

NOTAS SOBRE LA REPARACIÓN DE LAS VÍAS PÚBLICAS Y CAMINOS PÚBLICOS: *INTERDICTUM DE VIA PUBLICA ET ITINERE PUBLICO REFICIENDO* (D.43.11.1 pr)¹

JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE*

Como es sabido, la protección jurídica de las vías romanas contribuyó en gran medida al mantenimiento y reparación (consentida a cualquier ciudadano) de otra de las grandes obras romanas —la red viaria romana—, de la que todavía encontramos huellas inalterables en muchos países. En este sentido, queremos aportar una modesta prueba a favor de esta idea que nos parece esencial, y que nos permitirá comprender mejor el alcance efectivo de otra de las órdenes interdictales que tutelan la red viaria pública.

El cuadro de las afirmaciones interdictales referidas a las vías públicas,² se ve específicamente completado en las disposiciones que abordaremos bajo

* Catedrático de Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, España.

¹ Cfr. LENEL, "Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung", 3ª edición, Leipzig 1927 (reimpresión Aalen 1985, 240; UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs", Erlangen, 1893, pp. 311 y ss.; BERGER, "Interdictum", en PW, R.En, p. 1641; "Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur". MITTEIS, LEVY, RABEL, 3 vol. y un supl. (Weimar 1929-1935), p. 283.

² Cfr. el Título VII, *de locis et itineribus publicis*, donde se pone de relieve su pertenencia al uso de todos; el Título VIII, *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, habla de los interdictos específicos recogidos por ULPIANO en unos textos tomados del libro sesenta y ocho de sus comentarios al Edicto y recogidos en D.43.8.2.pr.: *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*. El fragmento de ULPIANO nos informa de la orden del pretor por la que se prohíbe que se introduzca algo en lugar público, o que se realice algo que pueda causar daño; excepto que se disponga de alguna autorización legal para ello (ley, senadoconsulto, edicto, decreto de los príncipes). El pretor mantiene la misma prohibición (hacer o poner), especificando en este supuesto "en vía o camino público" D.43.8.2.20: *Ait praetor: in via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto*. El mismo ULPIANO, recoge la afirmación del pretor por la que se ordena la restitución (D.43.8.2.35), con la finalidad de evitar, por tanto, que se retenga lo que se

este título once del mencionado libro cuarenta y tres del *Digesto*. En efecto, en el contenido de este interdicto resulta, asimismo, lógico que el pretor introduzca también la orden prohibitoria que impida todo tipo de perturbaciones a la hora de que alguien intente reparar o restaurar una vía o un camino público; siempre que bajo esta presunción de reparar la vía o el camino no se produzca ningún tipo de deterioro que pueda alterar su funcionalidad originaria. Así puede apreciarse en el siguiente pasaje de Ulpiano:

D.43.11.1pr. (*Ulpianus, libro LXVIII ad edictum*): *Praetor ait: Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto.*

Por tanto, la única excepción advertida por el magistrado a la hora de facilitar que se reparen las vías o los caminos, consiste en impedir el deterioro de estos *publicis locis*;³ si bien, como, ya hemos visto en anteriores apartados, el significado de *deterius fieri* puede ser amplísimo⁴ (se entiende que se perjudica la vía cuando se inutiliza su uso para pasar o conducir, es decir, si era llana y se hace pendiente, si era lisa y se hace desigual o áspera; o de ancha pasa a ser más estrecha, y, finalmente, si la vía estaba seca y se hace encharcada o pantanosa; incluso podríamos añadir en este elenco de actividades que pueden causar un perjuicio a la vía el hecho de arar la misma;⁵ en este senti-

haya hecho perjudicando a las vías o caminos públicos: *Praetor ait: quod in via itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas*. En D.43.8.2.45 (Ulp. 68 ed.) el pretor vuelve a manifestar la intención de reprimir todos aquellos actos que puedan obstaculizar el uso público de las vías: *Praetor ait: Quo minus illi via publica itinereve 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. Sobre las vías públicas que se encuentran en las ciudades —que no constituye el objetivo preferente de nuestro estudio en esta sede—, su mantenimiento y reparación, se atenderá a las disposiciones recogidas en el Título X del mismo libro 43 del *Digesto*. Un comentario detallado sobre estos fragmentos puede verse en ALBURQUERQUE, “Consideraciones en materia de protección vial: El *interdictum ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat* (D43.8.2.20)”, *Derecho y Opinión*, N^o 6, Universidad de Córdoba, pp. 185 y ss.

