

PROLEGOMENOS AL ESTUDIO DE LOS INTERDICTOS UTILES

SUMARIO: I. Introducción. II. *Status quaestionis*: § 1. Criterio filológico. § 2. Criterio procesal. § 3. Criterio dogmático. III. Teoría unitaria de K. A. Schmidt.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez despejado el tema de las *exceptiones utiles* en el Derecho romano clásico¹, nuestro objetivo inmediato es abordar el de los *utilia interdicta* en la misma época del Derecho romano. El interés de la indagación viene determinado, no sólo por la relación temática con las *actiones utiles*² y las *exceptiones utiles*, sino también por la poca bibliografía monográfica existente sobre los *utilia interdicta*. En efecto, desde aquel primer punto de vista, nuestro objetivo se hace necesario antes de llegar a unas conclusiones generales sobre la calificación de «útil» en los tres expedientes procesales, para poder establecer dos extremos fundamentales de dicha categoría procesal: i) si dicha categoría existe realmente en los tres recursos, y ii) si, de existir en los tres —o en los que exista—, la denominación de «útil» es homogénea o heterogénea en su significado técnico-jurídico. Por otra parte, si, como dice Adame Goddard³ «en los últimos 75 años poco se ha escrito acerca del procedi-

1. Vid. F. BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones» llamadas «utiles»*, en *AHDE*. 50 (1980) 669 ss.

2. Respecto a las *actiones* de esta categoría, vid. E. VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974), y R. SOTTY, *Recherche sur les «utiles actions»*. *La notion d'action utile en droit romain classique*, Tesis doctoral (Clermont 1977), y *Les actions qualifiées d'«utiles» en droit classique*, en *Labeo* 25 (1979) 139 ss.

3. Vid. J. ADAME GODDARD, *El procedimiento «ex interdicto» en el derecho romano clásico*, en *Rev. Invest. Jur.*, México 2 (1978) 255.

miento concerniente a los interdictos del Derecho romano», mucho menos se ha escrito sobre la subespecie de los *utilia interdicta*, salvo de forma fragmentaria. En efecto, desde el punto de vista bibliográfico, sólo encontramos una teoría unitaria de los *utilia interdicta* en Karl Adolf Schmidt, en su paradigmática obra sobre los interdictos; obra que data de 1853⁴. Desde ese entonces hasta nuestros días, la romanística posterior ha venido repitiendo cansinamente las brillantes pero limitadas conclusiones a que llegó aquel sagaz autor a propósito de los *utilia interdicta*. La monumental obra de Glück asume aquella teoría unitaria de Schmidt sobre esta categoría de *interdicta*⁵. Lo mismo ocurre en las reconstrucciones del Edicto Perpetuo de Rudorff⁶ y de Lenel⁷. En los abundantísimos estudios concretos sobre determinados interdictos o a propósito de instituciones tuteladas por categorías específicas de los mismos, los autores hacen referencia a la subespecie del *interdictum utile* correspondiente —si viene indicado en las fuentes—, aceptando sin más su existencia y a partir de aquellas conclusiones de Schmidt.

Dada la unidad temática de ambas investigaciones, es decir, la de las *exceptiones utiles* y la de los *utilia interdicta*, es conveniente recordar las observaciones previas que hicimos a propósito de aquéllas —a partir de lo que también se observa en las *actiones utiles*⁸—, y ahora igualmente va-

4. K. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung* (Leipzig 1853; reimpr. inalterada fotomecánica de la edición original de 1853, Leipzig 1970).

5. Cfr. F. GLUECK, *Commentario alle Pandette*, Lib. 43-44. Partes 1.^a y 2.^a Cont. de A. Ubbelohde, trad. de V. Pouchain (Milano 1899) pp. 21 ss.

6. A. F. RUDORFF, *EP*, pp. 203 a 237.

7. LENEL, *EP*, pp. 446 a 500.

8. Referente a dicha unidad temática, obsérvese lo que dice, a propósito de los tres recursos calificados como «útiles», el *VIR. s.v. utilis* col. 1590 ss. l. 26 s., sub 3: *Actiones, exceptiones, interdicta, iudicia: Alia similia vocantur utilia, quae quamquam proprie (directo) admitti non possunt, tamen ad exemplum aliorum benigna interpretatione seu fictione accomodatur*. Y sobre los dos últimos (*actiones utiles e interdicta utilia*), BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadelfia 1953) *s.v. utilis*, p. 756: «In a technical sense the adjective is used in the following connections: *annus*

lederas para los *utilia interdicta*. Así, la conveniencia de distinguir el adjetivo *utilis* en sentido técnico-jurídico, es decir, en sentido atributivo, del sentido no-técnico, de mera utilidad, conveniencia, eficacia, ventaja o, *sensu contrario*, de no ser *inanis, inutilis*⁹ el ejercicio de un expediente procesal —en esta ocasión el *interdictum*— que, sin tener una calificación especial, podrá ejercitarse eficazmente, es decir, el adjetivo *utilis* en función predicativa¹⁰, o en su función de superlativo *utilissimum*¹¹. Adjetivo predicativo o superlativo que sería sustituible perfectamente por el adverbio *utiliter* (= útilmente, ventajosamente, con provecho)¹². A propósito de este adverbio Berger¹³ sostiene que el verbo *agere* acompañado del adverbio *utiliter* puede significar: i) litigar con éxito, eficazmente y, en este sentido, según el autor, sería sinónimo de *utiliter experiri, petere, intendere*, o ii) litigar con una *actio utilis*, y remite también a los *utilia interdicta*. Es evidente que, a pesar del *agere* de nuestro texto (D. 11,7,43), el *utiliter* está en su estricta función adverbial y no podemos más que darle el primer significado que indica Berger, no el segundo. En este mismo sentido, aunque mucho más complejo, tenemos D. 8,6,25¹⁴. En este pasaje,

utilis, dies utiles, tempus utile, impensae utiles, actiones utiles, interdicta utilia».

9. Su correspondiente adjetivo antónimo, tal como aparece en D. 43, 19,1,11 (Ulp. 70 *ad ed.*): *...inutile esset interdictum...*; D. 43,19,3,2 (Ulp. 70 *ad ed.*); *...interdictum ei inutile est...*, y D. 43,19,7 (Cels. 25 *dig.*); *...inutile est ei interdictum de itinere actuque...*

10. Por ejemplo, como aparece en Gai. 4,144: *Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est... interdictum utile esse*.

11. Como en D. 43,21,1,1 (Ulp. 70 *ad ed.*): *Hoc interdictum utilissimum est...*

12. Cfr. por ejemplo, D. 11,7,43 (Pap. 8 *quaest.*): *...interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt... utiliter interdicto, qui de iure domini quaeritur, aget...*

13. BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit., *s.v. utiliter*, p. 756.

14. D.8,6,25 (Paul 5 *sent.*): *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit*. Este texto se toma íntegramente para las PS. 5,6,8⁴; cfr. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani II* (Berolini 1878) p. 116.

el *utiliter*, como adverbio pura y simplemente considerado, podría calificar al *interdictum* y a la *actio*, pero en tal caso decir que «no compete útilmente, eficazmente, ni el interdicto ni la *actio*» sería un giro absurdo. En efecto, cuando un recurso procesal no procede no se suele decir que «útilmente no proceda»; simplemente «no procede» o se dice que es «inútil» — *inutilis*¹⁵. Otra posibilidad sería la de considerar, como hace Beseler¹⁶, que en el texto, el *utiliter* sólo califica a la *actio*, ya que el compilador estaría pensando en una *actio utilis*. Solución que no acepta Beseler para el derecho clásico ya que «Der Kompilatoren meint die *utilis actio*, die byzantinischen Rechte das Interdikt vertritt»¹⁷. En el mismo sentido de Beseler de rechazar una *actio utilis* en el texto, S. Solazzi¹⁸, y E. Valiño¹⁹. Aunque este último autor admite como posible que el fragmento originario se hubiese referido a *nec interdictum utile*, que un compilador poco experto habría transformado en *utiliter*, añadiendo que tampoco debía darse una acción, de acuerdo con las ideas ya conocidas de los justinianos de subsumir los *interdicta* en las *acciones*. En ese caso, entonces, el *utilis* sólo calificaría a la *actio*, pues de calificar también al *interdictum*, el pasaje debería estar redactado así: *nec utile interdictum nec utilis actio competit*. Igualmente, así como en algunas ocasiones el adjetivo *utilis*, en su sentido técnico-jurídico, se omite respecto a *acciones* de esta clase o, como ocurre en otras, hace referencia al procedimiento cognitorio, así también existen las mismas posibilidades para los *utilia interdicta*. Más aún: en tema específico de *interdicta* se puede presentar el caso —por confusión justiniana— que el sustantivo <*interdictum*> esté interpolado por [*actio*] y aparezca acompañado por el adjetivo *utilis*, ya sea en sentido predicativo, ya en el pretendidamente técnico,

15. Cfr. *supra* n. 9.

16. BESELER, *Beiträge* IV (Tübingen 1920) pp. 86 s.

17. Cfr. BESELER, *Beiträge* IV cit., p. 87. Por ello reconstruye el texto así (p. 86): [*nec interdictum <ei non> [nec actio utiliter] competit*].

