare Nostrum, Madrid, 1954, p. 54). No encontramos ningún texto en las fuentes que atribuya la cualidad de **publicum** al mar (Cfr. ARNOLD RAESTAD, «La mer territoriale», Etudes historiques et juridiques, Paris, 1913, p.7). Como afirma GARCIA ARIAS («Estudios sobre relaciones internacionales y derecho de gentes, II», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972), el uso del mar era reconocido a todos, fuera para navegar o para pescar, pero en virtud de su **imperium**

disponemos de una información dispersa sobre los bienes de titularidad pública, ya sea de forma explícita o de forma indirecta, según la fuente que estemos analizando, la enumeración de las **res publicae in publico usu**⁽¹⁰⁾ puede quedar así expuesta de forma muy general: las vías y caminos públicos; el foro; las basílicas y las plazas; los campos o solares públicos; los baños y teatros públicos; los lagos de aguas perennes; estanques de aguas intermitentes y canales; el campo de Marte; ríos y puertos; edificios públicos; cabe también incluir aquí también como cosas públicas las que el hombre constituye y adquieren dicha condición mediante la **publicatio**⁽¹¹⁾.

La doctrina hace referencia a algunas cosas que por su propia naturaleza se pueden considerar -o parecen acercarse a las cosas públicas destinadas al uso público- como cosas públicas: los ríos, el mar y la ribera del mar⁽¹²⁾; es bien sabido que la doctrina jurídica romana encuadra el mar entre las **res communes omnium**; en este sentido, parece oportuno recordar con BONFANTE⁽¹³⁾ que las **res communes** son una categoría híbrida que comprende en parte cosas no susceptibles de propiedad y por otra parte, cosas de propiedad pública o privada pero de las cuales no se niega el uso a nadie; si bien estas cosas no se encuentran entre las pertenencias del pueblo romano **publica sunt, quae populi romani sunt**⁽¹⁴⁾. Es decir, no son como las cosas **quae in patrimonio sunt populi**, sino como las que en un principio fueron producidas por la naturaleza y no llegaron a estar bajo el dominio de nadie, según afirmo NERATI⁽¹⁵⁾.

La publicidad se infiere también, a falta de **publicatio**, del uso inmemorial. En efecto, en este sentido parece necesario admitir las presunciones legales que ULPIANO recoge en D.43.7.3 poniendo de relieve que las vías vecinales abiertas sobre el terreno de fincas privadas cuyos propietarios no se recuerdan (**quarum memoria non extat**) tienen la condición de vías públicas. Esta afirmación se puede utilizar como un ejemplo de la **vetustas**-destinación de la cosa al uso común- sin necesidad de ningún tipo de formalismo, lo

que vendría a significar una especie de presunción de una antigua publicidad; es decir, se piensa más en una antigua concesión justificada en atención al tiempo inmemorial del uso y no en una adquisición de derecho en base a un largo tiempo⁽¹⁶⁾.

Por tanto, nos parece acertado afirmar con A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁽¹⁷⁾ que «las **res publicae in publico usu** lo son o bien en virtud de un acto de **publicatio** o bien por razón de su destino o utilización pública o bien por causas naturales».

En suma, una vez comentadas las posibles formas por las cuales puede quedar un bien destinado a una utilidad colectiva -afectación-, nos parece oportuno recordar que los romanos llaman públicas tanto a las **res populi romani** -vías públicas, etc.- como aquellas que se suelen utilizar para atender las onerosas cargas de la **civitas** -minas⁽¹⁸⁾, salinas, etc.-. Pero como hemos podido observar en los diferentes testimonios que aportan las fuentes, aparece frecuentemente la distinción entre las dos categorías: **publicae quae non in pecunia populi sed in publico usu habentur**, (Pom. D.18.1.6.pr.); **res non in usu publico sed in patrimonio fisci** (Pap. D.18.72.1); **quae publicis usibus destinata sunt** (Ulp. D.16.17.pr.); **quae in patrimonio sunt populi** (Ne. D.41.1.14.pr.); **publica quae usibus populi perpetuo exposita sit** (I. 3.19.2); **loca publica utique privatorum usibus deserviant iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque** (Ulp. D.43.8.2.2.). La misma distinción parece repetirse para las cosas de la ciudad: también éstas pueden considerarse patrimoniales o **publico usui destinatae**.

Bajo este perfil nos parece que un punto de particular relieve debe atribuirse a la afirmación de GROSSO⁽¹⁹⁾: en principio, entre las dos categorías de bienes no existe una separación absoluta. En efecto, por una parte se recuerda en las fuentes las limitaciones que afectan a los bienes públicos y por otra, en vía eventual o incidental se advierte que puede extraerse un disfrute económico con relación a los bienes de uso público⁽²⁰⁾.

sobre él, Roma estableció algunas limitaciones de carácter administrativo y se reservó la protección y la jurisdicción, pero no el dominio. O sea, Roma mantuvo el orden en el Mediterráneo y dentro de este orden quedaba establecida la libertad marítima. En relación a la orilla del mar, nos parece acertado recordar que el contraste existente entre las afirmaciones aportadas por los juristas romanos ha dado lugar a diferentes interpretaciones doctrinales. En este sentido, hay que hacer referencia a los siguientes fragmentos controvertidos que encontramos en las fuentes: En las Instituciones de JUSTINIANO (2.1.1) las costas o los litorales reciben la misma consideración que el mar, **res communes omnium** -idéntica afirmación encontramos en el texto de MARCIANO (D.1.8.2.1, libro III **institutionum**) -y, por otra parte, se ha señalado por algunos juristas romanos el carácter público de la orilla del mar (es decir, perteneciente al pueblo romano); entre los textos en los que aparece claramente expuesta o presupuesta la consideración de **res publicae**, cabe destacar los siguientes: D. 50.16.112 (Iavolenus, libro XI **ex Casio**); D.43.8.3.1 (Celsus, libro XXXIX **digestorum**) «**litora, in quae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror**»; D.41.1.65.1 (Labeo, libro VI **Pithanon a Paulo epitomarum**); D. 41.1.14 (Neratius, libro V **membranorum**); D.41.1.50 (Pomponius, libro VI **ex Plautio**). Véase también diferentes opiniones en COSTA, «Il mare e le sue rivi nel diritto romano», Rivista di diritto internazionale, serie II, vol. V, 1916; «Le acque nel diritto romano», Bologna, 1919; BIONDI, «Condizione giuridica del mare e del litus maris», Scritti Giuridici III; DELL' ORO, «Le res communes omnium» Studi Urbaniti, 1963; MANENTI, «Concetto della «communio» relativa alle cosa publiche et alle «communes omnium», Studi Filangieri, 1894; SCIALOJA, «Teoria della proprietà nel diritto romano», vol. I, Roma, 1928, donde resalta que la distinción no tiene solamente un significado teórico, sino que existe además a diverso tratamiento jurídico para la **res publicae** y la **res communes**.

⁽¹⁹⁾ BONFANTE, «Nota Pandette de WINDSCHEID», Vol. I, Parte II, 1922, p. 716 y ss., Cfr. WIND-

SCHEID, «Lehrbuch des Pandektenrechts», 9ª ed., cuidada por KIPP, 3 vols., Frankfurt del Main, 1900-1906 (reimpresión inalterada, Aalen, 1960); véase también la traducción italiana con las notas de FADDA, BENSA, BONFANTE y MAROI, nueva imp. 1930.

⁽¹⁶⁾ D. 50.16.15 (Ulpianus, libro X **ad edictum**): «**Bona civitatis abusive publica dicta sunt: Sola enim ea publica sunt quae populi romani sunt.**» Cfr. CATALANO, «Populus romanus quirites», ed. Giappichelli, 1964.

⁽¹⁷⁾ D.41.1.14, (Neratius, libro V **membranorum**) «**Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publico non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodata sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.**»

⁽¹⁸⁾ BONFANTE, «Corso di diritto romano II: La proprietà», Milán, 1966, p.98. Incluso aunque no se use, el pueblo no puede perder su derecho sobre la vía pública. Cfr. D.43.11.2 (Iav., ex Cass.).

⁽¹⁹⁾ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Derecho público romano», cit. p.198. No obstante, como es sabido, existen muchos contrastes doctrinales sobre el encuadramiento de algunos bienes dentro de la consideración de cosas -en términos modernos- de dominio público. La idea de dominio público, como pone de relieve este autor (p.197) «parte, por tanto, básicamente de las res publicae in publico usu romanas, si bien la elaboración conceptual y dogmática de la teoría se inicia en la Edad Media, se desarrolla en el derecho consuetudinario francés y, finalmente la expresión «dominio público» se consagra en la Revolución francesa, y desde entonces se utiliza hasta el momento presente.»

¹¹⁸⁾ Cfr. a este respecto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «El problema de la rei mutatio en el usufructo de cante- ras y minas a propósito de D.7,1,13, 4-5», Rev. de Derecho Notarial, n.º 112, Abril-Junio, 1981.

¹¹⁹⁾ GROSSO, «Corso di diritto ro- mano. Le cose», Torino, 1941, p.118 y ss.; Cfr. SCHERILLO, «Lezioni», cit., p. 104 y ss.

¹²⁰⁾ En este sentido, resultará intere- sante ver el fragmento de ULPIANO contenido en D.43.8.2.17 que comen- taremos en otro apartado nu- clear del presente estudio.

¹²¹⁾ DI PORTO, «Interdetti», cit., p.507 y ss; 513 y ss.; 520 y ss. Este autor, para concretar cuales son las **res pu- blicae** a las que se refieren los inter- dictos populares, hace referencia a D.43,1,1,pr. (**Interdicta publica: de locis publicis, de viis deque flumi- nibus publicis**; D.43,8,2, pr. **ne quid in loco publico**) - donde resulta fácil entender que el interdicto que tutela las **viae publicae** y los **flumina pu- blica** sea popular; pero no resulta tan claro- añade el autor- la popularidad del interdicto de **locis publicis** (frecuér- dese la frase del D.43,8,2,pr. **qua ex re quid illi damni detur...**) Como puede observarse, este romanista ita- liano tiende a aportar una solución di- versa, es decir, del D.43,1,1,pr. se de- be extraer indudablemente la existen- cia de un interdicto popular de **locis publicis**; del texto ya referido por no- sotros D.43,7,1 extrae la posible re- ferencia a un interdicto popular de amplio alcance; el fragmento de UL- PIANO contenido en D.43,8,2, 17, a su juicio, prueba de forma clara que el interdicto mismo se refiere al **usus publicus** y no a los **commoda** (**usus publico obstands;...quia prohibito- rium est**); también el tenor del pasa- je contenido en D.43,8,2,2 parece que está más en consonancia con un in- terdicto que tutela el uso común en lugar de tutelar sólo un **commodum**.

En opinión de DI PORTO¹²¹⁾, en las fuentes hay una gran variedad de sig- nos, indelebles, de la presencia en la experiencia jurídica romana -con mayor probabilidad en la fase republicana- de un interdicto popular para la tutela de los **loca in usu publico**. En suma, para este autor, las **res publicae** cubiertas por la tutela interdictal con legitimación popular son: 1) los **loca [quae publico usui destinata sunt]** (que comprenderían **areas, insulas, agros, vias publi- cas, itineraque publica** según D.43.8.2. 3); 2) las **viae publicae**, sin distinguir por el momento entre rústicas y urbanas; 3) los **flumina publica** y las correspon- dientes orillas; 4) las cloacas públicas. En definitiva, la interesante idea de DI PORTO podría quedar así reflejada: Los interdictos populares se introducen en relación a aquellas categorías de **res publicae**, que, por el hecho de estar su- jetas a una utilización inmediata por parte del **cives** en cuanto tal, vienen ca- lificadas por los juristas como **res in usu publico**; y de tales **res** los interdictos populares caracterizan su régimen, diferenciándolo de los otros tipos de **res publicae**. El hecho de que en la fase inicial el ciudadano sea el protagonista principal de la tutela de las **res in usu publico** no significa que sea el único (por ejemplo, podían tener competen- cias los censores, ediles, algunas magis- traturas menores como los **quattuor- virei vias in urbem purgandis**, etc.). El modelo republicano va progresiva- mente siendo sustituido por el modelo imperial, que en palabras de este autor, se realiza «atraveso un passaggio dal «monolare» al «pubblico» (nel senso di pertinente all'amministrazione imperia- le); ai magistrati viene ormai riservata la cura di talune **res in usu publico** (tendenzialmente, si direbbe, le piu importanti), mentre al **civis** viene anco- ra mantenuto un ruolo attivo, ma appunto limitatamente ad alcune, poche **res in usu publico**. Il cittadino, si potrebbe dire, conserva l'usus, ma senza più il potere».