³ Véase una hipótesis análoga en D.43.15.1pr (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum*): *Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae egrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est aut illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur, vim fieri veto.*

⁴ Cfr. D.43.8.2.31-32 (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum*): *Deinde ait praetor: quo ea via idve iter deterius sit fiat. hoc sive statim deterior via sit, sive postea: ad hoc enim pertinent haec verba sit fiat: etenim quaedam sunt talia, ut statim facto suo noceant, quaedam talia, ut in praesentiarum quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant. 32. Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus eius ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut, cum plane fuerit, clivosa fiat vel ex molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca.*

⁵ Cfr. D.43.11.3.1 (*PAULUS, libro I Sententiarum*): *Qui viam publicam exaraverit, ad munitionem eius solus compellitur*

do, podríamos recordar, por extensión, las vías públicas del interior de la ciudad, cuyo cuidado estaba reservado, principalmente, a los ediles, que el deterioro de las mismas lo puede producir tanto la acción de cavar en ellas, como socavarlas).⁶ Asimismo, el sentido de *facere-immittere, como es sabido*, tiene una proyección muy elástica⁷ (recuérdese que la fuerza del interdicto *ne quid in via itinereve publico* se extiende incluso a los malos olores que se provocan en la vía pública (D.43.8.29: *Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re, interdicto uti*). No obstante, esta providencia administrativa suministra una defensa adecuada para que puedan efectuarse las reparaciones necesarias sin ningún impedimento. Así pues, nos parece necesario profundizar en el alcance de esta orden interdictal para intentar establecer, al menos, los límites más significativos, pues, como puede observarse, las fronteras no siempre son claras y la valoración podría ser problemática.

Para efectuar la reparación de una vía o camino público puede decirse, en definitiva, que se admiten todas aquellas actuaciones sobre estos lugares públicos que permitan el retorno de los mismos a su estado primitivo;⁸ algo análogo —salvando las diferencias— al sentido de restituir que nos transmitían las fuentes jurisprudenciales en relación a los interdictos restitutorios (se entiende que restituye el que vuelve las cosas a su anterior estado D.43.8.2.43). En este interdicto prohibitorio (D.43.11.1pr) se concede la posibilidad de repa-

⁶ Cfr. D.43.10.2 (PAPINIANO): *Curam autem habeant, ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid...*

⁷ Cfr. D.43.8.2.26-30 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): *Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scribit: immisisse enim eum videri; D.43.8.2.27: Proinde et si fossam quis in fundo suo fecerit. Ut ibi aqua collecta in viam decurrat, hoc interdicto tenebitur: immissum enim habere etiam hunc videri; D.43.8.2.28 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 utrumque teneri. Plane si fundus viam publicam contingat et ex eo aqua derivata deteriorem viam faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habeas 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 tenearis etiam, si iam bona fide cum vicino egeris neque per te stet, quo minus arbitrato actoris cum vicino experiaris; D.43.8.2.29: Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti; D.43.8.2.30: Hoc interdictum etiam ad ea, quae pascuntur in via publica itinereve publico et deteriorem faciant viam, locum habet.*

Sobre este aspecto, véase también, BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", Trieste 1940, p.162; SCHERILLO, "Lezioni di diritto romano. Le cose I", Milán 1945, p. 157; MELILLO, "Interdicta e operis novi nuntiatio", en LABEO 12 (1966), pp. 188 y ss. y N 35; LABRUNA, "Vim fieri veto, alle radici di una ideologia", Università di Camerino, 1971, p. 49.

⁸ Una apreciación similar aparece formulada por LABEON en D.43.12.1.12 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum), respecto a los ríos (*purgare-restituere*: limpiar o restablecer en su primer estado).

rar las vías, sin que se produzca una alteración de las mismas; principio que debería primar tanto cuando la reparación se realiza mediante la exigencia de una responsabilidad directa —por ejemplo, ejercitada mediante interdicto restitutorio (*quod in via publica itinereve publico factu, immissum habes, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat, restituas*)—, como cuando se advierte la necesidad de corregir los defectos de las mismas y no haya existido una posibilidad clara que vincule al causante del posible deterioro, o bien por las propias inclemencias del tiempo o un mantenimiento inadecuado por las autoridades competentes que deberían asumir estos trabajos,⁹ otorgando a cualquier ciudadano este remedio pretorio con objeto de repararla voluntariamente. Como podemos observar, las estimaciones pretorias, a este respecto, cubren perfectamente todos los cauces precisos en materia de protección vial; conscientes, por tanto, de la extremada importancia de la función social de estos bienes de dominio público.

Como consecuencia lógica, las áttaduras de realidad inducen a la jurisprudencia a fijar, en términos precisos, el significado de las expresiones que aparecen en el tenor de este interdictó. En este sentido, Ulpiano nos proporciona la clave que nos permite comprender mejor el alcance efectivo del significado de reparar:

D.43.11.1.1 (*Ulpianus, libro LXVIII ad edictum*): *Viam aperire est ad veterem altitudinem latitudinemque restituere. Sed et purgare refectionis portio est: purgare autem proprie dicitur ad libramentum proprium redigere sublato eo quod super eam esset. reficit enim et qui aperit et qui purgat et omnes omnino, qui in pristinum statum reducunt.*