18. S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (Napoli 1949) p. 91.

19. E. VALIÑO, *Acciones útiles* cit., p. 394 n. 3.

como atributivo²⁰. Por otra parte, no creemos, como sostienen Schmidt²¹ y Keller²², que en los *utilia interdicta* la denominación de *utile* esté en antítesis de *directum*, pues en las fuentes nunca aparece la denominación de *interdictum directum*, como sí ocurre, en cambio, con las *acciones*, a pesar de que otros autores utilizan convencionalmente aquel modo de expresión²³. A este propósito y tangencialmente,

20. Sobre la tendencia justiniana a subsumir los interdictos en *acciones útiles*, vid. P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien* (Paris 1947) lib. IV, cap. II, section I. *Assimilation de interdictum et actio*, pp. 483 y ss.

21. Cfr. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 13 y n. 1: «Wenn sich die theoretische, auch von den *actiones* verhältnissmäßig felten gebrauchte Bezeichnung *interdictum* nicht findet, so ist das offenbar nur zufällig».

22. Cfr. KELLER, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen* (Aalen 1966) 6.ª ed., p. 470 y n. 127 (sic = 1127): «Endlich findet das *Utile* neben dem *Directum* auch bei den Interdikten...», y señala como casos de *utilia interdicta* los siguientes: D. 43,8,2,6/8/39; D. 43,12,1,12; D. 43,14,1,7; D. 43,32,1,3, y FV. 90.

23. Así BERGER, *RE*. IX 2 (1916) *s.v. interdictum*, sub 8. *interdicta utilia* col. 1623 s.: «Das Gegenstück zu den *i. utilia* bilden die *i. directa*, doch ist die Bezeichnung als quellenfremd zu vermeiden. Der Gegensatz basiert auf demselben Gesichtspunkte, der der Unterscheidung *actiones directae-utiles* zugrunde liegt...»; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* I/II (Paris 1947-1954); 2.ª reimp. de la 5.ª y 6.ª ed. (Aalen 1977) I, p. 444: «Sous Justinien, l'usufruitier, qualifié de *possessor naturalis*, a droit, en cette qualité, aux interdits possessoires directs»; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969) p. 178: «Nelle fonti post-classiche e giustiniane, i cui testi hanno subito rimaneggiamenti, si avverte una chiara trasformazione; se da un lato la obliterazione dei confini tra *interdictum* diretto e *utile* potrebbe aprire uno spiraglio verso la considerazione dell'usufruttuario come possessore della cosa, dall'altro lato un più sottile lavoro, frutto di elaborazione delle scuole orientali, viene a individuare come oggetto di *quasi possessio*, anzi di vera e propria *possessio*, lo stesso usufrutto come *ius*, nel senso che l'attività corrispondente all'esercizio del diritto è *possessio* di esso»; LENEL, *Das interdictum quod legatorum utile* (*Miszellen*), en *SZ*. 52 (1932) 282: «Wie das interd. UP. *directum*»; M. KASER, *RPR*. II² (München 1975) 256: «Sie fliesst, indem der Unterschied zwischen dem *interdictum directum* und dem *utile* ausserhalb des Formularprozesses verblasst, mit dem regelmässigen Sachbesitz zusammen», y p. 305: «Der Niessbraucher wird als Rechtsbesitzer aufgefasst, aber offenbar zugleich auch als Sachbesitzer, weil er nach dem Wegfall der Unterscheidung zwischen *interdictum directum* und *utile* die regelmässigen Besitzklagen des Sachbesitzers erhält». Recientemente, F. SAMPER, *Derecho Romano* (Pamplona 1983) p. 129, ha pretendido dar una interpretación mucho más amplia a esta antítesis con-

igualmente resulta dudosa la categoría convencional de *interdictum primum* como antitético de *interdictum secundarium* —éste avalado en las fuentes: Gai. 4,170—, y que emplea y acepta algún sector de la doctrina²⁴. Por último, también debemos tener en cuenta que, así como los compiladores usan indistintamente las expresiones *utilis e in factum* para referirse a las *acciones* de una y otra clase²⁵, no ocurre lo mismo con los *utilia interdicta* ya que en las fuentes no aparece el término *in factum* aplicado a interdictos²⁶.

convencional de *interdictum directum* — *interdictum utile*, al decir que «...cabe agregar a esta posesión interdictal —que se puede denominar 'directa'— otra que se podría calificar de 'útil', que está protegida por interdictos creados a imitación de los 'directos' y se refiere a situaciones que se configuran más bien dentro de la noción clásica de *usus*: así los interdictos *quem fundum* y de *superficiebus*». En contra del empleo convencional de la expresión *interdictum directum*, F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1954) p. 64: «*Interdictum utile* is the classical term for an interdict framed after the model of another, the original interdict. For the latter there is no special name, the terms *interdictum directum*, *interdictum vulgare* not occurring in classical writings. *Interdictum in factum* is not used as a substitute for *interdictum utile*». Sobre *interdictum vulgare*, empleado también convencionalmente, vid. LENEL, *EP.*³ § 245, 2. *de vi armata*, p. 467 n. 4 y p. 468. También rechaza el empleo convencional de *interdictum directum*, U. ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano I* (Madrid 1955) p. 518 n. 577, por no acomodarse a las fuentes dicha designación. Pero este autor adopta otro término, también convencional, el de *interdictum originarium*, cfr. *infra* II § 2 y nn. 57 y 58. Ultimamente parece rechazar el empleo del mencionado término —*interdictum directum*—, incluso convencionalmente, el mismo BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit., s.v. *interdictum*, p. 509: «...the term *interdictum directum* is not to be found in the sources».

24. Cfr. F. GLUECK, *Commentario alle Pandette*, Lib. 43 — 44 cit., p. 222: «L'espressione *interdictum primum*, per quanto io so, non ci è stata tramandata in nessun luogo, ma non può trovare obiezioni come naturale contrapposto all'espressione *interdictum secundarium*», y E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts II* (Aalen 1970 reimp.) cap. XVII: *Die Interdikte*, pp. 51 y ss., concretamente en pp. 53 ss. n. 5.

25. Cfr. A. d'ORS, *DPR.*⁵ (Pamplona 1983) 125 s. n. 3, y E. VALIÑO, *Actiones utiles* cit., p. 24.

26. Así como también aparecen *utilis e in factum* para calificar a las *exceptiones*. Las primeras —*exceptiones utiles*—, las hemos desechado no sólo como no-clásicas sino también como de muy dudosa existencia en el derecho romano postclásico cfr. F. BETANCOURT, *Sobre las «exceptiones» llamadas «utiles»* cit., pp. 717 ss. Objeto por nuestra parte de un futuro estudio será el de las *exceptiones in factum*.

II. «STATUS QUAESTIONIS»

En el tema que nos ocupa ahora —como en el de las *exceptiones utiles*— la doctrina romanística ha tendido a ver en los *utilia interdicta* el mismo mecanismo que se observa en las *acciones utiles*, es decir, un *interdictum* que el Pretor extiende a casos nuevos²⁷. Sin embargo, en ningún caso la doctrina ha sostenido que en los *utilia interdicta* se recurra a la ficción²⁸, elemento típico de las *acciones utiles* según E. Valiño, ya que ésta es incompatible con la situación de apariencia jurídica que tutela el *interdictum*, y aquélla, es decir, la ficción, presupone necesariamente un obstáculo del *ius civile* que debe ser evitado por la jurisdicción pretoria, pero la materia interdictal se contempla toda ella por el Pretor, no por el *ius civile*. Por tanto, en tema de interdictos y ante un nuevo supuesto de hecho le resultaba más práctico al Pretor dar un interdicto —como ocurre en las acciones *in factum* que, según el mismo Valiño, no toleran ficciones, porque no las necesitan, o como en el caso del *interdictum repentinum*²⁹— sin necesidad de recurrir a la ficción, pues aquí no había ningún obstáculo del *ius civile* que superar.

27. Así, BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit., s.v. *interdicta utilia*, p. 509, sostiene que «The *interdicta utilia* are a creation analogous to *acciones utiles*...».

28. Excepto, recientemente, E. VALIÑO, *Instituciones de derecho privado romano* (Valencia 1978 [cubierta], 1977 [portada]) p. 283: «También dispone el usufructuario de otros medios judiciales cuando es perturbado en el ejercicio de sus facultades, como son los interdictos *uti possidetis* y *unde vi*, con la ficción de que él es poseedor de los objetos». La ficción, de haberse dado (como parece suponer Valiño) no habría sido en la apariencia del hecho posesorio (que es cierto no se puede fingir como se fingen otros hechos), sino en la cualidad de la *possessio* en sentido técnico. En todo caso, no haría falta ficción en el *utrubi*, por no figurar en ese interdicto la palabra *possessio* / *possidere*. Otra posibilidad de ficción sería en la *a. ex interdicto*.

29. Seguramente esta modalidad de interdicto —por cierto, no muy abundante en las fuentes— no tendría ninguna analogía con los interdictos previstos en el Edicto. En este sentido, cfr. últimamente, J. L. MURGA, *Derecho Romano Clásico II. El Proceso* (Zaragoza 1980) p. 357.

En aquella *communis opinio* se ha confirmado, hasta el presente, la romanística crítica, introduciendo alguno que otro matiz, pero admitiendo, en todo caso, la existencia de dicha subespecie de *interdicta*. A dicha doctrina común se ha llegado a partir de tres criterios fundamentales, que, a la hora de abordar el tema, no pueden ser pasados por alto: el filológico, el procesal y el dogmático. La bibliografía romanística contemporánea ha contemplado los *utilia interdicta* parcialmente, es decir, desde alguna de esas tres perspectivas, principalmente desde las dos últimas, pero no globalmente desde las tres. En otros términos, nuestro actual objeto de estudio sólo ha sido atendido tangencialmente. Por tanto, en el orden de exposición del *status quaestionis* dejaremos para el último lugar la presentación del pensamiento de K. A. Schmidt en el cual coinciden las tres perspectivas y del cual parten las visiones parciales posteriores.