II.3) ESPECIAL REFERENCIA AL INTERDICTUM NE QUID IN LOCO PUBLICO VEL ITINERE FIAT (D. 43.8.2, Pr.).

En la experiencia jurídica romana, como hemos puesto de relieve en el análisis de las numerosas fuentes referidas, el cuadro sobre las *res publicae* no se presenta nada homogéneo.

A nuestros fines interesa examinar principalmente la protección interdicial de las *res in publico usu*, sin separarnos demasiado de las diferentes concepciones y su concreción tanto histórica como jurídica. No obstante, un análisis profundo sobrepasa los límites de nuestra exposición en esta investigación, pues, como es sabido, se trata de un estudio que ha suscitado múltiples y discordantes opiniones entre los romanistas lo que dificulta en gran medida la unificación de criterios sobre las diferentes cuestiones que puedan surgir al respecto. Por tanto, no tenemos ni la pretensión ni la posibilidad de dar una respuesta decisiva sobre la cuestión pues las fuentes dejan abierto el acceso a grandes dudas; no obstante, si queremos aportar en esta investigación una contribución para su esclarecimiento según vayamos analizando cada texto en concreto.

Una lectura atenta de las fuentes no deja de ofrecer datos significativos de la institución interdicial, bien en relación a la fase originaria y su desarrollo sucesivo, bien por lo que respecta a los posibles límites y su estructura.

En este sentido, del título VIII del Digesto, libro 43 - *ne quid in loco publico vel itinere fiat*- cabe resaltar que el fragmento de ULPIANO ocupa casi la totalidad del mismo⁽²²⁾, si bien existen también unas brevísimas referencias de PAULO. Aunque se trata de un título corto se recogen en él los diferentes pareceres de jurisconsultos de distintas épocas, por lo que puede afirmarse que abarca un espacio de tiempo muy amplio. Así pues, ULPIANO a lo largo del título VIII, utiliza en varias ocasio-

nes -secundando o no la opinión del juriconsulto- diferentes criterios, entre los que cabe destacar el de LABEON, NERVA, OFILIO y ARISTÓN⁽²³⁾.

La orden interdicial *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D.43.8) abarca varias formulaciones, todas ellas con la finalidad de evitar que se haga algo en lugar o camino público, y en general, con la pretensión de proteger todo *loca publica* (*arcae, insulae, agri, itinera publica, viae publica*) de posibles obras no autorizadas, así como de perturbaciones o *inmisiones* que causen algún tipo de daño a alguien o deterioren la vía pública o el camino⁽²⁴⁾.

Así pues, la formulación que aparece en el fragmento de PAULO no refleja una previsión meramente escolástica o abstracta. Es, por tanto, verosímil que el Pretor considere un grave inconveniente que alguien erija arbitrariamente algo en un *fundo público* y que para impedir las posibles edificaciones en el mismo proponga un interdicto: D.43.8.1 (PAULUS, libro LXIV *ad edictum*), «*In loco publico praetor prohibet aedificare, et interdictum proponit*».

La exigencia de afrontar esta formulación prohibitoria del Pretor no afecta a aquellas personas que hayan obtenido una concesión por ley, senadoconsulto, edicto, o un decreto de los príncipes; es decir, que se disponga de una autorización legal para ello. En consecuencia, si no concurren estas circunstancias la persona que se vea amenazada por las posibles construcciones o edificios podrá utilizar el interdicto para impedirlo. El pasaje fundamental, en cuanto a esta orden interdicial *ne quid in loco publico fiat*, está contenido en el libro 68 de los comentarios al Edicto del pretor de ULPIANO, recogido en D.43.8.2.pr.⁽²⁵⁾: «*Praetor ait: ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo quod factum erit interdictum non dabo*»

⁽²²⁾ Como señala BETANCOURT, Libro anónimo «*de interdictis*», Codex Vaticanus Latinus n.º5766, cit., p. 608, (anteriormente pone de relieve este mismo comentario en su trabajo sobre «La pretendida transmisibilidad de los interdictos», en AHDE 53(1983), p. 45 y ss.), «en los comentarios *ad edictum* de ULPIANO a los respectivos títulos del libro 43 del Digesto - y también de aquellos interdictos situados fuera de las *sedes materiae*- el jurista empieza sistemáticamente por transcribirnos la «fórmula interdicial»- la mayoría de las veces-, o, en otras ocasiones, la «cláusula edictal» que anunciaba el interdicto o, finalmente, los Compiladores nos presentan una «contaminación» de «fórmula interdicial» y cláusula edictal». En relación a los comentarios interdiciales donde no aparecen los giros estereotipados cfr. Id. «Transmisibilidad», cit., p. 50 y n.8 y p. 55 y n.25

⁽²³⁾ En relación a LABEON, véase D.43.8.2.13., 26.28,41.42. La genuinidad de las referencias parece aceptada por BISCARDI, «La protección interdicial», cit. p. 122; Cfr. DI PORTO «La tutela de la salubritas fra edito e giurisprudenza I, il moio di Labeone», cit. p. 138 y ss. En relación a NERVA, véase D.43.8.2.28, sobre OFILIO, D.43.8.2.39. LUZZATO, «Il problema d'origine del processo extra ordinem», cit.p.165 y ss., aunque admite ciertas dudas, considera que la extensión de los interdictos mediante la categoría de los *interdicta utilia* concuerda con los razonamientos clásicos, por tanto en su núcleo podría decirse que el concepto es genuino. De las numerosas críticas que se hayan podido formular sobre la genuinidad o no de la referencia de OFILIO, merece especial atención la de ALBERTARIO, «*Actiones e interdicta*», en St. 4 (1946), p.141 y ss. [=RISG 52 1912, p.37 y ss. Cfr. MELILLO, «*Interdicta*», cit.p.186, n. 25. Por lo que respecta a ARISTÓN, véase D.43.8.2.7.

⁽²⁴⁾ Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum* 3, párrafo 237; D. 43.8 y D.43.7.; BERGER, sv. «*Interdictum*», en PW 35 a; 35 b; 35 c.

²⁵⁾ Cfr. LENEL, EP 3, cit.párrafo 237 y ss; BERGER, «Interdictum» cit.35 a, 35 b, 35 c.

²⁶⁾ Cfr. MELILLO, «Interdicta», cit.p.188.

²⁷⁾ En los textos en los que aparece recogido este interdicto se observa que se trata de obras que se hayan realizado sobre un inmueble, tanto público como privado, con violencia o clandestinamente. Cfr. D.43.24.1.pr.; D.43.24.11.1.; D.43.24.11.14.; D.43.24.16.; LENEL, EP 3, cit.pf.256; BERGER, «Interdictum» cit.n.47. La responsabilidad en este interdicto, recae también sobre el que cave una fosa en un bosque público en la que se precipite un buey (Ulp. D.43.24.7.8) o aquél que dañe una estatua colocada en un lugar público (Ulp. D.43.24.11.1). Cabe hacer referencia, entre otros ejemplos a D.43.24.13.5, D.43.24.15.2, D.43.24.2.4. Véase MASUMECI, «L'interdictum quod vi aut clam nella tutela della servitù e dell'usufrutto», en St. Sanfilippo, 7, 1987, p.487 y ss.; RAINER, «Bau und nachbarchrechtliche Bestimmungen in klassischen römischen Recht», Graz, 1987, p.309; CAPOGROSSI COLOGNESI, «L'interdetto quod vi aut clam e il suo ambito di applicazione», en INDEX, 21, 1993, p.231 y ss.; ALBURQUERQUE, «A propósito de las providencias administrativas urgentes: los interdictos en derecho romano», cit.p.216 y ss.

²⁸⁾ Véase recientemente CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, «Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano», Dykinson, 1996 p.91 y ss. y bibliografía allí referida.

²⁹⁾ La extensión al príncipe es fruto de una extensión obvia de la previsión edictal originaria. Cfr. WATSON, «The law of property in the later roman Republic», Oxford, 1968.

Este interdicto tiende a impedir todo **facere** o **immitere** en un lugar público que pueda ocasionar al demandante algún daño, siempre que la obra no haya sido ya iniciada²⁶⁾. La orden interdictal no puede obligar a quitar lo ya construido si no concurren los presupuestos del **quod vi aut clam**²⁷⁾.

En suma, en el fragmento de ULPIANO que estamos comentando aparece prefijado el alcance de las posibles concesiones administrativas²⁸⁾ por las que se autoriza a hacer o immitir; lo que supone un límite para que se pueda utilizar este interdicto²⁹⁾. Ahora bien, cabe decir en vía de principio, que siempre que se permite hacer algo en un lugar público debe ser sin perjuicio de nadie, en otras palabras, siempre bajo el presupuesto de que no se cause daño a ningún individuo. Lo que pone de relieve una vez más, la posición de la autoridad pública o del príncipe en este caso, en relación a la protección tanto de los intereses privados y las **res publicae** como la garantía de los usuarios potenciales. En este sentido, un texto también de ULPIANO, tomado del mismo libro, (68 ed.) y recogido en D.43.8.2.10 afirma: «**Merito ait praetor qua ex re quid illi damni detur: nam quotiensque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat et ita solet princeps quotiens aliquid novi operis institutum petitur, permittere**».

De particular interés nos parece a este respecto el párrafo de ULPIANO en el que nos referimos en el primer apartado seguido del príncipe el derecho de edificar en lugar público sin más determinación, no se debe creer que puede edificar en perjuicio de otro, ni se le concede que lo haga, a no ser que concretamente se lo hubiera permitido el príncipe. En D.43.8.2.16. (ULPIANUS, libro 68 ad edictum) se hace referencia a esta posibilidad: «**Si quis a principi simpliciter impetaverit, ut in publico loco aedificet, non est credendus sic aedificare, ut cum incommo alicuius id fiat, ne neque sic conceditur: nisi forte quis hoc impetaverit**». Por tanto, aunque las posibles con-

cesiones de la autoridad pública en todo lo referente a los lugares públicos se realicen bajo el presupuesto clave -que ningún tercero sufra una desventaja respecto al uso común-, lo que constituye el núcleo fundamental de las actuaciones concesorias, es necesario poner de relieve que pueden existir ciertas excepciones (*nisi forte quis hoc impetravit*)³⁰.

Se considera que sufre un daño quien pierda una ventaja, un provecho (*commodum*) cualquiera que fuese en relación al uso público. En el pasaje ulpiano tomado del mismo libro (68 ed.) y recogido en D.43.8.2.11 se aborda directamente esta explicación: «*Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quo ex publico consequebatur, qualequale sit*». El concepto de *damnum* en este interdicto como ya evidenciaba UBBELOHDE³¹, abarca un sentido más amplio que la *cautio damni infecti*; en ella se contempla exclusivamente el perjuicio positivo, y en esta provisión pretoria también la sustracción de una ventaja.

De la casuística emergente de las fuentes podemos traer a colación el comentario de los siguientes textos: El interdicto se concede en los supuestos en los que se ocasione un entorpecimiento o estrechamiento de las vistas o caminos. En D. 43.8.2.12 se refiere precisamente el supuesto que nos ocupa: *ULPIANUS*, libro XLVIII *ad edictum*, «*Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est*».