El significado que este jurisconsulto atribuye a la expresión *aperire viam* se ajusta al de restablecimiento de la vía en su altura y anchura primitiva. *Purgare viam* se entiende como el restablecimiento de la vía a su propio nivel, limpiando o quitando lo que hubiese sobre ella. Como puede observarse, las dos operaciones referidas constituyen aspectos diversos de lo que supone el mantenimiento. En el significado de reparación tiene acogida tanto la acción de abrir una vía como la de limpiarla. Teniendo presente cuanto se ha dicho, resulta plenamente justificada la expresión de Ulpiano en la que se constata que reparar no sólo abarca al hecho de abrir o limpiar, sino también a todas aquellas acciones que se realicen correctamente y que permitan el restablecimiento a su antiguo estado. De las referencias que nos proporciona este jurista

⁹ En relación a la limpieza y mantenimiento de las vías se puede deducir, afirma FISCHER, "Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht", Aachen 1996, p. 99, un reparto de tareas entre los vecinos y las autoridades municipales, pudiendo haber asumido las cargas principales relacionadas con la cuestión los propios vecinos en el interior de las ciudades (al ocuparse generalmente del mantenimiento y la limpieza del tramo de vía colindante con su propiedad, *cfr.* D.43.10.3), mientras que fuera de las ciudades los trabajos específicos del mantenimiento debían ser realizados por las autoridades estatales, en cuanto que éstos no fueron cargados a los vecinos de los fundos.

se puede aducir, que del texto surge claramente la tendencia a incluir en el concepto de reparación todo aquello que pueda resultar beneficioso para el mantenimiento óptimo de las vías y de los caminos públicos. En suma, se vislumbra también, en esta ocasión, lo que podría considerarse progresivamente como un principio general, por constituir una de las tendencias jurisprudenciales más frecuentes en orden a la máxima protección en relación a los bienes de dominio público con la principal finalidad de la libre utilización por todos.

Conforme a la distinción de las expresiones que aparecen en el tenor del interdicto (*aperire-reficere*), podría afirmarse, por tanto, que probablemente hubiera sido suficiente con la mención de reparación, sin que fuera absolutamente necesario introducir el término *aperire*, por constituir simplemente una de las numerosas formas por las que se puede contribuir al mantenimiento de las vías o caminos públicos, y no el conjunto de las actividades encaminadas a conseguir el mejor estado de conservación y mantenimiento que parece desprenderse de la expresión utilizada por el pretor: reparar. Es decir, según esta idea, habría sido suficiente que el tenor del interdicto se hubiera limitado a *reficere*.¹⁰

Fischer¹¹ destaca que este interdicto (D.43.11.1pr y 1) confirma de nuevo que debe haber existido un deber de mantenimiento de las vías públicas por parte de los vecinos, ya que el pretor no habría incluido unos trabajos de reparación, que casi nadie realizaría voluntariamente, bajo la protección de un interdicto. Parece probable que este interdicto pueda ser un indicio para este autor, que haga pensar que los ciudadanos no sólo contribuían al mantenimiento de las vías públicas, sino también a la limpieza; si bien, en nuestra opinión, y sólo a los efectos de nuestra investigación, la clave que nos facilita una mejor comprensión, no debería centrarse en valorar lo infrecuente que podría ser que el ciudadano realizara la reparación de las vías públicas voluntariamente, con los costes adicionales que pudiera suponer dicha restauración, sino, más bien, en el eco que representa dicha posibilidad para todos los ciudadanos, abriendo el cauce de la reparación en sentido amplio, con objeto de mantener el bien de dominio público determinado en el mejor estado posible, incluso cuando no existiera una responsabilidad específica para exigir el restablecimiento de las vías públicas.

¹⁰ En este sentido se muestra también UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs", cit., p. 316. Asimismo, cabría añadir con este autor —respecto a la idea de LENEL, "Edictum perpetuum", cit. 240, en la que se advierte que probablemente en el *principium* se ha omitido la palabra *purgare* después de *aperire*— la escasa trascendencia de esta observación, por no parecer plenamente justificada según se desprende del contexto. En relación a la definición de ULPIANO en la que se pone de relieve que el "*purgare*" pertenece al "*reficere*", y la posible extensión a otros textos legales del sentido amplio de reparación y mantenimiento incluyendo la limpieza, se expresa FISCHER, "Umweltschützende Bestimmungen im Römischen recht", cit., p. 98, en los siguientes términos, "Damit dürfe auch in den anderen Gesetzstellen, die von der Instandhaltung im weitesten Sinne sprechen, immer die Reinigung mit gemeint sein".

¹¹ FISCHER, "Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht", cit., p. 98.

Se podría, por tanto, afirmar, permaneciendo en el ámbito de las conjeturas, que esta es la idea que parece encajar mejor sobre la base de las consideraciones precedentemente hechas, con relación al análisis de los límites y los fines de esta formulación pretoria.