§ 1. Criterio filológico

H. Heumann y E. Seckel³⁰, en la *sedes materiae* correspondiente a la voz *interdictum*, no hacen referencia al *interdictum utile*, pero en otro lugar de su obra³¹, sin dar un concepto del mismo, consignan como testimonios de tales *utilia interdicta* los siguientes textos: D. 43,8,2,6; D. 43,8,2,39; D. 43,16,1,20; D. 43,17,3,5; D. 43,19,1,11; D. 43,19,3,5; D. 43,20,1,35; D. 43,24,11,[20?], <10>; D. 43,24,22 pr., y D. 39,3,25: *utilem actionem vel interdictum competere*³², y respecto al cual los autores dudan de su claridad. Naturalmente, no podían dejar de indicar estos autores el caso —o los casos— de FV. 90³³ respecto a los interdictos *uti possidetis utile* y *unde vi utile* del usufructuario. Por otra parte, también creen detectar *interdicta utilia* en los supuestos de D.

30. H. HEUMANN y E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Graz 1971) 11.ª ed., s.v. *interdictum*, p. 279.

31. H. HEUMANN y E. SECKEL, s.v. *utilis*, sub 3. *utile interdictum*, p. 608.

32. H. HEUMANN y E. SECKEL, s.v. *utilis*, sub 5 a, p. 609.

33. H. HEUMANN y E. SECKEL, s.v. *utilis*, sub 5 b, p. 610.

43,18,1,9 *in fine*: *interdictum de his (servitutibus praetoris iure constitutis) utile [competit] <redditur?>*; D. 43,12,1,12: *non esse iniquum... utile interdictum [competere] <reddi?>*, y D. 42,8,10,10: *utilem [actionem] <interdictum> [competere] <reddendum esse?>*, considerando que *reddere* es el término que delata dicha subespecie interdictal. Esta última opinión la comparten Albertario³⁴ y Segrè³⁵. Contra ella se pronuncia Steinwenter³⁶ por ser insuficiente, para este autor, dicho argumento lingüístico³⁷.

En esta misma línea filológica y siguiendo a P. Krüger, Berger³⁸ señala que este autor ya había detectado, en la última edición del Digesto revisada por aquél en 1908 y correspondiente a la 11.ª edición, en los textos que parecen tratar de *utilia interdicta*, limitándonos a aquellos en los cuales aparece el término *utile*, la sustitución del verbo *dare* por *competere*, lo cual no dejaría de ser una confusión Justiniana. En efecto, para Krüger, un recurso pretorio como lo es éste del *interdictum* no «compete» al legitimado activamente, sino que discrecionalmente lo «da» el Pretor —conforme a la más elegante terminología clásica—, a diferencia

34. E. ALBERTARIO, *Actiones e interdicta*, en *Studi di diritto romano IV, Eredità e processo* (Milano 1946) p. 117s.

35. G. SEGRÈ, *Scritti giuridici I* (Cortona 1930) p. 255.

36. A. STEINWENTER, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie. Das Recht der kaiserliche Konstitutionen*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento II* (Napoli 1953) p. 176.

37. En efecto, agregamos nosotros, el mismo H. HEUMANN y E. SECKEL, *Handlexikon*¹¹, s.v. *reddere*, sub 2. *interdictum*, p. 496, nos remite a D. 50,16,94 (Cels. dig.): *Verbum 'reddendi' quamquam significatum habet retro dandi, recipit tamen et per se dandi significationem* (= D. 31,21 *in fine*) y nos da supuestos donde aparece el giro *reddere interdictum* sin que se sostenga ni se haya sostenido por la doctrina que sean casos de *utilia interdicta*. Así, D. 39,1,17; D. 39,2,7,2 (cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la 'cautio damni infecti' en el derecho romano clásico*, en AHDE. 45 [1975] 58 ss. y p. 59 n. 4, sobre la naturaleza jurídica de este *interdictum de ruderibus tollendis*, como le denominamos siguiendo a la Glosa); D. 43,1,4; D. 43,16,4; D. 43,17,1,4; D. 43,1,2/10, y D. 47,7,11. Cfr. para todos estos pasajes *Index Interp. ad leg.* Vid. también sobre *reddere interdictum*, Gai. 4,162/170, y PS. 5,6,1/10.

38. BERGER, RE. IX 2 (1916) s.v. *interdictum*, sub 8. *Interdicta utilia*, col. 1624.

de las *actiones civiles* que sí «competen» al legitimado activamente. Basándose en este indicio lingüístico, Berger³⁹ señala como casos de *utilia interdicta*, los siguientes: D. 43, 3,1,8; D. 43,5,5; D. 43,8,2,6; D. 43,8,2,39; D. 43,12,1,12; D. 43,12,1,17; D. 43,14,1,7; D. 43,16,1,20; D. 43,16,1,43; D. 43, 18,1,9; D. 43,20,1,35; D. 43,21,3,6; D. 43,24,15,5; D. 43,32,1,3; D. 8,6,25⁴⁰; D. 43,14,1,9; D. 43,19,3,5; D. 43,19,3,6, y, siguiendo a Beseler, D. 43,16,3,16⁴¹, y D. 43,20,1,26⁴². No vamos a entrar aquí en este tema de la imprecisión del lenguaje justiniano a propósito del *dare* y del *competere* que, ya antes de la última edición del Digesto revisada por Krüger (1908), y a propósito de la *actiones utiles*, había sido denunciada por este autor⁴³, a quien sigue Berger. Nos limitaremos, por ahora, a anotar lo siguiente: si, como dicen estos autores —y la doctrina acepta generalmente—, los compiladores introducen esta sustitución de verbos a propósito de los *utilia interdicta*, no nos explicamos por qué también el *competere* aparece a propósito de *interdicta* que no son calificados como *utilia*, ni por las fuentes ni por la doctrina, en multitud de textos⁴⁴.

39. BERGER, RE. IX 2 (1916) *s.v. interdictum*, sub 8. *Interdicta utilia*, col. 1624.

40. Cfr. *supra* n. 14.

41. BESELER, *Beiträge* I (Tübingen 1910) p. 100.

42. BESELER, *Beiträge* III (Tübingen 1913) p. 61.

43. P. KRUEGER, *Ueber 'dare actionem' und 'actionem competere' in der justinianischen Compilation*, en SZ. 16 (1895) 1 ss.

44. Excepto, según KRUEGER, *ad leg.*, D. 43,3,1,8, a propósito del *interdictum quod legatorum*; D. 43,16,3,13, a propósito del *interdictum unde vi*, y, por su parte, LENEL, *Paling.* II col. 822 n. 5, añade D. 41,2,12 pr., a propósito del *interdictum uti possidetis*; y *Paling.* II col. 829 n. 2, D. 43,20,1,27, a propósito del *interdictum de aqua cottidiana et aestiva*. Los otros textos son los siguientes: D. 7,4,6; D. 8,5,4,6; D. 10,3,7,5; D. 10,4,3,8; D. 11,7,8,5; D. 11,8,1,2; D. 39,1,20,6; D. 39,1,20,8; D. 39,1,20,12; D. 39,1,20,16; D. 39,2, 13,10; D. 39,3,2,5; D. 39,3,2,2; D. 43,1,1 pr.; D. 43,1,2,2; D. 43,1,2,3; D. 43,3,1,9; D. 43,3,1,15; D. 43,3,2,4; D. 43,5,1,1; D. 43,5,3,16; D. 43,5,4; D. 43,6,1,1; D. 43,8,2,14; D. 43,13,1,9; D. 43,13,1,10; D. 43,16,1,16; D. 43, 16,1,22; D. 43,16,1,23; D. 43,16,1,44; D. 43,16,1,45; D. 43,16,3,16; D. 43, 16,3,17; D. 43,16,12; D. 43,17,3,1; D. 43,17,3,3; D. 43,19,3 pr.; D. 43,19,3,4; D. 43,20,1,21; D. 43,20,1,25; D. 43,20,1,26; D. 43,21,3,5; D. 43,21,3,10; D. 43,22,1,4; D. 43,22,1,10; D. 43,23,1,12; D. 43,24,5,5; D. 43,24,5,6; D. 43,24,7,1; D. 43,24,7,2; D. 43,24,11,8; D. 43,24,11,12; D. 43,24,11,14; D. 43,24,13,3;

§ 2. Criterio procesal

Sostiene Berger⁴⁵ que los *utilia interdicta* dependen de la extensión de los interdictos propuestos en el Edicto, aunque aquellos mismos no sean edictales. Extensión que se realiza mediante la modificación de las fórmulas interdictales correspondientes⁴⁶. Dicha modificación puede versar: i) sobre la legitimación activa o pasiva; ii) sobre la cosa que se pretende tutelar con el interdicto o, finalmente iii) sobre el supuesto de hecho nuevo que se trata de proteger⁴⁷. Sagaz-

D. 43,24,13,4; D. 43,24,13,5; D. 43, 24,13,6; D. 43,24,16 pr.; D. 43,24,16,1; D. 43,24,20,5; D. 43,26,2,2; D. 43,26,8 pr.; D. 43,26,8,7; D. 43,27,1,4; D. 43,29,3,9; D. 43,29,3,9; D. 43,30,1,1; D. 43,30,3,2; D. 43,30,3,3; D. 43,31,1,1, y D. 47,10,14; cfr. *VIR. s.v. competo*, col. 845 l. 37 ss., sub *interdictum*, col. 846 l. 39 ss. Por otra parte, el *VIR. s.v. utilis*, col. 1591 l. 43, se pregunta si el giro *utile interdictum competit* no es un tribonianismo.