Tendrá plena aplicabilidad el interdicto cuando la construcción de un edificio en *loco publico* provoque una disminución de la luz³² de la casa del vecino. Así lo recoge expresamente *ULPIANO* en D.43.8.2.14: «*Plane si aedificium hoc effe dit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit*». No obstante, no será aplicable este interdicto cuando lo que se interrumpa con la edificación sea el flujo del agua que se dirige al fundo vecino. Precisamente, según *LABEÓN*, no podrá utilizarse el interdicto en este supuesto porque el propie-

³⁰ Bajo este perfil nos parece interesante poner de relieve con *PALMA*, «*Iura vicinatis*» cit.p.116 y ss. «l'autorizzazione degli organi pubblici deve essere rivolta ad evitare danni a terzi, ma l'avvenuta concessione non impedisce al privato danneggiato di chiedere tutela, sicché la protezione della res publica, sia pure indiretta perché conseguente alla lesione dell'interesse privato, viene realizzata nonostante un precedente provvedimento concessivo. Según *BRANCA*, «*Le cose*», cit.p.29, en relación a las concesiones especiales, «esse riguardano opere che tolgono a qualche privato commodum quae ex publico consequebatur (danneggiando soltanto alcuni dei singoli) e non già costruzioni che turbino l'uso del luogo da parte di tutti». Véase también el interesante comentario de este autor (p.43) entre concesiones genéricas y autorizaciones específicas, así como la distinción que aparece en D.43.8.2.16 con el adverbio preciso «*simpliciter*», sin dedicar demasiada importancia a la genuinidad del fragmento. Cfr. sobre algunos aspectos concretos de las concesiones *UBBELOHDE*, «*Die Interdikte zum schutze des Gemeingebruchs*», cit.p.240 y ss.; *ROBBE*, «La differenza sostanziale fra *res nullius* e *res nullius in bonis* e la distinzione delle *res pseudo-marcianea* (che non ha ne capo de coda)», I, Milan 1979, p.748, donde afirma que la concesión sirve para legitimar la obra en las controversias con el Estado o la ciudad, mientras el interdicto ayuda a tutelar los intereses particulares. En relación con la necesidad de la concesión de la autoridad para construir en lugar público y el sistema empleado para solicitar el permiso, véase, *CASTÁN PÉREZ GÓMEZ*, «*Régimen jurídico de las concesiones*», cit. p. 164 y ss.

³¹ *UBBELOHDE*, «*Die Interdikte zum schutze des Gemeingebruchs*», cit. p. 239.

³² Sobre el derecho a la luz y su importancia considerada como incompromisible en la medida necesaria para la vida, según las interpretaciones jurisprudenciales, la ilicitud de las construcciones que tienden a reducir la luminosidad y la posible equivalencia a una servidumbre impuesta no debida ni pactada véase *PALMA*, «*Iura vicinatis*» cit.p.115 y ss.;

RODGERS, «*Owners and neighbours in roman law*», Oxford, 1972, p.38 y ss.; *MELILLO* «*Interdicta*» cit. p. 200. En relación a la posible interpolación del fragmento Cfr. *RICCOBONO*, *RISG*, 21, 1896, p.394.

⁽³³⁾ D.43.8.2.13 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum).

⁽³⁴⁾ PALMA, «Iura vicinatis» cit.p.115.

⁽³⁵⁾ No se nos ocultan las dificultades que puede llegar a entrañar el análisis de la genuinidad o no de este fragmento. No obstante, a nuestro juicio, parecen muy asumibles las argumentaciones sobre la aceptación íntegra del texto aportadas por BIONDI, «La categoría romana delle servitutes» (1938), p. 563 y GANDOLFI, «Contributo allo studio del processo interdictale romano», cit., p. 28, n. 53. Sobre las críticas de este párrafo, cfr. BESELER, «Textkritische Studien», en ZSS, 52 (1932), p. 61, en contra MELILLO, «Interdicta», cit., p. 186, n. 27.

⁽³⁶⁾ Para analizar las diversas interpretaciones sobre el texto referido (D.43.8.2.2) cfr., entre otros, ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche in diritto romano», Torino, 1968, p. 310 y ss.; BRANCA, «Le cose», cit. p. 28 y ss.; SCHE-RILLO, «Le cose», cit. p. 90 y ss.; UBBELOHDE, «Die Interdikte zum schutze des Gemeingebrauchs», cit.p.218 y ss.; con los interesantes comentarios sobre Schulung, Acursius, Bulgarus, Joannes Bassianus; VASSALLI, «Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano», Studi Senesi 25 (1908) ahora en Id. St. giuridici II (Milan 1960), p.3 y ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura» cit.p. 4 y ss.; BERGER, s.v. Interdictum, cit.p.1654; BIONDI, «La categoría romana delle servitutes» (1938), p. 563 y ss.; LUZZATO, «Il problema d'origine del processo extra ordinem», cit. p. 172 y ss.; BISCARDI «La protezione interdictale», cit. p. 33 y ss.; GANDOLFI «Contributo allo studio del processo interdictale romano», cit.p.28, n.53; RICCOBONO, s.v. Interdicta, cit. p. 795; FISCHER «Umweltschützende», cit.p.80 y ss.; PALMA, «Le strade», cit., p.851 y ss.; DI PORTO, «Interdetti popolari», cit. p.507 y ss.; LABRUNA, «Vim fieri veto», cit. p.41 y ss.; MELILLO, «Interdicta», cit.p. 188 y ss.; donde también se habla de la defensa de los

tario del fundo vecino no tiene derecho (nullo iure) a recibir el agua, ULPIANO, en el siguiente fragmento recogiendo la opinión de LABEÓN afirma⁽³³⁾: «Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri laeoe putat». Evidentemente, ambos juristas concuerdan en la aplicabilidad o no del interdicto, en relación a un posible **damnum** que también aquí tiene como base un lugar público, por lo que resulta interesante señalar que el ángulo visual de los dos juristas no se centra especialmente en la tutela del lugar público sino en la iniquidad de alterar la relación entre los propietarios limítrofes⁽³⁴⁾.

En este sentido, dice LABEÓN que si alguien ha edificado en lugar público ilícitamente, perjudicando posteriormente a otra instalación también ilícita, no podrá utilizarse este interdicto; a no ser que la edificación anterior se haya realizado mediante una concesión de la autoridad competente. Esta afirmación aparece recogida en D.43.8.2.15.: «Idem ait, si in publico aedificem, deinde hoc aedificium ei obstat, quod tu in publico aedificaveras, cesare hoc interdictum, cum tu quoque illicite aedificaveris, nisi fortetur iure tibi concessio aedificaveras».

En suma, la tutela del lugar público tampoco constituye en el texto referido el eje sobre el cual gravita la tutela interdictal; la cual se hace depender como hemos visto, de una previa concesión de la autoridad pública para estimar la aplicabilidad o no del interdicto.

Una vez expuesta la fórmula del **interdictum ne quid in loco publico fiat** (D.43.8.2.pr.) ULPIANO continúa el análisis de las situaciones que son tuteladas: D.43.8.2.2 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «Hoc interdictum prohibitorium est tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex

populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorium interdictum potest conveniri, propter quam rem hoc interdictum propositum est»⁽³⁵⁾.

En la primera parte del pasaje el jurista consulto afirma que los particulares disponen del uso de los lugares públicos, no como propios de éstos, sino de la ciudad (**iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque**); es decir, en virtud de sus derechos como ciudadanos⁽³⁶⁾. Por tanto, el uso de los lugares públicos se refiere a todos sin que ninguno pueda considerarse propietario o poseedor a título particular. No obstante, tampoco aquí se afronta el problema de la pertenencia de forma directa: ULPIANO no dice ni que **loca publica** son de la colectividad de los ciudadanos (**cives**), ni cuáles son de la **civitas**, si bien sirven para el uso de los particulares. Puede pensarse que se trata de una imputación totalística en cierta manera pero muy influenciada por la noción abstracta de **civitas**. El término **quasi**, ambiguo, aumenta la inseguridad para afirmar o no la existencia de alguna cosa precisa⁽³⁷⁾.

En el párrafo siguiente (D.43.8.2.3) ULPIANO, utilizando el criterio de LABEÓN, cita un breve elenco de lugares que deben considerarse como públicos y, por tanto, dignos de protección interdictal, al cual ya nos hemos referido en páginas precedentes: **areas, insulas, agros, vias publicas, itinera publica**⁽³⁸⁾. Como podemos comprobar, ULPIANO recoge esta antigua concepción formulada por este jurista romano de la época de Augusto y contrario a su régimen, sin realizar ninguna modificación. No es fácil saber cuáles fueron sus motivaciones para fijar este mismo criterio aproximadamente dos siglos después. Tal vez él no quiso describir en esta sede de modo más preciso todos los presupuestos al menos bajo el perfil expositivo; sobre todo, si tenemos en cuenta que el campo aplicativo al cual se extiende la tutela interdictal -en relación a los diferentes lugares considerados como públicos- es muy amplio, según deducimos de las fuentes. Poco sa-

bríamos, sin embargo, dado lo escueto del precepto, de cuáles serían las consecuencias y de la oportunidad de la aplicación de un criterio histórico en las apreciaciones de los textos relativos a los lugares públicos³⁹.

Especialmente significativa y objeto de viva controversia doctrinal, como veremos más adelante, resulta la explicación de ULPiano contenida en D.43.8.2.4 en la que se nos pone de relieve que no cree que este interdicto valga para aquellos terrenos que se hayan en la propiedad del fisco, pues en ellos el particular no puede hacer nada ni impedir el uso del otro, ya que las cosas del fisco son como propias y privadas del príncipe y, en consecuencia, si alguien hace algo en ellas, no tendrá lugar este interdicto sino que, si hay controversia sobre ellas, serán jueces pertinentes sus prefectos: ULPianus, libro LXVIII ad edictum: «Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: In his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. Igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt.»

VASALLI⁴⁰ en uno de los puntos cruciales de su investigación, «Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano», sostenía que el concepto de *res publica* había experimentado una evolución bajo el reinado de los severos (finales del siglo II y siglo III d.C.); si, originariamente, en la categoría de las *res publicae* se integraban tanto las *res in pecunia populi* como las *res in publico usu*, en la época de los severos, en la que el fisco fue absorbiendo progresivamente todo lo que le interesaba para los fines de la financiación pública, el adjetivo público⁴¹ referido a las cosas, permanece con la finalidad de calificar solamente las cosas destinadas al uso público, es decir, aquellas cosas que no pueden ser objeto de comercio y se hallan destinadas al

intereses comunes de los ciudadanos. Es oportuno poner de relieve como la Glossa ha evidenciado la naturaleza y el alcance del derecho que tiene el particular sobre los bienes públicos, las calles, etc., desarrollando ampliamente los conceptos expuestos por ULPiano sobre el *interdictum ne quid in loco publico facias*: «Tantum habemus ad obtinendum, scilicet aedificando, quantum quilibet ex populo... ad prohibendum habet... quia tantum ius habet unus quantum alter: ut in plaustris obviantibus apparet: quo casu vel gratificationis locus est... nisi forte alter potuerit praevidere... vel die tantum ius habet unus ad utendum loco publico quantum iuris habemus ad prohibendum ne quid in loco publico fiat (Glossa, II, Digestorum novum, Lugduni 1556; D.43.8. L. 2, gl. ad obtinendum, p.297).

³⁹ Cfr. ORESTANO, «Il problema», cit.p.213 y 311 y ss. Un trabajo de ineludible consulta a este propósito. Como es sabido, en la organización pública de la época republicana el *populus* constituye el centro de imputación máxima, concebido como conjunto de todos los ciudadanos. Véase también CATALANO, «Populus romanus quiritis», ed Giapichelli, 1974.

⁴⁰ Para una mayor comprensión de los fragmentos que comentaremos a continuación (D.43.8.2.4 y 5) nos parece oportuno recordar nuevamente que en las fuentes a los bienes de titularidad pública destinados al uso colectivo se les llama generalmente *res publicae in publico usu*; a las cosas de titularidad pública que no se consideran vinculadas al uso público de la comunidad, nor utilizarse especialmente para atender las diferentes cargas de la comunidad, se les llama *res publicae in pecunia populi*, o *in patrimonio populi* o *fiscales*. Asimismo, se observa en las fuentes una contraposición entre las cosas *in usu publico* o cosas públicas propiamente dichas y las cosas fiscales.