El discurso de Ulpiano en el fragmento siguiente continúa, corroborando las afirmaciones anteriores, en este caso, con objeto de que la reparación (permitida y tutelada como hemos visto) no empeore la vía pública:

D.43.11.1.2 (*Ulpianus, libro LXVIII ad edictum*): *Si quis in specie refectionis deteriorem viam facit, impune vim patietur. propter quod neque latiore neque longiore neque altiore neque humiliore viam sub nomine refectionis is qui interdicit potest facere, vel in viam terrenam glaream inicere aut sternere viam lapide quae terrena sit, vel contra lapide stratam terrenam facere.*

En este párrafo, Ulpiano indica con claridad la excepción que se impone mediante este interdicto, cuando cualquier ciudadano se proponga efectuar una reparación, pues, como se desprende del texto, no se podrán modificar las medidas originales, es decir, la reparación tendrá que respetar la configuración original de la misma. Este jurista nos presenta un elenco ejemplificativo de las posibles modificaciones que no se encontrarán bajo tutela interdictal: es decir, la persona que ejercite el interdicto no puede, bajo el pretexto de repararla, ni hacerla más ancha, ni más larga, ni más alta, ni más baja (en suma, alterar su nivel), ni echar cascajo (guijos, o fragmentos de piedra para rellenar las vías), o empedrar la vía que sea de tierra, ni, por el contrario, hacer de tierra una vía empedrada: *...propter quod neque latiore neque longiore neque humiliore viam sub nomine refectionis is qui interdicit potest facere...* Se trata pues, como podemos observar, de un testimonio repetido, o análogo, al que reflejaba el mismo jurista en D.43.8.2.32, ya mencionado por nosotros: *Deteriorem autem viam sic accipiendum est...ut, cum plana fuerit, clivosa fiat vel molli aspera aut angustior ex latiore aut palustris ex sicca.* En definitiva, podríamos aducir, que la explicación de Ulpiano, en el texto referido, lleva implícita la tendencia a considerar alteración o deterioro todo aquello que imposibilite el mantenimiento de los límites normales de las vías o caminos públicos en correspondencia a su anterior estado,¹² lo que nos permite suponer que tie-

¹² Esta tendencia jurisprudencial aparece corroborada, entre otros textos, en D.43.12.1.12 (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum*): *Non autem omne quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere ne vis ei fiat. quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit;* D.43.15.1 pr. (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum*): *Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat. si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur*

ne cabida, a este respecto, la enumeración de actividades que hemos realizado en el exordio de este apartado.

La parte inicial del fragmento de Ulpiano, a su vez, atestigua la sumisión a la violencia impune que tendrá que soportar quien deteriore la vía utilizando como causa simulada la reparación: *si quis in specie refectionis deteriorem viam facit, impune vim patietur...* Nos parece, por tanto, muy ilustrativa la opinión expresada por este jurisconsulto, de la que se desprende la legitimidad de la vis para los supuestos en los que la pretendida restauración amenace con perjudicar formalmente el uso común, que es el fundamento que se desprende de la mayoría de las afirmaciones jurisprudenciales respecto a los bienes de dominio público.

En relación a las cosas públicas en general, Branca¹³ realiza la siguiente observación: “se il turbamento derivi da un’opera, è sicuro che spetta a *quivis ex populo* la difesa privata preventiva. Lo si ricava innanzitutto dalla l.1,2 D.43,11 Ulp. l.XVIII ad ed...; Un altro argomento è facile trarre, per opere *in flumine*, dall’*interd.* previsto in D.43,15,1 pr.: è un’ipotesi analoga a quella del fr. 1,2 D. cit. e, se il magistrato impedisce la vis solo quando eserciti contro restauro, è evidente che la ritiene legittima in ogni altro caso. Troveremo la migliore conferma nella l.1,12 D.43,12 (v. *sub a.* Propriamente è un caso di difesa privata reattiva, ma era ammessa quest’ultima, che è qualcosa di più grave, a maggior ragione doveva essere lecita la *prohibitio per manum*). Del resto, quanto al suolo cittadino, una pronta reazione *manuale* rispondeva anche a esigenze pratiche più evidenti”. Hemos visto, por tanto, hasta qué punto la vis podría entenderse como legítima.

Connotaciones específicas presenta la siguiente afirmación de Ulpiano:

D.43.11.1.3 (*Ulpianus, libro LXVIII ad edictum*): *Interdictum hoc perpetuo dabitur et omnibus et in omnes, et habet condemnationem in id quod actoris intererit.*

La eficacia de este interdicto no estará sujeta a término temporal alguno, pues, como podemos observar, también se considera como perpetuo.¹⁴ Además, añade Ulpiano, este interdicto será ejercitable por todos y contra todos (*dabitur omnibus*), y la condena se refiere al interés del demandante.¹⁵ Por tanto, dado

vel satisdetur, vim fieri veto; D.43.15.1.1. (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum*): *Ripas fluminum publicorum reficere munire utilissimum est. sicuti igitur de via publica reficienda interdictum propositum est, ita etiam de ripa fluminis munienda proponendum fuit.*

¹³ BRANCA, “Le cose extra patrimonium humani iuris”, cit., p. 161.

¹⁴ Entre los interdictos de eficacia duradera y permanente cabe recordar las afirmaciones contenidas en D.43.8.2.34; D.43.8.2.44; D.43.26.8.7; D.39.1.20.6; D.39.1.20.16; D.43.32.1.6; D.43.4.1.8; D.43.5.3.16; D.43.26.8.7.