45. BERGER, RE. IX 2 (1916) *s.v. interdictum*, col. 1609 ss., sub S. *Interdicta utilia* col. 1623 s.

46. BERGER, RE. IX 2 (1916). *s.v. interdictum*, sub. 8. *Interdicta utilia*, col. 1623: «Die Ausdehnung geschieht vermittelst einer entsprechenden Modifizierung des Formulars jenes I., das dem *i. utile* als Vorbild dient».

47. Sobre el objeto de dicha legitimación en los *utilia interdicta*, vuelve a insistir BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit., *s.v. interdicta utilia*, p. 509, al decir que los *utilia interdicta* «...are created by the extension of a normal interdictal formula beyond its limits. Thus a normal interdict becomes available to a larger group of persons and applicable to situations different from those protected by the original *interdictum*». En el mismo sentido se pronuncian S. RICCOBONO, en *NNDI. VIII* (1962) *s.v. interdicta*, p. 792, sub 6. *Interdicta utilia*, p. 794: «Analogamente alle *actiones utiles*, sono quelli che contengono un'estensione di un presupposto formulato nell'editto sia in riferimento alla persona, che viene in considerazione come convenuto, sia in riferimento all'oggetto, alla protezione del quale serve l'*interdictum* stesso, sia infine rispetto agli stessi presupposti reali sotto i quali l'*interdictum* di solito vien dato. Esempio notevole di utile è quello concernente l'*interdictum utile* accordato all'usufruttuario (FV. 90, 91)» (cfr. *infra* n. 78). Igualmente, acepta este autor que «Gli *interdicta* utili sono eccezionalmente proposti nell'Editto, così come le azioni utile. Nelle fonti si trovano casi isolati di *interdicta* che nè si possono dire proposti nell'Editto, nè *interdicta* utili». U ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano I* cit., p. 518 y G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del proceso extra ordinem I. Premese di metodo, I considetti remedi pretori* (Bologna 1965) p. 166: «L'interditto utile viene concesso attraverso un'estensione alla nuova fattispecie di rimedi già contemplati nell'editto per situazioni analoghe. Tale estensione av-

mente observa este autor, con base en D. 43,12,1,12⁴⁸, D. 43,14,1,7⁴⁹, D. 43,14,1,9⁵⁰, y D. 43,32,1,3⁵¹, cómo la alteración que se presenta en el *interdictum utile* respecto al edictal a veces es tan fuerte que no se alcanza a ver donde subsiste la alteración misma del *interdictum* edictal básico. Berger se plantea entonces la duda de si la extensión y formación de los *utilia interdicta* es realmente clásica. Según él, por la respuesta afirmativa se presenta el indicio de la frecuente alusión, en los textos que contemplan dicha categoría procesal, a los juristas clásicos (Labeón, entre otros). Todavía más, y para reforzar dicha respuesta afirmativa, se pregunta el autor ¿cómo podrían los compiladores haber realizado dichas alteraciones a los interdictos edictales si para ellos la categoría misma de los *utilia interdicta* sonaría anacrónica? Por último, observa Berger cómo los *utilia interdicta* —justamente como acaece en las *actiones utiles*, según el autor— sólo excepcionalmente están propuestos en el Edicto, sin señalar cuáles concretamente lo estarían y, por tanto, concluye este autor, en su mayoría los *utilia interdicta* serían decretales.

Afirma Berger que la mayoría de los *utilia interdicta* son decretales. A este propósito, Biscardi⁵², sobre la *causae cognitio* pretoria, dice que ésta puede tener como una de sus finalidades la formulación de un «interdetto utile»⁵³, destacando, además, la ya citada interpolación del [*competere*] en lugar del <*dare*>. A esta crítica interpolacionística

viene sulla base di considerazioni equitative che possono riflettere, sia la persona del destinatario della protezione interdittale, sia l'oggetto, sia i presupposti dell'interdetto».

48. Vid. texto *infra* III ii.

49. Vid. texto *infra* III iii.

50. Vid. texto *infra* III iii.

51. Vid. texto *infra* III iv.

52. A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Padova 1938) p. 34.

53. A. BISCARDI, *loc. cit.*, consigna como tales *interdicta utilia* los de los siguientes textos: D. 43,8,26; D. 43,8,2,39; D. 43,12,1,12; D. 43,12,1,17; D. 43,14,1,9; D. 43,14,1,17; D. 43,19,3,7; D. 43,32,1,3; CJ. 8,1,1, y FV. 90/91/92.

se adhiere Luzzatto⁵⁴. En otro sitio, Biscardi⁵⁵ nos ofrece como paradigma de *interdicta utilia* el interdicto *quod legatorum utile* (FV. 90), que sería edictal⁵⁶, y el interdicto *de aqua hiberna utile* (D. 43,20,1,35). Concisamente, pero con gran precisión, U. Alvarez Suárez⁵⁷, al establecer la contraposición entre *interdictum originarium* e *interdictum utile*⁵⁸, sostiene que los primeros son los creados para proteger una determinada y precisa posición, mientras que los segundos son los que se conceden para casos análogos a los previstos en los «originarios». Ello prescindiendo de que ya por razón de las personas, ya por razón de las cosas sobre las que versan, no encaje la nueva situación exactamente en el modelo dibujado por el interdicto «originario». Nos da como ejemplo de *interdictum utile* el que complementaría al edictal *de itinere actuque privato* cuando el titular del fundo dominante, antes de ejercitar el interdicto, vende el fundo, en cuyo caso el comprador dispondría, no del interdicto edictal básico sino del correspondiente *utile interdictum de itinere actuque privato*⁵⁹. Para este autor,, si el *interdictum utile* no estaba ya reconocido en el Edicto, el Pretor podía concederlo en cada caso concreto de modo semejante a las *actiones in factum*. En otros términos, admite la posibilidad de que estos *utilia interdicta* fuesen edictales o decretales. Para Luzzatto⁶⁰, aunque también el *interdictum utile* se concede a través de una extensión del interdicto edictal básico a un nuevo supuesto análogo, sin embargo, diverge en algunos puntos respecto a los autores anteriores. Así, en virtud de que los *utilia interdicta* no son más que extensión de los

54. G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* cit., p. 166, para quien dicha sustitución por los compiladores tendría por objeto eliminar la discrecionalidad del magistrado para conceder o no la protección interdittal. Cfr. *supra*, n. 47.

55. A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit., pp. 53 s. y n. 1.

56. A. BISCARDI, *La protezione interdittale* cit., p. 131.

57. U. ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano I* cit., p. 518 n. 578.

58. Cfr. *supra* n. 23.

59. U. ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de derecho romano I* cit., p. 518 n. 578.

60. G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* cit., p. 166.



edictales, aquéllos también serían edictales⁶¹. Por otra parte, concluye este autor, a pesar de que la existencia de dicha subespecie procesal se corresponde perfectamente con los principios procesales clásicos, sin embargo, duda de su claridad, ya que un buen número de pasajes está manipulado debido a la tendencia compilatoria de subsumir la protección interdictal bajo la subespecie de las *actiones utiles*. A Luzzatto, sigue en todo este tema, G. Melillo⁶². Por último, para M. Kaser⁶³, operaba el *interdictum utile* cuando el Pretor se apartaba de los anunciados en el Edicto para un caso no previsto. Nos da como supuestos de *utilia interdicta* no-edictales («nichtediktale») los siguientes: D. 43,3,1,8; D. 43,4,3 pr./1; D. 43,8,2,39; D. 43,12,1,12/17 *in fine*; D. 43,14,1,1/9; D. 43,15,1,6; D. 43,16,3,15 *in fine*; D. 43,17,4; D. 43,20,1,27; D. 43,20,1,35 *in fine*; D. 43,23,1,8 *in fine*; D. 43,24,11,6⁶⁴, y D. 43,32,1,3. Con base en FV. 90 insiste este autor en el interdicto *uti possidetis utile* del usufructuario señalando, además, que sería edictal⁶⁵. En cambio, para A. d'Ors⁶⁶ «Los interdictos 'útiles' parecen ser decretales y complementarios de otros edictales del mismo tipo (prohibitorios o restitutorios)». En su conocida monografía sobre el proceso interdictal, Gandolfi no se ocupa de los *utilia interdicta*⁶⁷ por considerar que la frase *interdictum utile competere* sólo alude a la admisibilidad de dicho recurso. Por tanto, para este autor, el *utile* en materia interdictal sólo tendría un valor estrictamente predicativo⁶⁸. Por otra parte,

61. G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* cit., p. 167.

62. G. MELILLO, «*Interdicta*» e «*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*», en *Labeo* 12 (1966) 186 n. 25.

63. M. KASER, *ZPR*, p. 321 y n. 35.

64. ¿Auténtico? se pregunta M. KASER, *ZPR*, p. 321 n. 35.

65. M. KASER, *ZPR*, p. 321 n. 35.

66. A. d'ORS, *DPR*⁵, pp. 125 s. n. 3.

67. G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* (Milano 1955) pp. 41 s.

68. Cfr. G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano* cit., p. 43, de la misma forma que la serie de giros que aparecen a propósito de la legitimación procesal en los interdictos, tales como *teneri interdicti*, *recte interdictio conveniri posse*, *interdictum competere*, *interdictum locum habere*, tienen un empleo indiferenciado.

se echa de menos el estudio del interdicto *uti possidetis utile* en las recientes monografías de L. Labruna⁶⁹.