⁴¹ Una interpretación de este fragmento (D.43.8.2.3) en relación con la posible interpolación, a nuestro juicio poco asumible, puede verse en BRANCA, «Le cose», cit.p.170 y ss. No obstante, como acertadamente señala ORESTANO, «Il pro-

blema delle persone giuridiche» cit.p.303,n.298, se trata de unos perfiles sustancialmente estilísticos.

⁴² VASALLI, «Sull rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano», cit.p.3 y ss.; ID. «Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche», Acque e trasporti, I (1917), p.92; ahora en ID. Studi giuridici II, cit.p.13 y ss.; Cfr. también SCIALOJA, «Teoria della proprietà nel diritto romano», cit. p. 237 y ss.

⁴³ En relación al uso promiscuo de «público» véase también GROSSO, «Le cose», cit.p.121, n.1. Unas veces, el adjetivo público se refiere solamente a un grupo de cosas públicas, a veces a las cosas patrimoniales y en otras ocasiones, a las cosas de uso público. Como escribe BONFANTE, «Corso», cit.II, p.68 y ss. también en la época de los severos e incluso en el derecho justiniano, el adjetivo *publicus* se refiere a las cosas patrimoniales, a toda la hacienda fiscal y patrimonial; Cfr. BRANCA, «Le cose» cit.p.218 y ss.; MELILLO, «Interdicto» cit. p. 187 y ss.

⁽⁴²⁾ GROSSO, «Le cose» cit.p.120 y ss. Se observa que este autor mantiene una aceptación parcial de la tesis de VASALLI. «Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales», cit. p. 3 y ss., en cuanto que acoge bien la tendencia acentuada en derecho Justiniano (ciertamente no privada de valor, véase D.43.8.2.2.; D.18.1.72; L. 2.1.39) sin que la limitación del adjetivo *publicus*, en relación a las cosas destinadas al uso público, «divenisse mai assoluta e sistematica», puesto que no se encuentra jamás en el derecho Justiniano. En contra de la tesis de VASALLI, véanse entre otros ORESTANO «Il problema delle persone giuridiche», cit.p.304 y ss.; SEGRE, «Corso di diritto romano, le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso I» (Torino 1927), p.75 y ss., y n.1; SCHERILLO, «Le cose», cit. p.89 y ss., 104 y ss.; BRANCA «Le cose», cit.p.53, y n.1; BONFANTE, «Corso», cit. p.66 y ss. Concomitancias con la tesis de VASALLI pueden verse también en DI PORTO, «Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico», cit.p.505; TALAMANCA, «Istituzione di diritto romano», Milan 1990, p.382, el cual observa el funcionamiento diferenciado de las *res publicae*, a las que les corresponde una -más o menos amplia- variedad de régimen.

⁽⁴³⁾ DI PORTO, «Interdetti popolari», cit.p.505 y ss.

⁽⁴⁴⁾ ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche» cit.p.304 y ss. En relación al término «quasi» del fragmento (D.43.8.2.4) Véase también de este mismo autor p.248 y ss.; Cfr. MASI, «Ricerche sulla res privata del princeps», Milan 1971, p.52, y ss.

⁽⁴⁵⁾ GROSSO, «Le cose», cit.p.77 y 80. Por tanto, como señala este autor, resulta probado como el derecho Justiniano tiende a referirse a la publicidad de las cosas, ya sea bajo el perfil de la pertenencia o bien desde el punto de vista de la destinación. Los juristas más antiguos (anteriores a GAYO y su modelo) quizá no profundizaron demasiado en el aspecto de la pertenencia, como también han puesto de relieve BRANCA (p.223 y

uso colectivo. Por tanto, la denominación que comenzará a utilizarse en esta época para las *res publicae in usu publico* será simplemente la de *res publicae* y la de *res fiscales* para hacer referencia a las *res publicae in pecunia populi*. Así pues, el adjetivo público tendrá un contenido objetivo dado por la finalidad y el régimen, más que por la referencia subjetiva.

Según GROSSO⁽⁴²⁾, «d'altra parte, il concetto dell'appartenenza al popolo sarebbe divenuto assai evanescente per il Vasalli, in quanto a tale rapporto si' rese estraneo ogni contenuto patrimoniale, poiche il populus non fu piu soggetto di diritto patrimoniali, ed allora le cose in publico uso che prima si consideravano del popolo romano sarebbero divenute vere e proprie res nullius».

La posición del ciudadano en relación a la tutela de las *res in usu publico* resulta, a nuestro juicio, escasamente considerada en las fuentes. En este sentido, nos parecen muy acertadas las palabras de DI PORTO⁽⁴³⁾ en las que pone de relieve que «l'attenzione -en relación con la escasa consideración de las acciones y de los interdictos, que en tema de *res publicae* se refiere esencialmente a los interdictos- si è concentrata più sui criteri di imputazione che sull regime delle res publicae, con la conseguenza che taluni classificazioni, a volte, sono risultate fondate più sui «nomi» che sulla «sostanza», ossia, sulla diferente disciplina giuridica».

El mismo ORESTANO⁽⁴⁴⁾ acepta el núcleo fundamental de la tesis de VASALLI, pero tiende a considerar como coexistentes -*ab antiquo*- dos concepciones, según las cuales se atendía a la norma de pertenencia o a la pública utilización. Por tanto, en contra de VASALLI, este autor no advierte diferencia en el tiempo a la hora de considerar los dos testimonios de las fuentes; es decir, aquéllos en los cuales el *populus* aparece como centro de imputación, y aquéllos en los que, por el contrario, se considera como usuario de *loca publica* y similares. Así pues, nada ha

cambiado ni desde el principio ni después de la época de los severos; en los testimonios alegados por VASALLI se habla de *loca publica* en los mismos términos que los utilizados después por los juristas de la época de los severos. Es decir, como afirma BRANCA⁽⁴⁵⁾ en contra de VASALLI, el vocablo de *publicus* continúa oscilando entre los dos conceptos de pertenencia y de destinación al uso común.

En opinión de CAPOGROSSI COLOGNESI que el discurso del jurista romano no presupone necesariamente una absoluta «straneità dei loca fiscalia dai loca publica; anzi questa distinzione che l'Orestano sembra ricavare da D.43.8.2.4 (o meglio trovare conferma) finirebbe col rendere incomprensibile la collocazione stessa del discorso ulpiano». Así pues, según CAPOGROSSI el D.43.8.2.4 sobre las *res fiscales* «sembra presupporre una straneità di certi loca publica dai loca fiscalia»; por tanto el discurso existe en función de la determinación del ámbito de aplicación del interdicto en cuestión, cuya fórmula aparece en D.43.8.2.pr. El jurisconsulto precisa que el interdicto no puede extenderse a los lugares *quae sunt in fisci patrimonio*. Lo que podría justificarse por el hecho de que estos lugares están excluidos de la función pública que, como hemos observado, constituía el presupuesto mismo de este interdicto (porque en ellos un particular no puede ni hacer, ni prohibir cosa alguna). Estos lugares pueden ser incluidos entre los *publica*, pero falta la posibilidad de disfrute inmediato y directo para todos los ciudadanos, esta es la razón; según este autor, por la cual el jurista romano considera que deben ser excluidos⁽⁴⁶⁾.

En suma, como señala MELILLO⁽⁴⁷⁾, la tutela interdictal que proporciona el interdicto se destina a la salvaguarda de intereses comunes a los ciudadanos, «che non poteva evidentemente ricorrere quando si trattasse di res appartenenti al princeps quasi a titolo privato».

En el siguiente pasaje, el mismo ULPIANO nos pone de relieve que este interdicto se refiere a los lugares que es-

tán destinados al uso público y que cualquier perturbación en los mismos podrá ser rechazada a través de la protección pretoria interdictal⁽⁴⁸⁾: D.43.8.2.5. (libro LXVIII ad edictum): «Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid, illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo».

Parece, pues, que se acentúa en este fragmento el ámbito de aplicación⁽⁴⁹⁾ y se va madurando la concepción que identifica las **res publicae** con las **res quae publico usui destinata sunt**. En otras palabras, se trata de lugares sujetos al uso común, es decir, de utilización pública y normal con la tendencia como afirma PALMA, «ad estendere la determinazione complessiva delle sfera pubblica»⁽⁵⁰⁾.

Por tanto, para los bizantinos, cuando hablan de **res publicae** se refieren en la mayoría de los supuestos a aquellas **res in uso publico sunt**, no ya a los bienes patrimoniales del Estado. La prueba de esta información podría extraerse de la variedad de textos a los que nos hemos referido, entre los que cabe incluir los que hemos comentado recientemente (D.43.8.2 [4-5]), en la que se distinguen, en este sentido, los bienes públicos propiamente dichos de los bienes fiscales, y en líneas generales de los títulos 7, 8, 10-15; de algunos fragmentos bizantinos, donde la publicidad se identifica con la destinación a un uso común; incluso del mismo lenguaje de los maestros griegos, que para hacer referencia a los bienes demaniales repiten la misma palabra latina⁽⁵¹⁾.

Parece probable que en una fase inicial la tutela de los lugares públicos, como escribe PALMA, «sia stata attuata in via mediata attraverso la prevalente protezione dell'interesse privato sacrificato a la attività dannosa condotta in luogo sottiatto alla immediata disponibilità dei singoli». A este respecto nos interesa recordar el texto ya referido por nosotros sobre la afirmación de LABEÓN (D.43.8.2.13) en la que se dice que no queda obligado por el interdicto (**ne quid in loco publico fiat**) el que

228, n. 1) y ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche», cit. p. 308; si bien desde un punto de vista funcional conocían bien la distinción entre **res in patrimonio (o in pecunia) populi** y **res in uso publico** (como refleja el texto de NERACIO D.41.1.14 y de POMPONIO-CELSE en D. 18.1.6.pr.). Como señala BRANCA (p.223) «publicae sono le res in quanto servono (in usu) al popolo» y precisamente, no se pensaba mucho en la posible pertenencia de las mismas en una época en la que la personalidad jurídica de aquellas no resultaba clara ni suficientemente desarrollada. El primer escrito jurídico que afronta el tema lo encontramos en GAYO II.10-11. Según la interpretación de ORESTANO (p. 310 y ss.) este jurista romano se ocupaba en este lugar solamente de las **res publicae** que en los fragmentos coetáneos o posteriores serían calificadas como **res in usu publico**. Aquí **universitas**, continúa este autor, no es el ente abstracto que con frecuencia se ha intentado ver, sino para **universi cives**, ya que en definitiva la frase entera viene a significar que las **res in usu publico** no están en el patrimonio de alguno en concreto, sino que pertenecen a la totalidad (**universitas**) de los ciudadanos.

(46) CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura», cit.p.11 y ss.

(47) MELILLO, «Interdicta», cit. p. 189. Cfr. DE MARTINO, «Storia della costituzione romana» IV, 2, Nápoles 1965, p.812 y ss; ELIACHIEWITH, «La personnalité juridique en droit privé romain», Paris 1942, p. 40 y ss., el cual excluye la posibilidad de que el fragmento analizado (D.43.8.2.4) pudiera probar de alguna forma la pertenencia, como propiedad privada (o análoga) del **fiscus**, por parte del **princeps**. Así pues, según este autor, la duda resuelta por ULPIANO en el fragmento referido, si se considerasen las **res fiscales** como propiedad privada del **princeps**, no tendría que plantearse porque quedaría obviamente excluida a priori la extensión a tales bienes privados de este interdicto dirigido a los **loca publica**.

(48) Pueden existir fincas privadas que sirven para el uso común, sin embargo el interdicto tiene que limitarse a aquellos fundos que se encuentran en uso público cuyo propietario sería según UBBE-

LOHDE («Die Interdikte zum schutze des Gemeingebrauch», cit. p. 224) la comunidad.

(49) Cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura» cit. p. 12 y ss.