¹⁵ Véase, en relación a las vías D.43.8.2.34, donde puede apreciarse que este interdicto, mencionado por ULPIANO al referirse al *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*, es perpetuo y popular, y su condena debe referirse al interés del demandante (*quantum actoris intersit*). Cfr., en este sentido, D.43.8.2.44; D.43.24.15.7. Sobre *condemnatio facienda*

que todos ¹⁶ los ciudadanos tienen derecho a demandar, todo induce a pensar que nos encontramos ante un interdicto popular.¹⁷ Puede advertirse que todo el mundo tiene derecho a realizar la reparación necesaria para conseguir una renovación adecuada, pero, en realidad, sólo puede ejercitar el interdicto la persona que ha llevado a cabo los trabajos de reparación.¹⁸

Merece también destacarse la concisa afirmación de Javoleno, jurista de finales del siglo I y principios del siglo II d.C., miembro del *consilium* de Trajano,

est quanti actoris, cfr. también BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", cit., p. 162; FADDA, "Le azione popolare", vol. I. Torino, 1894, pp. 258 y ss, según este autor, "E vero che negli interdetti relativi alle cose *divini iuris e publicae* non si può parlare di valore reale della cosa, certo però può parlarsi di valore del danno realmente arrecato. Se invece nei passi citati (D.43.8.2.34; D.43.8.2.44; D.43.11.1.3) si accenna all'interesse del l'attore e si insiste sull' *id quod interest*, ciò é dovuto all'interpretazione, che fu data in genere alla *condemnatio* di tutti gli interdetti nella quale mirava sempre all'interesse dell'attore. Ed anche qui *accanto* al valore del danno arrecato poteva esservi eventualmente un particolare interesse dell'attore, sia in genere perchè dal fatto fosse lesa, sia in ispecie perchè valendosi del suo diritto civico fece le spese per la riparazione".

¹⁶ Cfr. D.43.13.1.9 (ULP. lib. LXVIII ad ed): Hoc interdictum CUIVIS EX POPULO competit...; D.43.7.1(POMPON. lib. XXX *ad Sabin.*): CUILIBET in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertinet, veluti vias publicas, itinere publica: et ideo QUOLIBET POSTULANTE DE HIS INTERDICITUR; D.43.8.2.2 (ULP. lib. LXVIII ad ed.): ...loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, IURE scilicet CIVITATIS, non quasi propria cuiusque...; D.39.1.3.4 (ULP. lib. LII ad ed): Si in publico aliquid fiat, OMNES CIVES opus novum nuntiare possunt.

¹⁷ Cfr., en este sentido, entre otros, UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs", cit., p. 318; FISCHER, "Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht", p. 99. Sobre el debate doctrinal respecto a los interdictos populares y perpetuos nos remitimos, además, a lo ya expuesto en los apartados anteriores. Cabría recordar con UBBELOHDE, "Commentario alle pandette", cit., p. 369, al hacer referencia a D.43.11.1.3, "Qui non v'e nemmeno l'apparenza di una circostanza, dalla quale potesse cominciare a decorrere la prescrizione; perciò l'escluderla espressamente sarebbe stato per lo meno superfluo". Respecto a la prescripción del interdicto prohibitorio *de via publica* (D.43.8.2.34), como indica este autor p. 368, "è afatto inconcepibile: da qual momento dovrebbe essa decorrere? Non certo dal momento, in cui ha avuto luogo un *factum* o *immissum*, che pregiudica la via publica.. Il verificarsi di un tal *factum* o *immissum* è così lungi dal far parte dei requisiti di questo interdetto, che per tal caso è stato anzi istituito uno speciale interdetto. Non si saprebbe quindi scorgere, che cosa potesse indurre ULPIANO a pronunciarsi sulla imprecrittibilità dell'interdetto proibitorio di per sè evidente". En relación a la expresión: *condemnatio —ex eo facienda est, quanti actoris intersit—* afirmaba este romanista, que las palabras aludidas ponen de relieve que "per lo meno in esse non si trattava dell'interdetto, ma del *iudicium secutorium*. En los interdictos populares, según este autor p. 764, "la condanna aveva per oggetto l'intero ammontare delle spese, che sarebbero necessarie per la rimozione di quanto era stato fatto contrariamente all'editto, e il risarcimento dell'intero danno cagionato dalla condotta dell'impetrato contraria all'editto". Sobre la relación de la frase final del fragmento (D.43.11.1.3) con el *iudicium secutorium*, véase LENEL, "Edictum perpetuum", 3ª edición, cit., 240 *in fine*.