§ 3. Criterio dogmático

Ha sido tema bastante debatido en la romanística si la protección interdictal de las servidumbres puede considerarse como resultado de una aplicación extensiva de la tutela posesoria. Dicha extensión se habría realizado precisamente a través del mecanismo procesal de los *utilia interdicta* en el derecho clásico; mientras que en el derecho post-clásico, una vez elaborada la teoría de la *quasi possessio*⁷⁰, los interdictos «posesorios» se habrían dado como «directos» en aquellas situaciones que, como son las servidumbres reales y personales, no implicaban una verdadera *possessio* en el sentido clásico. Sin embargo, como decíamos arriba, la doctrina romanística se ha mostrado bastante controvertida y cauta en este arduo tema. En efecto, si por una parte, un sector de la doctrina sostiene dicho carácter posesorio, por otro lado, otro sector de la doctrina lo niega. Entre los primeros tenemos autores como R. Sohm⁷¹; R. Monier y

69. L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia* (Camerino 1971) y *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana* (Napoli 1980).

70. Para una exposición general de la teoría de la *quasi possessio* con indicación de toda la bibliografía antigua y moderna cfr. LEIFER, *Possessio, possesor, possidere*, en RE. XXII (1953) col. 831 ss., concretamente apartado IV, col. 851 ss.

71. R. SOHM, *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema*, trad. de la 17.ª ed. corregida por L. Mitteis, trad. de W. Roces (Madrid 1936) p. 305: «Algunas servidumbres hallanse también investidas de protección posesoria por medio de interdictos, sin necesidad de aducir ni justificar el derecho en que se basan; estos interdictos garantizan la posesión jurídica de la servidumbre —la llamada *quasi possessio* o *iuris possessio*—, es decir, el hecho material de su ejercicio —*corpus*—, animado por la intención de disfrutarla como verdadero titular —*animus*—. Concédese esta protección posesoria al usufructuario y al usuario, haciéndoles extensivos en concepto de «útiles», los interdictos que salvaguardan la posesión de la cosa misma, y de ella gozan también el favorecido por una servidumbre de paso, mediante el *interdictum de itinere actuque privato* —siempre que hu-

Arias Ramos^{72, 73}. Entre los segundos, E. Albertario⁷⁴, siguiendo a Perozzi⁷⁵, afirmó el carácter no posesorio de los inter-

biese venido ejercitándola, *nec vi nec clam nec precario ad adversario*, durante treinta días del año anterior—, el poseedor de una servidumbre de acueducto, gracias al *interdictum de aqua*— cuando la ejercitase una vez, al menos, durante el año último, *nec vi nec clam nec precario*—y el de la servidumbre de toma de aguas, por medio del *interdictum de fronte*— con los mismos requisitos del caso anterior».

72. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* I cit., p. 444: «Bien que le nu propriétaire reste juridiquement possesseur, on permet à l'usufruitier, ainsi qu'au titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation, d'exercer, à titre utile, les interdits possessoires, et ce fut là sans doute le point de départ de la théorie post-classique de la quasi-possession qui fit place ensuite à la possession des servitudes. Sous Justinien, l'usufruitier, qualifié de *possessor naturalis*, a droit en cette qualité, aux interdits possessoires directs».

73. Cfr. J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano I. Parte General. Derechos reales* (Madrid 1966) 10.ª ed., p. 38: «Las servidumbres tuvieron también, ya desde antiguo, una protección interdicial. Los interdictos que amparaban las servidumbres son equiparados por Justiniano a los posesorios (*veluti possessorio*), porque, admitiéndose la doctrina de la *quasi possessio* o posesión de derechos, el ejercicio de una servidumbre era considerado como tal. Pero no todos los interdictos tienen carácter posesorio, ya que hay algunos cuya utilización supone la existencia jurídica de la servidumbre, no ya el simple ejercicio de hecho de su contenido. Y, por otra parte, la protección interdicial de las servidumbres es anterior a la doctrina de la posesión de derechos. Por eso se ha llegado a afirmar que la doctrina de la *quasi possessio* de las servidumbres es obra de los compiladores. Los interdictos más importantes eran: el *de itinere actuque privato*, en favor de quien haya utilizado la servidumbre de paso por lo menos treinta días en el año, *nec vi nec clam* y *nec precario*; el *de itinere reficiendo*, para reparar el camino por donde se pasa, interdicto que requería la prueba del derecho de servidumbre; el *de aqua cottidiana et aestiva*, concedido a quien ha ejercitado a diario o en verano el acto de sacar agua del fundo ajeno, sin fuerza, clandestinidad ni precario y de buena fe; el *de cloacis* para la *refectio* y *purgatio* de la cloaca, acordado incluso en casos de ejercicio vicioso de la servidumbre, y los *de rivo* y *fonte reficiendo*, para las reparaciones de acequias y fuentes utilizadas en las servidumbres de aguas. En cuanto a las servidumbres personales, su *quasi possessio* es protegida por los mismos interdictos que la verdadera *possessio*, tanto los *retinendae possessionis* (*utrubi* y *uti possidetis*), como los *recuperandae possessionis* (*unde vi* y *de precario*)».

74. E. ALBERTARIO, *Il possesso delle servitù prediali*, en *Studi di diritto romano* II (Milano 1941) pp. 345 y s. Sobre la teoría de la *quasi possessio* como obra de los compiladores, vid. del mismo autor, *L'origine postclassica del possesso dell'usufrutto*, en *BIDR.* 25 (1912) 465 ss.

75. S. PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, en *Scritti giuridici* II (Milano 1948) p. 236 [= *RISG.* 23 (1897)].

dictos relativos a las servidumbres. Tesis que, insinuada también por Bonfante en su manual⁷⁶, posteriormente confirmó y desarrolló ampliamente en su tratado⁷⁷. Al argumento de Bonfante respecto al derecho real de usufructo y su defensa interdicial, replicó brevemente S. Riccobono⁷⁸. Sin embargo, Bonfante expone su tesis menos radicalmente⁷⁹. Posición similar a la de Bonfante, tiene Solazzi⁸⁰. Por su parte, Gros-

76. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano* (Torino 1946) 10.ª ed., 371: «Le cosiddette servitù personali, per esempio l'usufrutto, sono tuttavia difese mediante gli stesse interdetti del possesso vero e proprio (nel diritto classico estesi utilmente e con formula appositamente foggiate del Pretore), giacchè, sebbene l'usufruttuario o l'usuario abbiano la mera *possessio corporalis* o *naturalis* senza *animus possidendi*, essi si trovano in una posizione di fatto molto analoga a quella del possessore».

77. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano III. Diritti reali* (Milano 1972) p. 156: «La difesa delle servitù è integrata mediante la protezione interdittale, la quale nel diritto giustiniano viene riassunta nel concetto nuovo della *quasi possessio*. All'usufruttuario erano accordati nel diritto classico gli interdetti *uti possidetis* e *unde vi* in via utile. Nel diritto giustiniano gli sono concessi in via diretta e gli è riconosciuto il possesso».

78. S. RICCOBONO, en *NNDI.* VIII (1962) s.v. *interdicta*, p. 792, sub 6. *Interdicta utilia*, p. 794: «L'usufruttuario è considerato dai classici un semplice detentore, tuttavia ha la protezione nell'esercizio del usufrutto come se fosse un possessore del fondo; e non già, come ritengono alcuni (Bonfante), che egli sia protetto con l'*utile interdictum* come possessore del diritto di usufrutto».

79. En efecto, en otro lugar, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano III* cit., p. 451, dice: «Nel diritto romano è riconosciuta la tutela interdittale del esercizio di alcune servitù, la quale tutela nel diritto giustiniano è vagamente riassunta sotto il concetto della tutela possessoria. Tuttavia nello stesso diritto giustiniano il mero esercizio, che rappresenterebbe l'analogia più prossima al possesso, non è mai requisito sufficiente, ma si richiedono condizioni complesse e varie da figura a figura: durata dell'esercizio, assenza di vizi, buona fede, e persino, prova del diritto».

80. S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* cit., p. 137: «Gli interdetti speciali, che tutelavano nell'epoca classica l'esercizio di alcune servitù e riposavano sull'*usus iuris*, hanno per la doctrina giustiniana il loro fondamento nella *possessio iuris*, cioè *servitutis*. Se il concetto della *quasi possessio* rappresenta un vero e proprio anello di congiunzione fra il diritto classico che ignorava il possesso delle servitù prediali e il diritto giustiniano che lo riconosce, non è ben certo. Le tappe successive di un'evoluzione non sono sempre e rigorosamente segnate dai tomeroso brancolamenti della terminologia. Certo e invece che, come nell'età classica agli interdetti delle servitù turbata o impedita quanto ne aveva il mero esercizio di fatto, così all'uno e all'altro giovano nel nuovo diritto gli stessi interdetti che ora

so⁸¹, confirma el concepto de que la protección interdical de las servidumbres no puede considerarse como el resultado de una aplicación extensiva de la tutela posesoria, ni la posesión constituye, en este tema, el modelo sobre el cual se habría planteado la defensa interdical de las servidumbres personales. Respecto a dichas servidumbres personales de usufructo y uso, el autor, en su conocida monografía sobre estos derechos reales⁸², asume la tesis tradicional, de que fue precisamente la tutela interdical posesoria del usufructo y del uso, con los respectivos interdictos *uti possidetis* y *unde vi*, extendidos como *utilia*, la que determinó el concepto de la *quasi possessio*. En otro lugar de esta última monografía vuelve a insistir en ello el autor⁸³. Kaser⁸⁴ se limita a insinuar una analogía de función de los interdictos posesorios y de aquellos relativos a las servidumbres. En fin, para una perspectiva completa sobre la posesión, la *quasi possessio* y los interdictos relativos —tema general que

si consideran possessori». En otro lugar (p. 111), el autor añade textualmente: «Per l'usufrutto bastò prescindere dalla qualità di utili, cioè di adattati all'usufrutto, che avevano all'età classica gli interdetti *uti possidetis* e *unde vi*; ed ecco instaurata una vera e propria difesa posesoria per il titolare dell'usufrutto e conseguentemente per chi ne ha l'esercizio di fatto. Dal qual punto è breve il passo alla metamorfosi della *detentio rei in possessio re* e in *possessio* o *quasi possessio iuris*».