(50) PALMA, «Le strade», cit.p.865. Sobre la posible contradicción del fragmento referido con el párrafo de D.43.8.2.21-23, véase CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura», cit.p.14, n.15. Escribe PALMA que posiblemente el uso excéntrico que hace ULPIANO del término «**privatus**» en D.43.8.2.21-23, uso que comporta la calificación de vía privada para las calles también abiertas al público, no es debido a una singularidad semántica, sino a la prevalencia efectiva del criterio de la naturaleza de la pertenencia en la determinación de la condición de la vía. Hemos observado que ULPIANO usa, en ocasiones, el término «**publicus**» dándole una concepción extremadamente restrictiva, es decir, exclusivamente referido a título de pertenencia al **populus romanus**: D.50.16.15: «**Bona civitatis abusive publica dicta sunt sola enim ea publica sunt**»; D.50.16.17. pr: «**Inter publica habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt, sed si qua sunt civitatum velut bona**». Como puede verse, el criterio que prevalece en esta exposición de ULPIANO sobre la concepción -abusiva según él- de bienes públicos, es el de pertenencia al pueblo romano; incluso, aunque los bienes estén destinados al uso público. Se trata, por tanto, de cosas sobre las que recae una verdadera relación de pertenencia («**sunt populi**» o «**sunt civitatum**»).

(51) BRANCA, «Le cose», cit. p.78 y ss.Cfr. sch. stph. 1 D.1.8.5.pr; Theoph. parathr. 2.1.2; 2.2 pr; sch. 2 stph. D. 1.8.1.pr; 1 D. 1.8.2.: 1 D. 9.8.5.pr. Las fuentes griegas más antiguas parecen dar la razón a la tesis de VASALLI.»Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano», cit.p.3 y ss., es decir, prevalencia a considerar la publicidad bajo el perfil del **usus**, pero como señala BRANCA (p.79) el error de VASALLI está en haber querido excluir la

referencia del término **publicis** (si bien en relación a las cosas demaniales) a la relación de pertenencia con el Estado; lo que puede observarse que siguen pensando los mismos bizantinos, como lo demuestran también otras afirmaciones textuales: D.43.1.1.pr. (ULPIANUS, libro LXVII ad edictum): «... **quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum publica: de locis publicis, de viis, de que fluminibus publicis.**» Cfr. Theop. Paraph. 2.1.2.; sch. steph. D.1.8.2. Las cosas públicas, lugares, ríos, vías, etc. de las cuales se habla en el título siguiente del Digesto, son **res alienius** pero, como se pregunta BRANCA, «chi è questo qualcuno non potendo essere un privato, se non lo stesso populus? En relación a las sospechas sobre la genuinidad del fragmento véase BONFANTE, «Corso», cit. p. 69; note WINDSCHEID, cit. p. 735. Si bien, como acertadamente señala BRANCA «Le cose», cit. loc. cit. no se trata de una interpolación sustancial. La utilización del término en las Basílicas viene a indicar también tanto cosas patrimoniales como demaniales por lo que puede apreciarse que se confunden de nuevo (Cfr. BRANCA, cit. p. 80).

(52) PALMA, «Le strade romane», cit. p. 863. Cfr. CASAVOLA, «Studi sulle azioni popolari romane, le azioni popolari», Nápoles 1958, p. 15 y ss.

(53) En este supuesto nos referimos a la prohibición pretoria contenida en D.43.8.2.20 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «**In via publica itinerve publico facere immittere quid quo ea via idve iter deterius et, fiat veto.**»

(54) Cfr. MELILLO, «Interdicta», cit. p. 191; PALMA «Le strade», cit. p. 863.

(55) Cfr. D.43.23.1.8-9 (Ulp. 71 ad ed.); D.43.23.2 (Venul. 1 Interdict.); D.43.8.2.26 (Ulp. 68 ad ed.).

(56) DI PORTO, «La tutela della salubritas», cit. p. 138 y ss.

(57) En este sentido, como afirma MELILLO, «Interdicta» cit. p. 191, resulta bastante evidente que en la época de LABEÓN, en el instituto de la tutela interdictal confluyen los dos criterios: la relevancia del fin privado del interdicto, en cuanto que se puede ejercitar contra aquellos que mediante las obras e iniciativas realizadas sobre los lugares públicos podían perjudicar los intereses de los particulares. La evolución del interdicto hacia una clara caracterización pública (menos fácil de reconstruir, como acertadamente señala este autor) que debe derivar del desarrollo normal de la casística jurisprudencial y pretoria. Un proceso, por tanto, bastante natural y continuo, guiado desde el principio por la prevalencia de la tutela privada; dado que el daño se podía producir tanto directa como indirectamente al ocasionar la disminución de las cualidades de los bienes públicos para su uso normal. Cfr. PALMA, «Le strade», cit. p. 863, n. 49. En relación a la influencia sobre estos aspectos con la progresiva formación del concepto **ius publicum** véase RICCOBONO, «Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane» cit. p. 567 y ss.; BERGER, «L'operis novi nuntiatio ed il concetto di ius publicum di Ulpiano», en IURAI, 1950, p. 102 y ss.; contra LOMBARDI, «Novi operis nuntiatio iuris publici tuendi gratia», en St. Giur. Soc. Univ. Pavia 32, 1951, p. 149 y ss.

(58) Sobre NERVA, pater o filius véase LENEL, Pal. cit. I.790, que asigna el fragmento a Cocceio Nerva padre (n. 30); en relación a los aspectos cronológicos cfr. SCHULZ, «Geschichte d. röm. Rechtswissenschaft» (1961), p. 121; ORESTANO, «Nerva M. Cocceio (pater) en NNDIII (1965) p. 233; ID. Nerva M. Cocceio (filius), p. 234.

hubiera edificado en lugar público y, a consecuencia de ello, interrumpe el flujo del agua que indebidamente recibe el fundo vecino. Cabe señalar por tanto, que, aunque se pone de relieve el carácter público del suelo, no obstante prevalece la consideración de la relación entre los propietarios de los fundos⁽⁵²⁾.

La tutela del fin colectivo resulta evidente en el siguiente fragmento de ULPIANO, en el tantas veces citado libro 68 y recogido en D.43.8.2.26, donde también utilizando la opinión de LABEÓN nos dice: «**Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit; immissis enim eum videre.**» Así pues, queda obligado por el interdicto⁽⁵³⁾ el que desagüe o introdujese una cloaca en vía pública y con ello se hiciera menos útil o practicable. Como podemos observar, asume aquí un relieve autónomo la protección del bien público⁽⁵⁴⁾.

En opinión de DI PORTO se trata de uno de los testimonios de LABEÓN⁽⁵⁵⁾ en los que el jurista demuestra tener presente «tutte e due le face del rapporto fra cloache e salubrità: quella riguardante i pericoli di inquinamento che le cloache recano con se e quella attinente alla costituzione di nuove cloache.»⁽⁵⁶⁾

Se podría, por tanto, afirmar con MELILLO que en la época de LABEÓN confluyen los dos estratos: la relevancia del fin privado del interdicto y la evolución del interdicto hacia una clara caracterización pública⁽⁵⁷⁾.

La falta de homogeneidad en los criterios de valoración de los juristas se pone de relieve también en otros fragmentos. En este sentido, es oportuno señalar el texto de ULPIANO que hace referencia a una interesante discusión entre LABEÓN y NERVA⁽⁵⁸⁾: D.43.8.2. 28 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «**Idem Labeo scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit: Nerva autem melius scribit utrum-**

que teneri. plane si fundus viam publicam contingat et ex eo aqua derivata deteriore viam facit, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habes eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum: si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri: eum enim videri factum habere, qui usum eius aquae habeat idem Nerva scribit, si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius qui tecum experitur cum vicino experiaris: ceterum aliter observantibus futurum, ut temcaris etiam, si iam bona fide cum vicino egeris neque per te stet, quo minus arbitrato actoris cum vicino experiaris». Puede observarse que la decisión de LABEÓN tiende a proteger el interés del constructor que edifica en su propiedad aunque perjudique la vía pública por dejar el agua estancada. En cambio, NERVA formula una valoración más amplia: uno de los propietarios estará siempre obligado por el interdicto; con la finalidad de que la vía pública no sufra ningún daño que la haga impracticable o menos útil para su uso normal. En verdad, afirma NERVA: si un fundo linda con la vía pública y el agua que fluye de él deteriora aquella vía, pero esa agua pasa del fondo del vecino a uno tuyo, y tú debes (en derecho) recibirla, tendrá lugar el interdicto contra tu vecino. De no ser así, con esta previsión de NERVA, el obligado por el interdicto será, por tanto, el propietario de la finca colindante que no tiene el derecho a recibir el agua, porque se entiende, según este jurista romano, que el acto que deteriora la vía lo ha hecho el que tiene el derecho sobre aquella agua. La opinión de LABEÓN aparece justificada porque el que construye el edificio no introduce el agua, sino que no recibe el agua que fluye.

En suma, LABEÓN se centra en el interés del constructor y NERVA en el daño que se pueda ocasionar en la vía pública.

Los términos conceptuales de la tutela interdicial aparecen claramente fijados en el siglo I y tienden a caracterizarse bajo el perfil publicístico que

ULPIANO presenta como indiscutible; en el siglo II se advierte que la perspectiva se amplía, análogamente a las *res publicae*, como puede observarse en los fragmentos de SCEVOLA y CELSO, donde aparece extendida la tutela interdicial pública a las *res communes omnium*⁽⁵⁹⁾, las cuales, teniendo un perfil diverso a los bienes públicos pueden presentar aspectos particulares⁽⁶⁰⁾; D. 43,8,3 (CELSUS libro XXXIX, Digestorum): «Litora, in quae populus romanus imperium habet populi romani esse arbitrator: maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui lecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit». D. 43,8,4 (SCAEVOLA, libro V, Responsarum): «In litoribus iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impeditur».

En este sentido se muestra CELSO al afirmar que pertenecen al pueblo romano los litorales sobre los que extiende su imperio. Asimismo, se advierte que aunque el uso del mar es común, no se debe permitir lo que dificulte el uso del litoral o del mar. Así lo entiende ESCÉVOLA, que aunque señala la posibilidad de edificar en el litoral, establece como límite que no se impida el uso público (*nisi usus publicus impeditur*). Cabría, en consecuencia, desde este punto de vista, considerar con MELILLO, que ambos juristas están de acuerdo en la aplicabilidad del interdicto, en base al principio que también aquí como para los bienes públicos, el arbitrio de los particulares podría alterar la utilidad colectiva. Asimismo, podría decirse, por tanto, que la falta de homogeneidad de los juristas va quedando superada⁽⁶¹⁾.

Llegados a este punto, no nos parece superfluo comentar de forma muy resumida y a grandes rasgos más datos sobre casuística emergente relacionada con este interdicto *ne quid in loco publico fiat* que, como hemos puesto de relieve en páginas precedentes, se refiere, por tanto, a los perjuicios que amenazan al solicitante del mismo a causa de los cambios proyectados sobre el es-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. entre otros SCHERILLO, «Le cose», cit., p. 69 y ss.; VASALLI, «Sul rapporto tra le res publicae», cit., p. 232; MANENTI, «Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche ed alle res communes omnium», Filangieri, parte I, año XIX, m.6-7, Milán 1894, p. 60 y ss., en el que se afirma que la cosa que es pública (*in publico usu*) sea de la misma naturaleza que las cosas *communis omnium*; sólo que los romanos han utilizado diversas denominaciones. Esta categoría, como señala la doctrina, tiene más valor filosófico que jurídico, e incluso se duda de su posible elasticidad. Así pues, entre las cosas de común aprovechamiento y disfrute, según MARCIANO y JUSTINIANO (Cfr. D.1.8.2.1; Inst. 2.1.1), que no pueden ser objeto de propiedad particular, se encuentran el aire, el agua corriente, el mar y sus riberas.

⁽⁶⁰⁾ Véase al respecto MELILLO, «Interdicta», cit., p. 193; PALMA, «Le strade», cit., p. 864.

⁽⁶¹⁾ MELILLO, «Interdicta», cit., p. 194. De particular importancia nos parecen las palabras de este autor en las que pone de relieve que si la interpretación es exacta, el discurso de CELSO (D.43,8,3) y SCEVOLA (D.43,8,4) es muy significativo en cuanto que la disputa de LABEON y NERVA aparece ya superada: el *interdictum* está consolidado desde el punto de vista de la jurisprudencia que dirige la mirada a los desarrollos análogos. La perspectiva privatística está también superada, y el fragmento de ULPIANO (D.43,8,2), que acude con frecuencia a diversas posiciones doctrinales, parece tener fines particularmente positivos de un problema definido en el tiempo.