¹⁸ BERGER, "Interdictum", cit., p. 1623, quien aboga por un interdicto privado por este motivo. En esta línea se muestra FISCHER, "Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht", cit., p. 99, el cual señala que se trata de un interdicto privado, aunque se proponga en interés público.

en su libro X ex Cassio,¹⁹ aunque, aparentemente, no se puede encuadrar por cauce natural en las consideraciones señaladas bajo el título que estamos analizando sobre la reparación de las vías y de los caminos públicos. Si bien, a nuestro juicio, se podrían extraer algunos datos que pueden ser de utilidad al respecto, aunque la afirmación nos parezca obvia:

D.43.11.2 (*Iavolenus, libro X ex Cassio*): *Viam publicam populus non utendo amittere non potest.*

Parece evidente, que el pueblo no pueda perder por falta de uso una vía pública. Probablemente esta afirmación obedezca a que en este supuesto se esté refiriendo a una vía de fondo privado pero jurídicamente destinada al uso público.²⁰

Como acertadamente ha señalado Capogrossi Colognesi,²¹ “Il fatto che si retenga, non diciamo opportuno, ma semplicemente possibile applicare alle vie pubbliche y criteri elaborati a propósito delle servitù prediali (dove com'è noto, il *non usus* delle servitù di passaggio, come delle altre servitù rustiche, portava alla perdita del diritto) ci permette di concludere con certezza che il giurista, in questo caso, considerasse l'ipotesi di una via pubblica costruita su terreno non appartenente al *populus*. È evidente infatti che, ove il terreno fosse stato di proprietà dello Stato, l'assimilazione proposta da Giavoleno non avrebbe avuto senso: l'idea stessa del non uso poteva sorgere solo se si fosse trattato di un passaggio pubblico per strade non in proprietà del *populus*”. En suma, conforme al propósito del interdicto se podría suponer, que se trata de vías, que, en el sentido indicado son públicas, aunque los terrenos puedan ser en ocasiones de propiedad privada. El no uso de las mismas no puede extinguir el derecho de paso general por las vías así consideradas. Y la conexión de esta afirmación con la reparación de las vías nos induce a pensar que tampoco se puede suprimir el derecho de pasaje público cuando el *non usus* es la consecuencia real de haber omitido la adecuada reparación de las vías.²² Como puede observarse, este interdicto popular continúa reafirmando la tendencia a la tutela del *usus publicus*.²³

¹⁹ En opinión de MANTHE, “Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus”, (Freiburger Rechtsgeschitliche Abhandlungen, N.F., 4), Duncker-Humblot, Berlin, 1982, pp. 16 y ss, una fecha probable del nacimiento del jurista podría ser el año 49 d.C. Véanse también las interesantes observaciones de este autor sobre el *cursus honorum* de este jurisconsulto y la peculiaridad literaria de los libros ex Cassio p. 14. Cfr., asimismo, la amplia recensión de BONA, “I libri iuris civilis di cassio e I libri ex Cassio di Giavoleno”, (a propósito di U. Manthe, Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus), en SDHI, 1984, p. 401; WIEACKER, “Textstufen Klassischer Juristen”, Göttingen, 1960, pp. 175 y ss.

²⁰ UBBELOHDE, “Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs”, cit., p. 319.

²¹ CAPOGROSSI COLOGNESI, “La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana”, cit., p. 15.

²² Cfr. UBBELOHDE, “Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs”, cit. p. 319.

²³ Cfr. además del analizado aquí, D.43.8.2.34 y 44.

En el contenido del fragmento siguiente, D.43.11.3, encontramos el comentario del gran compilador Paulo tratado en el libro I de las *Sententiae*, donde se pone de relieve la responsabilidad en la que incurre la persona que haga entrar la vía pública sobre el terreno de un vecino. En este supuesto, como advierte Paulo, se dará contra él, por la vía introducida, acción por el interés del propietario del fundo al que se le ha causado el perjuicio:

D.43.11.3 (*Paulus, libro I Sententiarum*): *Si in agrum vicini viam publicam qui reiecerit, tantum in eum viae receptae actio dabitur, quanti eius interest, cuius fundo iniuria irrogata est.*