81. G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* cit., pp. 177 ss.

82. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano* (Torino 1958) 2.ª ed., pp. 333 ss.

83. G. GROSSO, *Usufrutto a figure affini nel diritto romano* cit., p. 410, dice textualmente: «Trattando della *quasi possessio rei utendi fruendi causa*, abbiamo già detto come vi fosser estesi *utiliter* l'*interdictum uti possidetis* e l'*interdictum unde vi*, con particolare formulazione editale (Vat. fr. 90, 91); e come nelle fonti giustiniane queste applicazioni vengano confuse e assorbite negli stessi interdetti».

84. M. KASER, *RPR.*, I² (München 1971) 453 y nn. 64 y 65: «Die tatsächliche Ausübung des *uti frui* an Grundstücken wird, wenn sie *nec vi nec clam nec precario* geschieht, gleichgültig ob das Niessbrauchsrecht besteht oder nicht, durch das prohibitorische *interdictum uti possidetis utile*, und das restitutorische, dem *unde vi* entsprechende *si uti frui prohibitus esse dicetur* geschützt»; y en *RPR.* II², pp. 255 s.: «Zwar hatte der Niessbraucher in der klassische Zeit die blosser Detention und war der Besitzinterdikte nur als *utilia* teilhaftig; doch hat ihm eine wohl bereits in die klassik zurückgehende Schuldoktrin eine *quasi possessio* zugestanden».

excede nuestro interés actual— véase la reciente monografía de Capogrossi-Colognesi⁸⁵. Por último, podemos decir que, de manera general, la doctrina romanística, también desde el punto de vista institucional dogmático, acepta la categoría de los *utilia interdicta* para el derecho clásico, e insiste sobre ella a propósito principalmente de los interdictos *uti possidetis* y *unde vi* que se conceden —según esa doctrina— al usufructuario como *utilia*, conforme a *FV.* 90⁸⁶.

III. TEORÍA UNITARIA DE K. A. SCHMIDT

Decíamos en la introducción de este trabajo que sólo disponemos de una teoría unitaria sobre los *utilia interdicta*, elaborada por K. A. Schmidt hace ya más de siglo y tercio

85. L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana* II (Milano 1976), quien dedica todo el cap. VI: *La configurazione dei «iura praediorum» e la tutela processuale*, p. 347 ss., a nuestro tema de interdictos. Respecto a los *utilia interdicta* dice en p. 388: «Per quanto concerne l'usufrutto, noi sappiamo, soprattutto in base a Vat. fr. 90 e 91, che il suo esercizio veniva tutelato mediante un'estensione utile degli interdetti *uti possidetis* e *unde vi*».

86. Véase, por ejemplo, F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana* (Pisa 1886; ed. anastática, Roma 1971) p. 428, y principalmente p. 450 y n. 30: «Trattandosi dell'usufruttuario, come sopra notammo, l'interdetto concesso è interdetto utile con questa formula *quod de his bonis legati nomine possides, quodque uteris fruere quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, uteris, fruere*» (n. 30: «Vat. fragm. § 90. Leg. 4 Dig. *Uti poss.* [D. 43,17,4]. Da quest' ultimo passo forse fu tolta ogni idea d'interdetto utile perchè i compilatori al tempo di Giustiniano accordarono all'usufruttuario gli interdetti senza fare alcuna distinzione»). «Venne pure modificata la formula per colui che pretende non all'usufrutto, ma all'esercizio di una servitù prediale, imperciocchè l'interdetto si concede ugualmente»; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains* (Paris 1928) 2.ª ed., 351 s. y n. 5, y p. 352 y n. 1; P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. C. Longo (Milano 1909) p. 349 y n. 6; H. SIEBER, *Römisches Privatrecht* 1. 2. Band (Leipzig 1928) pp. 151 s., P. JOERS y W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht* (Heidelberg 1949) 3.ª ed., p. 150: «Dem Niessbraucher wurden die possessorische Interdikte *uti possidetis, utrubi* und *unde vi* als *utilia* gewährt»; H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the Study of Roman*

(en 1853). La calificamos de unitaria porque trata en ella de captar los matices que nos ofrecen las fuentes de una manera coherente. En efecto, ya desde el punto de vista meramente lingüístico, destaca cómo a pesar de que en las fuentes la colocación habitual de los términos es la de *utilia interdicta — utile interdictum*, es decir, el adjetivo antepuesto al sustantivo, también se encuentra invertida —*interdictum utile*—, es decir, el adjetivo pospuesto al sustantivo⁸⁷. También observa Schmidt cómo, a veces, el giro *utile interdictum* —al igual que ocurre en las *acciones utiles*—, aparece en su significado no-técnico, es decir, como mero adjetivo predicativo: de tener eficacia un interdicto. En este último sentido, en contraposición a su antónimo correspondiente: *inutile interdictum*⁸⁸. Dado que Schmidt, para su teoría de los *utilia interdicta*, parte de la pretendida analogía de éstos con las *acciones utiles*, establece para aquéllos los dos requisitos que, teniendo en cuenta el estado de conocimientos de su época, eran aplicables a éstas. Dichos requisitos son dos: i) En primer lugar, uno de carácter material, que no sería más que la aplicación de un interdicto pro-

puesto en el Edicto pero excediendo los límites de su supuesto contemplado. Este requisito material, es decir, el exceder los límites de la hipótesis prevista en el interdicto edictal, no sería más que la extensión del interdicto básico (edictal) a un «nuevo» supuesto; «nuevo» precisamente en lo «extendido», pero no en los demás elementos del interdicto básico. Así, pues, Schmidt⁸⁹, con base en las fuentes, sistematiza cuatro modalidades de «extensión»: a) en cuanto a la persona del demandante, es decir, los llamados en general *successores: heres, bonorum possessor* y *emptor*⁹⁰; b) en cuanto a la persona del demandado⁹¹; c) en cuanto al tiempo⁹², y d) en cuanto al objeto⁹³. ii) En segundo lugar, el requisito de carácter formal, en el sentido de que la aplicación de aquel interdicto propuesto en el Edicto a un supuesto que excedía la hipótesis del mismo, se llevaba a cabo mediante la modificación del contenido originario del interdicto a través de una adición. Dicha adición contenía precisamente la alteración del interdicto edictal, es decir, era precisamente la que le daba el carácter de *utile inter-*

Law (London 1954) 2.ª ed., p. 239 n. 3: «In cases where the form set out did not exactly fit, an *interdictum utile* might be granted...», P. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1954) p. 239: «La detenzione dell'usufruttuario è tutelata con gli int. *uti possidetis* e *de vi in via utile*»; W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law* (London 1963) 3.ª ed., p. 737 y nn. 10 y 11: «...there were accessory forms, such as *uti possidetis utile*, for usufruct (D. 43,17,4 y FV. 90) and not doubt *usus*, and the interdict *de superficiebus* (D. 43,18,1 pr.)»; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione* (Torino 1972) 2.ª ed., p. 246; E. VALIÑO, *Instituciones de derecho privado romano* cit., p. 283 (cfr. *supra* n. 28); M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano I. Instituciones* (Madrid 1979) p. 244: «Aunque no se consideraba al usufructuario como poseedor, el Pretor le concede los interdictos posesorios *uti possidetis* y *unde vi*, con carácter de útiles».

87. De esta última forma aparece en D. 43,8,2,8 a propósito del título interdictal *ne quid in loco publico vel itinere fiat*; en D. 43,18,1,9 a propósito del interdicto *de superficiebus*; en D. 43,32,1,3 a propósito del interdicto *de migrando*, y en FV. 90 a propósito de los interdictos *uti possidetis* y *unde vi*.

88. Como aparece en D. 43,17,3,5 a propósito del interdicto *uti possidetis*, y como en D. 43,19,1,11 a propósito del título interdictal *de itinere*; cfr. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 13 n. 2.

89. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 23 n. 16.