⁶² Cfr. UBBELOHDE, «Die Interdikt zum schutze des Gemeingebrauchs», cit., p. 231.

⁶³ Sostiene UBBELOHDE, «Die Interdikt», cit., p. 232, que este interdicto no presupone la toma del todo; más bien, prohíbe la bajada del mismo en el futuro. En relación con la posible transgresión del interdicto, como afirma este autor, se tiene en consideración, no solamente que la instalación se realice en un lugar público que perjudique al solicitante, sino también, el mismo momento en el que comienzan o continúan las acciones preparatorias para realizar dicha instalación que tengan lugar después de la promulgación del interdicto. Cfr. BRANCA, «Le cose», cit., p. 170 y 173.

⁶⁴ Cfr. BRANCA, «Le cose» cit., p. 169.

⁶⁵ No se sabe si quien *molem in mare proiecit* lo hace libremente o mediante una concesión oportuna, como el supuesto ya referido por nosotros en D.43,8,2,16. Cfr. BRANCA, «Le cose», cit. p. 107 y ss.

⁶⁶ También aquí, como señala BRANCA, «Le cose», cit., p. 121 se pone de relieve la falta de una defensa autónoma.

⁶⁷ Cfr. PALMA, «Iura vicinatis», cit., p. 117.

⁶⁸ Cfr. también D.47.10.13.7 (ULPIANO libro LVII ad edictum): «Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum ducere an iniuriarum iudicio possim cum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic *inimicitiae causa, quae in prohibeone lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductor autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid*

tado del *locus publicus (facere)* y, particularmente, a las instalaciones que puedan colocarse en el lugar público o encima de los mismos, así como las inmisiones que se puedan ocasionar. Asimismo, cabe decir que el interdicto es admisible si se quiere realizar la instalación -no solamente en la superficie del *loco publico* - sino que se intenta perjudicar el espacio aéreo de un lugar público a través de un edificio que se encuentra en terreno privado. El interdicto podrá ser utilizado si la instalación todavía no se ha realizado (por ejemplo: como colocación duradera podría mencionarse un salidizo). No obstante, cuando la instalación situada en el edificio privado afecta al espacio aéreo de un lugar público, de forma transitoria o repetidamente, compete el interdicto útil aunque la instalación se hubiese efectuado⁶².

El siguiente fragmento, también de ULPiano, tomado del mismo libro (68 ed.) y recogido en D.43,8,2,6, dice como continuación de los pasajes anteriores que: «*Cum quidam velum in maemiano immisum haberet, qui vicini luminibus officiebat, utile interdictum competit: ne quid in publico immittas quae ex re luminibus Gaii seii officias*». Según se desprende de este texto, la protección pretoria también concede la posibilidad de actuar con este interdicto útil en el supuesto de que alguien instalara en su terraza o balcón un toldo que perjudica a las luces del vecino⁶³.

En el contenido de este interdicto *ne quid in loco publico ita* resulta, asimismo, lógico que -por razón de la materia que estamos analizando en relación a la valoración de todos los posibles *incommoda*- las disposiciones pretorias prevean también las restauraciones en los lugares públicos. Así lo recoge ULPiano en un texto tomado del libro sesenta y ocho de sus comentarios al edicto y recogido en D.43,8,2,7: «*Si quis quid in publico loco positum habuit, reficere voluit hoc interdicto locum esse Aristo ait ad prohibendum eum reficere*». Como afirma ARISTÓN, cuando alguien quiere reparar lo

que había hecho en un *loco publico* podrá utilizarse este interdicto, con objeto de impedirle tal actividad. En efecto, el *facere* de un tercero, incluso en este supuesto en el que se intenta realizar una reparación, puede perjudicar a un particular en un *commodum* que éste disfrutaba de un lugar público de la ciudad (por ejemplo, la luz que entraba en su casa; el acceso a la vía, etc.)⁶⁴.

Las construcciones sobre el mar y sobre la orilla no serán toleradas si con ello se perjudica el uso público. En este sentido y con una referencia expresa se muestra ULPiano en D.43,8,2,8: «*Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit. Ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui litore aedificat vel molem in mare iacit*». Así pues, estará legitimado para utilizar el interdicto útil el que se vea perturbado por la construcción de un dique o una mole sobre el mar⁶⁵. No obstante, aunque el interdicto útil pueda dirigirse contra el constructor no será viable si no existe ninguna persona a la que se le haya causado un daño efectivo. El interdicto tiene la misma función aunque se haya dado útilmente y presupone la existencia de un daño efectivo a quien lo propone: *cui forte haec res nocitura sit*⁶⁶. El *incommodum* legitima al particular y no se presta especial consideración a las posibles perturbaciones de las cosas públicas abstractamente referidas a la *civitas*⁶⁷.

En este sentido, conviene traer a colación el siguiente pasaje de ULPiano (D.45,8,2,9)⁶⁸: «*Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balneo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est*». En todos estos casos referidos por ULPiano tendrá que ejercitarse, no el interdicto, sino la acción de injurias⁶⁹; cuando se impide a alguien pescar o navegar por el mar, jugar en un campo público, lavarse en un baño público o entrar en un teatro⁷⁰. Como es sabido, tanto para el derecho clásico como para el

derecho bizantino el uso del mar es libre para todos⁽⁷¹⁾. En consecuencia, toda actividad que amenace con perturbar los derechos de uso común puede ser rechazada⁽⁷²⁾. Así pues, cabe decir que en los dos últimos textos referidos de ULPIANO (D.43.8, 2.8-9) se acentúa la defensa privada. El interdicto **ne quid in loco publico fiat** se otorga vía útil sólo contra todo **facere** que perjudique al particular en el disfrute de un **commodum** sobre el mar o sus costas, lo que significa que la base de la competencia interdictal no la constituye la tutela del uso común⁽⁷³⁾.

En suma, en el párrafo de ULPIANO referido (D.43.8.2.9) aparece expresamente el reflejo de la prevalencia sistemática que se concede a la iniciativa particular. En esta línea de pensamiento, como afirma PALMA⁽⁷⁴⁾, «vi e da credere lungo una linea che parte dall'ultima repubblica - attraverso il diniego dell'interdictum e del ricorso a misura tipicamente represiva dell'ofesa privata (l'actio iniuriarum); ULPIANO cosí manifesta con evidenza l'offesa all'aspettativa di fruizione di ciascuno, in quanto singolo, sulle res communes». Por tanto, el ciudadano que se le impide el ejercicio de su derecho de uso, evidentemente no podrá pedir un interdictum, pero podrá iniciar una **actio iniurarum** contra el responsable. Así pues, cualquiera que sea la **vis** por la que se le ocasiona este daño material, el actor podrá obtener el resarcimiento vía judicial⁽⁷⁵⁾.

El espíritu práctico de los romanos aconsejaba en ocasiones evitar la demolición de un edificio construido en **loco publico** sin que nadie se lo haya impedido, es decir, sin permiso ni oposición alguna; precisamente en atención a la idea que tenían de no afejar la ciudad con ruinas «**ne urbs ruinis deformatur**»⁽⁷⁶⁾. Así lo recoge el jurista romano de modo más preciso D.43.8.2.17 (ULPIANO, libro LXVIII ad edictum): «**Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformatur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. Si tamen obstat id aedificium publico usui, utique is, qui operibus**

dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec occupari, nisi quod ingredi potest Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. In lacu tamen, qui mei domini est, nti que piscari alium prohibere possum. Sobre las posibles interpolaciones del D.43.8.2.9, véase GROSSO, «Le cose», cit., p. 181, nt.1; BRANCA «Le cose», cit., p. 117; Id. «Damno temuto», cit., p. 315, nt.2; SCHE-RILLO, «Le cose», cit., p. 149 y ss.

(71) Sobre la **actio iniuriarum** BIRKS, «The early history of iniuria», *TJ*, 37(1969), p. 163; RABER, «Grundlagen Klassischer Injurienprüche, Colonia-Graz, 1969; WITTMAN, «Die Entwicklung linien der Klassischen Injurienklage», en *ZSS*, 91 (1974), p.285 y ss.; CENDERE-LLI, «Il carattere non patrimoniale dell'actio iniuriarum», en *IURA* 15 (1964), p. 159 y ss.; PLESCIA, «The development of iniuria», en *Labo* 23(1977) p. 271 y ss.; GIOFREDI, «In tema di iniuria (sui fattori di formazione del diritto romano in età preclassica) en Nuovi studi di diritto romano (Roma 1980), p. 145; SELB, «Die Formel der Injurienklage», en *Essays Beinart*, 1 (Cape Town, 1978), p. 29 y ss. BALZARINI, «De iniuria extra ordinem statui», Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica (Padua 1983), *passim*. BESANELLI, «L'iniuria nel Diritto Penale del quarto e quinto secolo», *AAC*, 8, 1990, p. 651 y ss.; RUIZ FERNANDEZ, «Sanción de las iniuriae en el Derecho clásico», *Derecho Romano de obligaciones. Estudios Homenaje a J.L. MURGA*, Madrid, 1994, p. 819 y ss.; MANFREDINI, «Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana», Milán 1977. Recientemente, JOSÉ M^o BLANCH, «La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano», Madrid, 197, p. 105 y ss.

(76) El mar se diferencia de los ríos, entre otras cosas, porque ante una prohibición semejante se dispone de la **actio iniuriarum** (D.43.8.2, 9; 47.10.13.7) mientras que en re-

lación a los ríos compete un interdicto especial (D.43.14); también se advierte la diferencia porque sobre las cosas realizadas en el mar y sus costas que perjudiquen a un particular se puede conceder, como ya hemos señalado, un interdicto útil **ne quid in loco publico fiat** (D.43, 8.2.8) que no figura expresamente a propósito de los ríos. Sobre este punto resultan interesantes las observaciones de BRANCA «Le cose», cit., p.70 y ss., se trata de unas diferencias fundamentalmente exteriores, las cuales no pueden haber influido en la composición de las dos categorías: de hecho la **actio iniuriarum** (D.43.8, 2.9) y el interdicto especial (D.43.14) competen en relación a todas las demás cosas referidas (**areae, insulae, agri, viae, itinera**, etc., D.43.8.2-3) que son precisamente **res publicae** de la misma forma que los ríos.

(71) Por tanto, estos derechos aparecen tutelados con medios precisos. Cfr. D.43.8.2.9; D.1.8.4; D.41.1.50; D.47.10.13.7.

(72) En este sentido, D.41.1.50 (Pomp. 6 Plaut.): «**Quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manu prohibendus est, si cum incommo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito.**

(73) Esto parece evidenciar la lectura del D.43.8.2.8-9. Cfr. BRANCA, «Le cose», cit., p.116. Sobre la posible genuinidad o no del comentario en relación a la **actio iniuriarum** véase del mismo autor p. 117, donde puede apreciarse que si bien no niega - a pesar de los vicios que advierte - el carácter genuino sobre la **actio iniuriarum**, si destaca que ULPIANO, por lo menos aludiese a la defensa privada.

(74) PALMA, «Iura vicinatis», cit., p. 117.

(75) Cabe recordar, en relación al texto referido (D.43.8.2.9), que la tutela del uso directo de las cosas en

uso público contra los impedimentos que se pueden ocasionar vendrá proporcionada por el **actio iniuriarum**, es decir, por aquella acción penal que se dirige contra los atentados a la integridad física y moral de la persona y el ejercicio de una actividad permitida por el derecho. Dicha acción, como hemos visto, puede ser válida también para los usos del agua (D.43.8.2.9; D.47.10.13.7). Cfr. GROSSO, «Le cose», cit., p.181. Aunque estos fragmentos han sido alterados, como señala este autor, no parece acertado recordar que la solución sustancial parece clásica. Véase también SEGRE, «Corso», cit., p. 104 y ss. Sobre las diferentes acciones penales, véase BLANCH, «La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano», Madrid, 1997, y bibliografía allí citada.