Una indagación comparativa de las fuentes nos permite establecer que existe una tendencia jurisprudencial a reforzar los vínculos de responsabilidad cuando en sus resoluciones aparece considerado, de forma directa o indirecta, un bien de dominio público. En este sentido, la afirmación de Paulo podría encuadrarse naturalmente, si bien la exigencia de responsabilidad en un supuesto similar dispone de otros cauces que podrían traerse a colación y que de forma explícita o implícita podrían contribuir a una solución adecuada. Hemos visto lo que debe entenderse por deterioro de una vía pública, y la correspondiente prohibición pretoria con objeto de evitar dicho deterioro (D.43.88.2.20). Asimismo, la orden del magistrado en D.43.8.2.35 exigiendo la responsabilidad de la restitución a quien hubiera perjudicado la misma. La reparación (consentida por el pretor, D.43.11.1) también hace hincapié en la observancia de los límites que no se pueden rebasar. En los interdictos populares referidos *quivis ex populo* puede acudir a este remedio pretorio. El hecho de que alguien hubiera corrido una vía pública en el terreno del vecino, supone claramente alterar los límites originarios de la misma; aspecto que aparece expresamente prohibido por el pretor (D.43.11.1), y que implica, por tanto, la exigencia de una responsabilidad. Al hilo de este planteamiento, podríamos concretar que si bien cualquier ciudadano puede ejercitar el interdicto correspondiente con la finalidad de obtener la máxima funcionalidad de las vías y todo aquello que le pueda interesar (*quanti actoris intersit*), según el elenco de interdictos mencionado, probablemente la afirmación de Paulo (D.43.11.3) no sólo redunde en la exigencia de responsabilidad del ciudadano que de alguna forma altere los límites normales establecidos para una vía determinada, sino también, podría pensarse, que quizá se esté otorgando una prioridad reforzada en su reclamación a la persona más directamente afectada por la introducción de una vía pública en su terreno. Teniendo presente cuanto se ha dicho, tampoco consideramos que sea una conjetura demasiado arriesgada suponer que tanto unos textos como otros ya referidos se hayan introducido por los compiladores con esta intención: ampliar el elenco de posibilidades que permitan la exigencia de una responsabilidad, en la que de forma directa (en la mayoría de las ocasiones) o indirecta se puede apreciar la tutela de los bienes públicos. Y éste puede ser uno de los argumentos que nos permite comprender mejor el alcance efectivo de

las alegaciones de Paulo y el reforzamiento que implica: se dará una acción (por todo cuanto pueda interesar al propietario del fundo) contra el que introduce una vía pública sobre el terreno del vecino.

Por otra parte, cabe suponer, con los datos manejados hasta ahora, que resulta indiferente el modo concreto que se haya utilizado para producir la inclusión de la vía pública en el terreno del vecino (por ejemplo, empedrando un tramo de la vía que ocupe también parte del fundo vecino y parezca como una continuación de la misma, por el paso continuado puede un trozo de la vía penetrar en el terreno del vecino, alterando el nivel de la vía y provocando una introducción en el terreno del vecino, etc.). Resulta evidente, que el terreno ocupado por alguno de los medios posibles no deja de pertenecer al propietario del suelo, al cual ha pertenecido hasta ahora. Por tanto, le quedan abiertas todas las vías judiciales para retirarlo. La vecindad del fundo del demandante, a la que se refiere el pasaje de Paulo, parece referirse a la vecindad de la vía pública, y no a la vecindad del fundo del demandado.²⁴

Otro texto que atañe al tema es formulado también por Paulo, si bien, en nuestra opinión, resulta definitivamente obvio: el que hubiera arado una vía pública será él solo compelido a su reparación:

D.43.11.3.1 (*Paulus, libro I Sententiarum*): *Qui viam publicam exaraverit, ad munitionem eius solus compellitur.*²⁵

Nos interesa señalar que la indicación de Paulo, sin más explicaciones, pone de relieve un posible deterioro de la misma y sus consecuencias ya han sido abordadas por nosotros. La reparación de la vía pública correrá exclusivamente a cargo del que ha ocasionado el perjuicio.

Sobre la afirmación de Javoleno (D.43.11.2), nos parece necesario añadir algo más. A nuestro juicio, Capogrossi Colognesi²⁶ considera una hipótesis que podría ser bastante verosímil, y que se asienta en una vuelta al análisis de la reflexión jurisprudencial entre los años que median desde Javoleno (finales del siglo I y principios del siglo II d.C), a Pomponio (contemporáneo de Salvio Juliano, al que sobrevivió, principios del siglo II d.C y mediados de este mismo siglo): “Con il primo infatti sembrerebbe esistere un orientamento —non

²⁴ En este mismo sentido se muestra UBBELOHDE, “Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs”, *cit.*, p. 322. Entre las vías judiciales abiertas, este autor, refiere las siguientes: la reivindicatio o la actio negatoria *in rem*, y si no consigue la reparación por los daños causados, se puede dirigir contra el autor del desplazamiento de la vía pública, si se reconoce en éste la culpa del desplazamiento. Respecto a *viae reiectae actio*, UBBELOHDE señala que no designa el nombre, sino más bien el motivo de la acción. La Glosa referida por él p. 322 N 17^a aulo, se pronuncia en los siguientes términos: *viae reiectae: id est propter viam reiectam actione in factum Joannes (Bassianus) vel utilis Aquiliae vel (ut dicunt quidam) nomen est actionis actio viae reiectae. Accursius.*

²⁵ Transmitido también en Paul. sent. 1.14.1.