90. Como en D. 8,5,2,3 y D. 43,19,3,7-10 a propósito del título interdictal *de itinere actuque privato*.

91. Como en FV. 90, y que Schmidt refiere a *de possidere* o *uti frui* (?), y nosotros al interdicto *quod legatorum*.

92. Como en D. 43,20,1,35/36 a propósito del título interdictal *de aqua cottidiana et aestiva*.

93. Como en D. 43,12,1,17 a propósito del título interdictal *de fluminibus. ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, y que Schmidt refiere a *de flumen publicum aut mare*; en D. 43,8,2,8 a propósito del título interdictal *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, y que Schmidt refiere a *de locus publicus aut mare*; en D. 43,15,1,6 a propósito del interdicto *de ripa munienda*, y que Schmidt refiere a *de ripa fluminis aut ripa lacus, fossae, stagni*; en D. 43,12,1,12/18 a propósito del título interdictal *de fluminibus. ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, y que Schmidt refiere a *de flumina navigabilia aut non navigabilia*; en D. 43,14,1,7 a propósito del título interdictal *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque priore aestate fluxit*, y que Schmidt refiere a *de flumen publicum aut flumen a municipibus conductum*; en D. 43,14,1,7/8 a propósito del interdicto *ut in flumine publico navigare liceat*, y que Schmidt refiere, respectivamente, a *de navigari aut piscari* y *pecus ad flumen appellere*, y en D. 43,32,1,3 a propósito del interdicto *de migrando*, y que Schmidt refiere a *de locatio conductio aut gratuita habitatio*.

dictum. De aquí que, según Schmidt⁹⁴, se presentasen discrepancias jurisprudenciales sobre la procedencia o necesidad de un *utile interdictum* para un supuesto determinado o si, por el contrario, bastaba con el interdicto edictal. Continúa Schmidt señalando que tanto por el requisito material como por el requisito formal, se percibe en las fuentes la designación de *utile interdictum* con un valor equivalente al de la expresión *ad exemplum interdicti dati*⁹⁵. Por tanto, para Schmidt, estos también serían casos de *utilia interdicta*⁹⁶. Sin embargo, el mismo Schmidt, en otro lugar de su obra⁹⁷, y a propósito del interdicto *de superficiebus*⁹⁸, advierte cómo este pasaje no tiene por qué interpretarse en el sentido de un *interdictum utile* sino como una explicación del origen histórico del interdicto *de superficiebus* a partir del interdicto *uti possidetis*.

Sentadas estas fecundas premisas para su estudio de los *utilia interdicta*, pasa Schmidt a verificarlas con base en el análisis de los casos más evidentes proporcionados por las fuentes. Dichas hipótesis las expondremos en el orden de concreción progresiva del Digesto, para terminar con el supuesto que nos da FV. 90.

i) *Título interdictal «ne quid in loco publico vel itinere fiat»: D. 43,8,2,39 (Ulp. 68 ad ed.):*

Unde Ofilius putat, eum, qui pro derelicto reliquit id opus, quod fecit, si viam publicam Unde Ofilius putat eum, qui pro derelicto reliquit id opus, quod fecit, si viam publi-

94. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 14 n. 3.

95. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 14 n. 4, da como ejemplos de esta designación, los casos de CJ. 8,1,1: *...praeses ad exemplum interdictum, quae in albo proposita habet...* y D. 39,5,27 (Pap. 29 quaest.): *...ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur...*

96. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 14 n. 4, en donde lo dice expresamente con relación a D. 39,5,27: «Desgleichen befürwortet Papinian (fr. 27 de donationibus) ein *utile interdictum* mit dieser Bezeichnung (*ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur*)».

97. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 22 n. 12.

98. Concretamente con relación a D. 43,18,1,2 (Ulp. 70 ad ed.): *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto...*

corrupit et reliquit, non teneri hoc interdicto; non enim habet, quod fecit. Sed an in eum actio debeat dari, videamus. Et puto, utile interdictum competere, ut quod in via publica aedificavit, restituat⁹⁹. cam corrupit et reliquit, non teneri hoc interdicto: non enim habet quod fecit. sed an in eum actio debeat dari, videbimus. et puto utile interdictum competere, ut, quod in via publica aedificavit, restituat.

Para Schmidt¹⁰⁰, el jurista Ulpiano trata en este pasaje del *interdictum restitutorium de via publica*, cuya fórmula simplifica el autor de esta forma:

Quod in via publica factum habes, quo ea via deterior sit fiat, restituas.

Ahora bien, según Ulpiano, el jurista Ofilio opinaba que cualquiera que hubiera hecho una obra en la vía pública pero la hubiese abandonado, no quedaba legitimado pasivamente a dicho interdicto restitutorio. Según Schmidt, ello se deduce, no sólo de la fórmula interdictal sino también de los §§ 37 y 38 de D. 43,8,2. Sin embargo, Ulpiano, para este supuesto, cree en la procedencia de un *utile interdictum*, cuyo contenido, según Schmidt¹⁰¹, sería como sigue:

Quod in via publica aedificavisti...

Dentro de este mismo título interdictal, Schmidt¹⁰² trata también el caso de D. 43,8,2,6 (Ulp. 68 ad ed.):

99. Transcribiremos literalmente de su obra —cuando sea necesario— los textos analizados por Schmidt, ya que debemos tener en cuenta la fecha en que el autor estudió dichos textos. Por otra parte, Schmidt, en su monografía no indica la edición de las fuentes. Para D. 43,8,2,39 cfr. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 15 y n. 6, en donde el autor sostiene que las palabras *si viam publicam corrupit et reliquit* son superfluas y casi perturbadoras para la correcta interpretación del pasaje. Para Schmidt quizá se trate de una glosa, igual que podría ocurrir, según el autor, en D. 43,8,2,17 con su parte final: *...debebit — solarium ei imponere; vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur.*

100. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 15.

101. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 16.

102. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 20.

Cum quidam in maeniano immissum haberet, qui vicini luminibus officiebat, utile interdictum competit: 'ne quid in publico immittas qua ex re luminibus Gaii Seii officias'.

Para el autor, en este pasaje, se trataría de un *interdictum utile* en el cual, la variación de la fórmula interdictal consignada en D. 43,8,2 pr., radicaría en sustituir las palabras *qua ex re quid illi damni detur* de dicha fórmula¹⁰³ por las palabras finales de nuestro pasaje: *ne quid in publico immittas, qua ex re luminibus ... officias*. Dicha variación de la fórmula interdictal se produciría a instancia de parte, en este caso del demandante.

ii) *Título interdictal «De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fit, quo peius navigetur»: D. 43,12,1,17 (Ulp. 68 ad ed.):*

Si in mari aliquid fiat, Labeo ait competere tale interdicitum: «ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat».

Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdicitum: 'ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat'.

La fórmula interdictal prohibitoria correspondiente al anterior pasaje viene consignada en D. 43,12,1 pr. (Ulp. 68 ad ed.), y sólo hace alusión a la navegación fluvial en río público. Para la hipótesis de que se haga algo en la mar que pueda entorpecer el uso de un puerto, el estacionamiento o el tránsito de las naves, el jurista Labeón propone un interdicto con las modificaciones correspondientes a la fórmula interdictal edictal: «*ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat*». En otros términos, Labeón sustituye la expresión *flumen publicum ripave eius* por *mare et litus*, y además se añadiría la *statio* y el

103. Fórmula interdictal la de D. 43,8,2 pr. contaminada por la cláusula edictal; cfr. en este sentido X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* (Roma/Madrid 1974) p. 77.

portus para el *iter navigio*, atendiendo a las exigencias de la navegación marítima. Schmidt¹⁰⁴ reconstruye la fórmula interdictal de este interdicto prohibitorio para el caso de la mar, de esta forma:

Ne quid in mari inve litore eius facias,
ne quid in mari inve litore immittas,
quo portus, statio iterve navigio deterius
sit, fiat.

Ahora bien, Schmidt¹⁰⁵ hace depender la naturaleza de este *interdictum* como *utile*, no sólo del contenido, sino también, desde el punto de vista formal del pasaje, de la lectura *utile* en lugar del *tale* que aparece en el texto.

También aquí, como en el caso anterior (i), desarrolla Schmidt¹⁰⁶ otra hipótesis; la consignada en D. 43,12,1,12 (Ulp. 68 ad ed.):

Non autem omne, quod in flumine publico ripave eius fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterius statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdicitum 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 interdicitum competere, ne vis ei fiat, quominus id opus, quod in alveo fluminis ripave eius ita factum sit, ut iter, cursus fluminis deterius sit,

Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterius statio et navigatio fiat. ergo hoc interdicitum 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 interdicitum competere 'ne vis ei fiat quominus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit ut iter cursus fluminis deterius sit fiat, tollere

104. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 16.

105. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 16 n. 7.

106. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 16 y s.

fiat, tollere, demoliri, purgare, restituere viri boni arbitratu possit'.
demoliri purgare restituere viri boni arbitratu possit'.

Advierte Schmidt como los interdictos de la rúbrica interdical («Titelrubrik») *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* tienen la finalidad de favorecer la navegación y de aquí que sean aplicables a los ríos públicos navegables. Sin embargo, nuevamente el jurista Labeón propone un *interdictum utile* (prohibitorio) para el caso de que se haga algo en un río no navegable que lo seque o entorpezca el curso de sus aguas. Con base en las palabras finales de nuestro pasaje, Schmidt¹⁰⁷ reconstruye la fórmula de dicho *interdictum utile* de la siguiente manera:

Quod in alveo fluminis ripave eius factum sive quid in eum alveum ripamve eius immissum habes, quo iter, cursus fluminis deterior sit, fiat, quominus id illi tollere, demoliri, purgare, restituere liceat, vim fieri veto.