⁽⁷⁶⁾ A propósito de este principio, véase también D.43.8.7 (IULIANUS, libro XLVIII Digestorum): «Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioqui inane et lusorium praetoris imperium erit.» Sobre la regla **ne ruinis urbs deformetur** Cfr. SCHERILLO, «Le cose», cit.p.147 y ss.; BRANCA, «Le cose», cit. p.147 y ss., 170 y ss.; QUADRATO, «Tignum iunctum ne solvito (dalle XII Tavole a Giustiniano)» 1967, p.13, n.28; LABRUNA, «Vim fieri veto» cit., p.47 y ss.

⁽⁷⁷⁾ En relación a las posibles interpolaciones del texto, véase BRANCA, «Le cose», cit.p.11, n.3, p.150, n.2; ARANGIO RUIZ, «Studi formidabili. II. In tema all'edificatorio», en BIDR 32 (1922), n.23; MELILLO, «Interdicta», cit.p.187, n.29; GANDOLFI, «Contributo allo studio del processo interdittale», cit. p. 27 y ss.; ID. «Lezioni», cit.p.45.

⁽⁷⁸⁾ No resulta, por tanto, nada extraño que estas mismas ideas y ese mismo modo de entender las cosas públicas hubiera prendido en la jurisprudencia anterior haciendo más di-

ficil realizar una separación nítida entre los dos grupos de cosas: **res publicae in usu populi** y **res in patrimonio fisci o populi**. Como hemos referido en páginas anteriores, las cosas en **usu populi** también pueden, en determinados casos, sustraerse al uso público mediante las concesiones que realice la autoridad competente permitiendo el uso de un lugar público con mayor exclusividad a un particular; lo que vendría a suponer que pueden ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales, si bien de carácter público. Véase a este respecto D.43.8.2.17 y D.50.10.5.1. En ocasiones, se observa la imposición de una compensación por su uso particular D.43.14.1.7; D.50.16.2.203; D.24.1.21.pr.; D.30.39.5; D.19.2.61.8; D.19.1.41; D.7.1.27.3. Por otra parte, la inalienabilidad, característica típica de las cosas destinadas al uso público, también puede afectar a algunas cosas **in patrimonio fisci o populi**, lo que hace pensar en una aproximación a las cosas en **usu populi**. Así pues, como también señala SCHERILLO, «Lezioni», cit.p.104 y ss., no se puede hablar de una verdadera oposición entre las dos categorías de cosas públicas.

⁽⁷⁹⁾ Como afirma BRANCA, «Le cose», cit.p.9, la diversidad de consecuencias entre la construcción sobre el mar y el **facere in urbe**, no obstante la analogía de las situaciones y el principio que lo regula, se prueba además por otro fenómeno: cuando la obra perjudica a los particulares, si está ya terminada y se encuentra en la ciudad, no hay medio para hacerla demoler, ya que el interdicto **ne quid in loco publico fiat** (D.43.8.2.pr.) es solamente prohibitorio (D.43.8.2.17); sin embargo, el remedio que se otorga vía útil para las hipótesis análogas respecto al **facere** en las costas o en el mar, es, al mismo tiempo, restitutorio (Cfr. D.43.8.2.8 **proiecit**): por tanto, puede valer también para obras ya realizadas.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. BRANCA, «Le cose», cit. p. 149.

⁽⁸¹⁾ Si ha omitido dicha diligencia, podría pensarse con UBBELOHDE, «Die Interdikte», cit.p.236, que la molestia o perturbación que pueda ocasionar el edificio al uso de la colectividad no guarda relación con la posible conveniencia de su mantenimiento.

publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstat, solarium ei imponere: vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur»⁽⁷⁷⁾. No obstante, cuando el edificio construido en lugar público perturbe el uso público, sí podrá ser derribado o demolido por el procurador de las cosas públicas. Ahora bien, en el supuesto de que el edificio no estorbara no tiene por qué ser abatido; en este caso, solamente se impondrá al constructor un **solarium (tributo, canon) llamado así porque se paga por el solar. En verdad resulta difícil profundizar en cualquier problema sin encontrar algo que matizar o rectificar. En este sentido, examinando detenidamente el texto legal puede comprobarse que nos encontramos ante un supuesto donde se advierte que puede extraerse un disfrute económico en relación a un bien de uso público.⁽⁷⁸⁾**

El fragmento se refiere solamente a las cosas públicas que se encuentran en la ciudad⁽⁷⁹⁾ y el inciso «**nemine prohibente**» indica precisamente que se refiere a un supuesto por el que se puede recurrir al interdicto **ne quid in loco publico fiat** siempre que se trate de una obra apenas iniciada⁽⁸⁰⁾.

Resulta clara la causa por la cual el pretor en el edicto reduce las expectativas de los particulares **-ne urbs ruinis deformetur-**, advirtiendo que no se procederá a demoler el edificio pues se trata de un interdicto prohibitorio y no restitutorio, es decir, que pueda utilizarse también contra obras ya realizadas. Por tanto, quien tema una perturbación o inconveniente que le pueda ocasionar una edificación proyectada, deberá encargarse diligentemente de su prevención a tiempo⁽⁸¹⁾. No obstante, la construcción que perturbe el uso común del lugar será demolida a pesar del inconveniente que resulta cubrir la ciudad con ruinas⁽⁸²⁾. Pero no se debe pensar, siguiendo las indicaciones establecidas en D.43.8.2.17, que solamente en el supuesto de que el edificio perturbe el uso común, puede ser demolido. Nada impide a la autoridad competente ordenar la demolición de la obra (siempre que la obra se hubiera realiza-

do de forma arbitraria, es decir, sin permiso y, en consecuencia, considerada como ilegítima) incluso sin tener especialmte en cuenta la posible perturbación de su utilización colectiva⁸³. En cambio, para los lugares sagrados se podrá solicitar este interdicto tanto para evitar que se construya el edificio como para restituir en el supuesto de que se haya edificado, ya que se considera que dicha instalación infringe normas religiosas: D.43.8.2.19 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «**Locorum sacrorum diversa causa est: in loco enim sacro non solum facere vetabur, sed et factum restituere iubemur: hoc propter religionem**». Se trata, pues, de un **locorum sacrorum** que, por causa del carácter religioso del lugar, gozará de la protección que le otorga este remedio interdicial.

La afirmación textual demuestra que tiene en sí el necesario reflejo de la evolución histórica en relación al factor religioso, su progresiva relevancia y amplitud del campo aplicativo. Examinando detenidamente el texto referido, nos encontramos pues ante uno de los casos que surgen en el marco del interdicto **ne quid in loco publico fiat**, donde claramente se pone de manifiesto la gran protección de la que disfrutaban los lugares sagrados en relación a los demás **loca publica**; pues, como hemos visto, estos últimos se protegían fundamentalmente por el interdicto prohibitorio, mientras que para los **locorum sacrorum** también se les concedía la posibilidad de actuar mediante un interdicto restitutorio⁸⁴, en beneficio, por tanto, de los **loca sacra y religiosa**⁸⁵.

Para finalizar este apartado nos gustaría recordar que este mismo libro 68 de ULPIANO de sus comentarios al edicto (D.43.8.2.), también contempla otras disposiciones interdiciales mediante las cuales el pretor pone de relieve la tutela en relación con el uso colectivo de las cosas de dominio público. En efecto, el pretor mantiene la misma prohibición (hacer o poner), especificando en este supuesto «en vía o camino público», D.43.8.2.20 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «**Ait praetor: In via publica itinere publi-**

cofacere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat veto»: otro texto, D.43.8.2.35, recoge la afirmación pretoria por la que se ordena la restitución, con la finalidad de evitar que se retenga lo que se haya hecho perjudicando a las vías o caminos públicos (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «**Praetor ait: Quod in via publica itinere publico factum immisum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas**»; el pretor vuelve a poner de relieve la intención de reprimir todos aquellos actos encaminados a obstaculizar el uso público en D.43.8.2.45 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «**Praetor ait: Quo minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto**». En este sentido, actúa el magistrado al prohibir que se realice cualquier tipo de violencia que imposibilite a alguien el conducir por vía o camino público.

En suma, en los títulos que van del 7 al 15 del Digesto, libro 43, se recogen especialmente las disposiciones más significativas que tienden a asegurar el uso colectivo de las **res publicae** y a proteger a estos bienes públicos de las posibles alteraciones que se le puedan ocasionar a su funcionalidad. En efecto, al margen de los ya analizados por nosotros cabe aludir a los siguientes interdictos: **de loco publico fruendo** (D.43.9.1), mediante el cual se otorga la protección pretoria al arrendatario de un lugar público, con la finalidad de garantizar el pacífico disfrute del mismo; **de via publica et itinere publico reficiendo** (D.43.1.1.pr.), por cuya orden prohibitoria se impide todo tipo de perturbaciones a la hora de que alguien intente reparar o restaurar la vía o el camino público; **ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur** (D.43.12.1.pr.), por el cual el pretor prohíbe que se haga o ponga en un río público o en su orilla cualquier cosa que pueda entorpecer el estacionamiento o tránsito de la navegación; **ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quod aliter aqua fluat** (D.43.13.1.pr.), disposición interdicial que prohíbe realizar cualquier cosa en un río público o en su orilla que perjudique o impida que el agua fluya con la norma-

⁸³ Esto supone también una ventaja para el ciudadano que no había manifestado su oposición a tiempo ya que se tendría que cumplir independientemente de la voluntad del magistrado (**debebit... deponere**).

⁸⁴ Cfr. BRANCA, «Le cose», cit. p. 148. Véanse D.43.8.2.15 y los numerosos ejemplos referidos por este autor en relación con las posibles demoliciones ordenadas independientemente de la estimación sobre el perjuicio ocasionado al uso común (p. 133 y ss.). Asimismo, nos parece acertado recordar con BRANCA (p. 151) que, en líneas generales, aunque toda **opus novum** elevada sin permiso en un lugar público podía estar sometida por diversas circunstancias a una posible demolición, era preferible evitar el posible perjuicio social que ocasionaba su destrucción.

⁸⁵ Según ULPIANO, D.43.8.2.43, se entiende que restituye el que vuelve las cosas a su anterior estado, lo que puede hacerse quitando lo que se ha hecho o reponiendo lo que se ha quitado.

⁸⁶ Sobre este punto Cfr. ULP. D. 1.8.9.2; PAUL. D.43.1.2.2; ULP. D.43.8.2.19; PAUL. D.43.1.2.1; ULP. D.39.1.1.1; ULP. D.43.1.1.pr. Véase asimismo BERGER, «Interdictum», cit. p. 1655; UBBELOHDE, «Die Interdikte», cit. p. 4; KASSER, «Privatrecht I», cit. S 92.II.2a; BRANCA, «Le cose», cit. p. 97. DAUBE, «Concerning the classification of interdicts», cit. p. 23 y ss. Recientemente, FISCHER, «Unweltschützende Bestimmungen» im Römischen Recht, cit. p. 107.

⁶⁵⁸ Por ejemplo, D.43.8.7. (IULIANUS, libro XLVIII digestorum): «Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogens non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit».

⁶⁵⁹ Por ejemplo, D.43.8.2.32-39 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad commendandum corrumpatur, hoc est ad eundem velandum, ut, cum plane fuerit, elivosa fiat vel ex mollis spera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca». Unde Offilius putat eum, qui pro derelicto reliquit id opus quod fecit, si viam publicam corrumpit et reliquit, non teneri hoc interdictum: non enim habet quod fecit, sed an in eum actio debeat dari, videbimus. Et puto utile interdictum competere, ut quod in via publica aedificaverit, restituatur».

⁶⁶⁰ Por ejemplo, D.43.8.2.45 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): «Praetor ait: Quo minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto». Cfr. RICCOBONO, «Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane», cit. p. 672 y ss.

⁶⁶¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Derecho público romano», cit. p. 181-183.

⁶⁶² Véase especialmente, al respecto, el, a nuestro juicio, acertado planteamiento de POMPONIO (D.43.7.1): «Cui libet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertinet, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quilibet postulante de his interdictum».