²⁶ CAPOGROSSI COLOGNESI, “La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell’età repubblicana”, *cit.*, pp. 16-17.

sappiamo quanto rilevante e neppure se maggioritario— a fondare il carattere pubblico delle vie sul loro esercizio; a partire da Pomponio sembra affermarsi in modo unitario un atteggiamento più restrittivo in proposito, volto a individuare come pubbliche solo quelle vie in proprietà pubblica e in uso pubblico”. Con la extrema cautela, ya señalada por este autor, que supone cualquier afirmación en este ámbito, sobre todo teniendo en cuenta el reducido número de testimonios al respecto, y confrontando la doctrina más sobresaliente acerca de la determinación y características de las *res publicae*, Capogrossi Colognesi afronta la cuestión en los siguientes términos “...sembrerebbe che, in tema di vie pubbliche, ci troviamo di fronte a un processo volto ad allargare nel corso del secondo secolo y requisiti di tali figure”. Esta afirmación supone, como el mismo reconoce, un alejamiento de la ya mencionada por nosotros teoría de Vasalli,²⁷ en la que se ponía de relieve la evolución que este autor advertía respecto al concepto de las *res publicae*, señalando que el adjetivo *publicus* había experimentado una evolución en la época de los severos, de forma que el término permanece exclusivamente con la finalidad de calificar las cosas destinadas al uso público (a diferencia de la época anterior que contemplaba también las cosas *in patrimonio populi*). Y, además, significa una confirmación de la exactitud de la crítica de Orestano²⁸ a la tesis de Vasalli, lo que supone una inicial toma de posición ya compartida por nosotros en otro trabajo.²⁹ En este sentido, cabría recordar que a juicio de Orestano, “non si tratta della successione nel tempo di una concezione più recente rispetto ad una più risalente ma di due concezioni che coesistono *ab antiquo*, per cui certe relazioni erano viste e risolte in un modo diverso da quello che portava ad imputare certe altre al *populus* come *soggetto*”.

Para finalizar, cabría decir que las diferentes disposiciones que encontramos en las fuentes jurídicas, a las que ya nos hemos referido en líneas precedentes, no se limitan a destacar la importancia de uso general de las vías públicas, sino que reflejan un andamiaje perfectamente trazado para permitir en todo momento que la utilización de las mismas se pueda realizar en las mejores condiciones, y a su vez, permiten que no existan lagunas dispositivas que impliquen o favorezcan su deterioro, otorgando una gran relevancia a cualquier ciudadano que se proponga contribuir a su reparación —ajustándose a los límites establecidos, es decir, que la reparación no suponga una excusa que pueda ocasionar el deterioro de las mismas— sin que se vea perturbado por cualquier tipo de violencia que le impida realizar las actividades propias que le permitan abrir o reparar la vía pública o camino público: ...*Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter*

²⁷ VASALLI, “Sull rapporto tra le res publicae e le res fiscales”, Studi Senesi XXV, 1908, (Studi Giuridici II, Milán, 1960), pp. 3 y ss.

²⁸ ORESTANO, “Il problema delle persone giuridiche in diritto romano”, Torino 1968, p. 300.

²⁹ Cfr. ALBURQUERQUE, “Perfil de la orden interdictal *ne quid in loco publico fiat* (que nada se haga en lugar público, D43.8.2.pr.)”, en Derecho y Opinión, Núm. 5, Universidad de Córdoba, pp. 150 y ss.

*deterius fiat, vim fieri veto.*³⁰ En nuestra opinión, por lo que hemos podido observar, las diferentes observaciones arriba referidas no están privadas de base. A este propósito, y antes de concluir el tema en cuestión, nos parece útil recordar que muchas de las facultades expectantes a los ciudadanos sobre las cosas públicas no están subordinadas a la actuación previa de los órganos competentes, pero si están condicionadas expresa o tácitamente las posibilidades de su ejercicio a la utilidad pública, con objeto de impedir aquellas actividades que puedan menoscabar el uso general de los bienes de dominio público.

CONTRATOS VÍA INTERNET: LA IMPORTANCIA DEL MANEJO DE RIESGOS

CLARA LUZ ALVAREZ GONZALEZ DE CASTILLA

SUMARIO: Introducción. I. Conceptos Claves y participantes. II. Comprenderiendo la Evolución del e-Business. III. Importancia del Manejo de Riesgos para los Contratos vía Internet. IV. Recomendaciones Fuentes de Información y Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La Revolución Electrónica concede muy poco tiempo para fases de pruebas y períodos de evaluación. Por lo tanto, el manejo de riesgos del e-Business toma un papel preponderante. Manejar los riesgos del e-Business necesariamente debe considerar las implicaciones legales, especialmente la diversidad de leyes (o inexistencia de regulación), los cambios constantes en las disposiciones legales, las nuevas preocupaciones legales, restricciones de jurisdicción y derecho aplicable, la evolución de casos precedentes por los tribunales y la evolución de tecnología. El manejo de riesgos del e-Business es responsabilidad de los funcionarios de más alto nivel y también de los abogados que proporcionan asesoría legal.

e-Business es una nueva filosofía de negocios que está transformando el mundo mediante el uso del Internet, que permite a las personas cubrir muchos mercados, reducir los gastos e incrementar las ganancias. Los clientes consiguen los beneficios de la Revolución del e-Business al poder comprar los productos a nivel mundial, escoger lo mejor desde un punto de vista costo-beneficio, y con una disponibilidad de la información de 24x7 sin limitación de territorio, ni de idioma.

Los contratos vía Internet son una consecuencia directa del e-Business. La

³⁰ D.43.11.1pr. (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum*).