⁶⁶³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Derecho público romano», cit. p. 198.

lidad que el anterior estfo; **ut in flumine publico navigare liceat** (D.43.14.1.pr.), que sirve para que no se impida navegar por un río público; **de ripa munita** (D.43.15.1.pr.), cuya prohibición pretoria impide que se obstaculice al demandante que tenga interés en hacer alguna obra en un río público o en su orilla con el objeto de proteger ésta o el terreno colindante.

En definitiva, de la mayoría de los interdictos referidos en su conjunto se puede extraer la tendencia pretoria a garantizar el uso colectivo de los bienes de dominio público⁶⁶⁴, impedir el uso excesivo⁶⁶⁵ y reprimir los actos dirigidos a obstaculizar el uso público⁶⁶⁶.

III. OBSERVACIONES FINALES

En un intento de señalar al menos los perfiles más sobresalientes del tema objeto de nuestro estudio -escrito a modo de corolario final-, cabe decir que el genio jurídico romano, con toda su intensidad y fuerza en el planteamiento de problemas y en la construcción de categorías del derecho, se percibe también fuera del ámbito del tan conocido Derecho Privado Romano. Parece, pues, evidente la existencia de una gran experiencia administrativa romana, como demuestran los numerosos textos en los que se contienen tales disposiciones, siendo quizá algunos de los más significativos los que hemos abordado en nuestra investigación. Conforme a este planteamiento, resulta muy lógico que se haya puesto de manifiesto por ilustres romanistas (IHERING, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, STELLA MARANCA, LAURIA, SCHULZ, GIANNINI, RICCOBONO, etc.) y administrativistas (GARCÍA DE ENTERRIA, VILLAR PALASÍ, GALLEGO ANABITARTE, PARADA VÁZQUEZ, PAREJO ALFONSO, etc.) la necesidad de una reconstrucción del Derecho administrativo romano; sin olvidar las agudas matizaciones formuladas por el Prof. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN a este respecto⁶⁶⁷, en las que se pone de relieve -con importantes precisiones- la posible utili-

zación legítima de la expresión verbal derecho administrativo para hacer referencia al ámbito de la experiencia administrativa romana. Asimismo, queremos recordar que el hilo argumentativo principal de esta cuestión ha llevado a este autor a impulsar y coordinar a un equipo de investigación de romanistas españoles, del cual es responsable, en esta original dirección.

De la amplia experiencia administrativa romana que reflejan las fuentes -tanto jurídicas como extrajurídicas- donde se abordan temas muy variados (utilidad pública y utilidad privada, interés público y el interés privado, etc) nos interesa destacar que el núcleo de mayor interés para el estudio de la arquitectura administrativa romana aparece recogido en el libro 43 del Digesto, dedicado a los interdictos. No obstante, nosotros, de forma sumaria, nos hemos centrado con especial interés en el análisis de la providencia administrativa urgente por la que el magistrado romano también tutela el uso colectivo de los lugares de dominio público: es decir, la orden interdictal **ne quid in loco publico fiat** (D. 43.8.2.pr).

En la experiencia jurídica romana se destaca con gran claridad que el ciudadano no sólo puede servirse del uso normal de los bienes públicos, sino que también queda garantizado el uso contra las eventuales perturbaciones⁶⁶⁸.

No existen dudas razonables que nos impidan pensar con A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁶⁶⁹, que los bienes asumen la consideración de **publicos -in usu publico-** «o bien en virtud de un acto de **publicatio**, o bien por razón de su destino o utilización pública o bien por causas naturales». No obstante, no encontramos en las fuentes un elenco suficientemente pormenorizado de estos bienes; si bien, no es de extrañar demasiado porque probablemente obedezca a claves históricas completamente enraizadas en la costumbre sobre el **usus publicus**, lo que puede hacer oscilar -según el clima político, ideológico y jurídico del momento- las diferentes apreciaciones de los juristas en relación a los bienes considerados públi-

cos. No debemos olvidar que la propia idea de la **utilitas publica** y su evolución ha estado en cada etapa histórica coligada a la noción de **res publicae**⁶⁹².

En el estado actual de las fuentes, no sin vacilaciones e incertezas, y no sin grandes sospechas acerca de la legitimidad de algunos textos, podría decirse que no existe en la mayoría de los supuestos estudiados una referencia suficientemente explícita sobre los bienes que componen las **res publicae**. En este sentido, cabe decir que tampoco existió en Derecho romano una ley general que abarcara todas las peculiaridades de las **res publicae**; si bien, en el testimonio que nos transmiten las fuentes puede advertirse que tuvieron una especial consideración⁶⁹³.

Los romanos llaman públicas tanto a las **res populi romani** como a los bienes que sirven para atender las cargas de la ciudad, pero como hemos podido observar en los textos también aparece el contraste entre las dos categorías: **res publicae in publico usu** y **publicae in pecunia populi, in patrimonio populi** o **fiscales**. Se podría decir que esta difusa referencia induce a considerar que no se trataba de una separación demasiado nítida o absoluta⁶⁹⁴.

El **populus romanus**, entendido como conjunto de todos los ciudadanos o como centro de referencia o imputación máxima, representa el eje fundamental sobre el cual gravita la organización pública de la época republicana, en la cual se inserta el tratamiento que se otorga a todo lo referente a las **res publicae**. En la época imperial, el cuadro de la organización pública experimenta una variación: se va produciendo una progresiva sustitución del **populus** otorgándose mayor relevancia a la figura del príncipe⁶⁹⁵.

Una lectura atenta de las fuentes no deja de ofrecer datos que permiten pensar que la categoría de las **res publicae** integraba originariamente tanto a las **in pecunia populi** como a las **res in publico usu**; es decir, se atendía tanto a la norma de pertenencia como a la pública utilización. Así

pues, se alude al **populus** como centro de imputación o solamente como usuario potencial de los lugares públicos. Sobre la base de las interesantes consideraciones de ORESTANO⁶⁹⁶ y de aquellas precedentemente hechas podemos entonces, en vía preliminar, asumir la idea de que nada ha cambiado sustancialmente ni desde el principio ni después de los severos (finales s. II y III d.C.) como intentaba sostener VASALLI⁶⁹⁷. En consecuencia, a nuestro juicio, el criterio que en mayor medida se acerca a la realidad sería el siguiente: el vocablo **publicus** continúa oscilando entre dos conceptos: el de pertenencia y el de destinación al uso colectivo de todas las cosas públicas. En efecto, en muchos de los textos mencionados no se considera al **populus** como titular de un derecho sobre las cosas; más bien aparece considerado como usuario de las mismas. En este sentido, parece oportuno destacar que paulatinamente se va madurando la concepción que identifica las **res publicae** con las **res quae publico usui destinatae**⁶⁹⁸. En suma, el criterio de utilización resulta predominante -aunque no exclusivo- en la mayoría de las fuentes examinadas y el vocablo **publicus**, más que a las posibles referencias de la experiencia republicana en clave subjetiva, tiende a representar un contenido más objetivo, es decir, fuera del esquema lógico de la mera pertenencia; concretado fundamentalmente por la funcionalidad del bien. Así pues, para los bizantinos, cuando hablan de **res publicae** se refieren en la mayoría de los casos a aquellos cuya funcionalidad se caracteriza por estar destinados al uso público; no ya a los bienes patrimoniales del Estado⁶⁹⁹.

Por otra parte, resulta significativo que desde finales de la época republicana o al inicio del principado la idea sobre la función social de los bienes públicos jugó, por tanto, un papel esencial como se ha puesto de relieve en la obra del pretor y la elaboración jurisprudencial, proporcionando a todos los ciudadanos la defensa que garantiza el uso y disfrute de los bienes así considerados. No obstante, la falta de homogeneidad en los criterios de valoración de los juristas se pone también de manifiesto en muchos supuestos, en los que partiendo del carácter público del lugar se

⁶⁹² Cfr. LONGO, «Utilitas Publicae», en LABEO 1972, Vol. XVIII, p.71; STEINWENTER, «Utilitas publicae-utilitas singulorum», en Festschr. KOSCHAKER, I, 1939, p.90 y ss.; GAUDEMET, «Utilitas publicae», en RHD, 29, 1951, p.473 y ss.; IOSSA «L'utilitas rei publicae nel pensiero imperiale dell'epoca classica», en Studi romani, 1963, p.387 y ss.; BRANCA, «Le cose», cit. p.204; SCHERILLO, «Le cose», cit. p.123

⁶⁹³ En esta línea de pensamiento, conviene recordar que se les atribuía un régimen bastante específico por tratarse de cosas que no podían ser objeto de cualquier tipo de relaciones jurídicas privadas, porque, fundamentalmente, eran bienes para uso y disfrute colectivo; con las limitaciones a las que ya nos hemos referido en páginas precedentes.

⁶⁹⁴ Conforme a esta afirmación, resulta necesario recordar que de la redacción del texto de ULPIANO (D. 43.8.2.17) no parece deducirse a primera vista la excepcionalidad del caso; en él se pone de relieve que de una cosa destinada al uso público -**aedificium publico usu**- también puede obtenerse un rendimiento patrimonial -**solarium**- , más apropiado en relación con las **res in patrimonio populi** Cfr. GROSSO, «Corso di diritto romano. Le cose», Torino, 1941, p.118 y ss.; SCHERILLO, «Le cose», cit. p. 104 y ss.

⁶⁹⁵ Cfr. DI PORTO, «Interdetti popolari e res in usu publico», cit. p. 506 y ss.; ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche», cit. p. 213 y ss. y 279; ELLACHEVITH, «La personnalité juridique en droit privé romain», Paris, 1942, p.40 y ss.; CATALANO, «Populus romanus quirites», cit. p. 10 y ss.

⁶⁹⁶ ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche», cit.p.203, 213 y 279 y ss.

⁶⁹⁷ VASALLI, «Sull rapporto tra le res publicae e le res fiscales», cit.p.3 y ss.

⁶⁹⁸ Ya vimos que esta tendencia única era propiciada por el pretor en razón a lo que se dice en D.43.8.2.5:

«Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet quae publico usui destinata sunt...». Cfr. ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche», cit. p. 296 y ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, «La struttura», cit. p. 12 y ss.; ELLACHEVITH, «La personnalité juridique en droit privé romain», cit. p. 13 y ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. BRANCA, «Le cose», cit. p. 79. Señalamos en el desarrollo de nuestro trabajo esta distinción al analizar especialmente el D. 43.8.2 (4-5). Véase también ORESTANO, «Il problema delle persone giuridiche», cit. p. 296 y ss.; SCHERILLO, «Le cose», cit. p. 89 y ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. MELILLO, «Interdicta», cit. p. 189 y ss. Véase a este respecto el comentario nuestro sobre D.43.8.2.13 y D.43.8.2.26 y el, a nuestro juicio, acertado razonamiento de este autor sobre la relevancia del fin privado del interdicto y la evolución del mismo hacia una clara caracterización pública (p.191).

⁽¹⁰¹⁾ Véase, en relación a la, a nuestro juicio, acertada distinción de la protección interdictal en tres categorías RICCOBONO, «Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane», cit. p. 672.

advierte una cierta proclividad -probablemente en la fase inicial de la tutela de los lugares públicos- a otorgar mayor prevalencia a la relación entre los particulares; es decir, no se atiende directamente a la tutela del lugar público⁽¹⁰⁰⁾.

Por último, queremos concluir intentando una sumaria recopilación de lo expuesto en las páginas anteriores acerca de la probable evolución histórica de la institución de la siguiente forma: en conformidad a las tendencias jurisprudenciales observadas en relación al concepto de lugar público -cuya característica principal se centra en la utilización colectiva de todos los ciudadanos- y la asimilación del uso social del

bien, que hemos ido apreciando, parece lógico que la tutela interdictal ejerza una defensa adecuada a la exigencia de garantizar el uso colectivo de los bienes de dominio público; que, como hemos visto, constituye el criterio predominante en las fuentes examinadas a la hora de calificar jurídicamente las **res publicae: quae publico usui destinatae**. Posiblemente, por esa fina sensibilidad del pretor en orden a la captación de la función social de los lugares públicos, la tutela interdictal cumple adecuadamente la misión de garantizar el uso colectivo de los bienes de dominio público, impedir el uso excesivo de los mismos, y reprimir los actos dirigidos a obstaculizar el uso público⁽¹⁰¹⁾.