Naturalmente, Schmidt reconoce que este *interdictum utile* se aparta completamente del interdicto edictal consignado en D. 43,12,1 pr., y por ello el jurista Labeón habría tratado la hipótesis con tacto.

iii) *Interdicto «ut in flumine publico navigare liceat»:*
D. 43,14,1,7 (Ulp. 68 ad ed.):

Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, ut ile interdicitum competere, Sabinus consensit, ea ita Labeo. Ergo et si a municipibus con-

Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, ut ile interdicitum competere Sabinus consensit: et ita Labeo. ergo et si a municipibus con-

107. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 17.

ductum habeat, aequissimum erit, ob vectigalis favorem eum tueri¹⁰⁸.
ductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.

El interdicto prohibitorio edictal (D. 43,14,1 pr.), cuya fórmula arrastró consigo parte de una cláusula edictal¹⁰⁹, protege la navegación y la carga y descarga en río público y su orilla, respectivamente. Por otra parte, la cláusula edictal extiende esa protección a la navegación en lago (*lacus*), presa (*fossa*) y estanque (*stagnum*) públicos. Ahora bien, la hipótesis prevista en el pasaje de D. 43,14,1,7 es aquella en que un publicano toma en arriendo, de un municipio, la explotación piscícola de un lago o de un estanque, y se le impide pescar allí. Ulpiano, basándose en la autoridad de Sabino y Labeón, concede al publicano un *interdictum utile* prohibitorio. Schmidt reconoce que aquí no se trata de la extensión del interdicto edictal *ut in flumine publico navigare liceat* sino de un interdicto enteramente nuevo¹¹⁰.

También dentro de este título interdical *ut in flumine publico navigare liceat*, considera Schmidt como otro caso

108. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 18. En la edición de la fuente empleada por Schmidt se omite la palabra *interdictum* del final.

109. Cfr. en este sentido X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit., p. 77.

110. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 18 n. 9, consigna, en el mismo sentido que el suyo, la opinión de Unterholzner, aunque éste autor matiza su opinión en el sentido de que para él no se trataría de una extensión del interdicto *ut in flumine publico navigare liceat*, sino del interdicto *de loco publico fruendo* por causa de pesca (D. 47,10,13,7), pero no como un *interdictum utile*, sino como el edictal. En este último sentido, según Schmidt, se pronuncia también Heimbach, que considera superfluo el *utile interdicitum* de nuestro pasaje. Para él el interdicto *de loco publico fruendo* habría tenido un origen judicial más que en la situación de hecho de la defensa de la pesca que, desde antiguo, habría estado protegida por el interdicto *ut in flumine publico navigare liceat*. Por su parte, Schmidt piensa que el interdicto *de loco publico fruendo* daría una protección general; en cambio, el *interdictum utile*, como extensión del interdicto *ut in flumine publico navigare liceat* para el caso del publicano, daría una protección especial más ventajosa.

de *interdictum utile* el que se deriva de la hipótesis prevista en los §§ 8 y 9 de D. 43,14,1 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Si quis velit interdictum tale movere, ut locus deprimatur pecoris appellendi causa, non debet audiri; et ita Mela scribit. § 9. Idem ait, tale interdictum competere ne cui vis fiat, quominus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis appellatur¹¹¹.

Si quis velit interdictum tale movere, ut locus deprimatur pecoris appellendi gratia non debet audiri: et ita Mela scribit. § 9. Idem ait, tale interdictum competere, ne cui vis fiat, quominus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis publici appellatur.

El fundamento de la extensión de este *interdictum utile*, lo encuentra Schmidt en la misma razón por la que el interdicto edictal se le extiende al publicano como *utile* para proteger la explotación pesquera. De la misma manera se le extiende como *utile* el interdicto edictal al pastor para la protección de la industria pecuaria, aunque aquí sin la existencia previa de un vínculo contractual. A diferencia del anterior, donde Schmidt no se atreve a reconstruir una posible fórmula, para esta hipótesis Schmidt¹¹² propone la siguiente:

Quominus illi pecus ad flumen publicum ripamve eius appellere liceat, vim fieri veto.

iv) *Interdicto «de migrando»*: D. 43,32,1,3 (Ulp. 73 *ad ed.*):

Si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei competet¹¹³.

Como es sabido, el inquilino, una vez pagada la renta, dispone del interdicto *de migrando* contra el arrendador que le impide sacar los muebles de la vivienda. Según nues-

111. Obsérvese la variante para las dos versiones respecto a *causa - gratia*, respectivamente, para el § 8, y la ausencia de *publici* para *fluminis* en el § 9 de la versión empleada por Schmidt.

112. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 19.

113. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 19.

to pasaje, cuando se trata de un inquilino gratuito (*precarista*, y quizá también en caso de *habitatio*) el interdicto se le extiende como *utile*, lo cual supone, según Schmidt, una ampliación o variación de la fórmula interdictal. Schmidt, en este caso, no nos ofrece una posible reconstrucción de la fórmula de dicho *interdictum utile*.

Hasta aquí hemos expuesto el análisis de las fuentes hecho por Schmidt y sobre el cual configura un primer concepto de *interdictum utile*: aquel que, basado en un interdicto propuesto en el Edicto, se aplica a un supuesto análogo mediante la modificación necesaria de la fórmula del interdicto edictal y, en algunas ocasiones aquel que se aplica a un supuesto nuevo o distinto del interdicto edictal y, por tanto, mediante creación de una nueva fórmula interdictal, pero que coincide con el interdicto edictal en que tutela el mismo interés de éste.

Ahora bien, el penetrante análisis de Schmidt sobre otras fuentes lleva todavía al autor a establecer un segundo significado de *interdictum utile* de carácter histórico-jurídico.

v) *Título interdictal «de itinere actuque privato»*:
D. 43,19,3,8 (Ulp. 70 *ad ed.*):

Sed et si quis usum fructum emit, vel usum, vel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit¹¹⁴.

Sed et si quis usum fructum emit vel usum vel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit.

Con base en la parte final de D. 43,19,3,2 (Ulp. 70 *ad ed.*):

... nam et Pedius scribit, si vi aut clam aut precario ab eo sit usus, in cuius locum hereditate vel emptione aliove quo iure successi, idem esse dicendum: cum enim successerit quis in locum eorum, aequum non est nos noceri hoc, quod adversus eum non nocuit, in cuius locum successimus.

114. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 20 s. n. 10.

Schmidt sostiene que la cláusula edictal (que no se nos ha conservado) de nuestro interdicto habría dicho expresamente: *inter heredes, emptores et bonorum possessores interdicam*¹¹⁵. Por tanto, según el autor, quien sólo compró el usufructo —no la posesión—, o recibió el usufructo a través de un legado, dispondrá del interdicto *de itinere actuque privato* concedido en estos términos:

Quo itinere testator usus est, quominus legatarius utatur, vim fieri veto¹¹⁶.

Ahora bien, dado que aquella cláusula edictal presupuesta por Schmidt no incluye al legatario, nuestro interdicto sólo podría pensarse en su calidad de *interdictum utile*. Según Schmidt, su opinión se confirmaría con la última parte de D. 8,5,2,3 (Ulp. 17 *ad ed.*):

... pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiamsi testator usus sit, qui legavit usumfructum, debere utile interdictum (scil. de itinere) fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta¹¹⁷.

... pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiam si testator usus sit qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt haec interdicta.

E igualmente con FV. 90:

lib. I. de interdictis sub titulo «In eum, qui legatorum nomine, non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit». Si usufructo legato legatarius fundum nactus sit, competit (utile) interdictum adversus eum,

libro I de interdictis sub titulo «in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit, possidebit». Si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus

115. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 20 n. 10.

116. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 20 s. n. 10.

117. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 20 s. n. 10.

quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum «Uti possidetis» utile hoc nomine proponitur et «Unde vi», quia non possidet. Utile (autem interdictum quod legatorum formula) tali concipiendum est, «quod de his bonis legati nomine possides, quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, uteris, frueris»¹¹⁸.

eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum 'uti possidetis' utile hoc nomine proponitur et 'unde vi', quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: 'quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris'¹¹⁹.

Para Schmidt, el concepto de *possessio* del interdicto *quod legatorum* es inaplicable al *usufructus*, y de allí la necesaria adaptación de la fórmula interdictal con las palabras *quove uteris frueris*¹²⁰. Ahora bien, dado que en el pasaje se dice ... *Inde et interdictum «Uti possidetis» utile hoc nomine proponitur et «Unde vi»*, Schmidt, entonces, remite el *proponitur* del pasaje al *album*, es decir, al Edicto

118. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 15 y 21. Schmidt (p. 15 n. 5), siguiendo a Rudorff, niega a Ulpiano la autoría del fragmento, y tampoco se decide por adjudicársela a alguno de aquellos otros juristas que escribieron sobre los interdictos entre ellos, Venuleyo o Arriano; vid. *infra* n. 119.

119. Cfr. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani III* (Berolini 1890) p. 46 y FIRA. II (Florentiae 1968) p. 486. Tanto en el pasaje transcrito de la edición empleada por Schmidt, como en la edición de Mommsen y en la de Baviera, se deja una laguna (...) para FV. 90; laguna que coincide con el comienzo del fragmento y que, en principio, correspondería al autor de esta obra *de interdictis*. Ahora bien, con la autorización previa del profesor A. d'Ors para consignar por escrito lo que sigue, en conversación privada me comunicó que examinado por él años atrás el manuscrito de FV. no advirtió en el pasaje correspondiente al fragmento 90 ninguna laguna. Por tanto, con base en dicho testimonio oral de gran autoridad, creemos se trata de un autor anónimo, posiblemente del siglo IX; época a partir de la cual las obras se dividen en «*tituli*» como en esta *de interdictis*. Vid. *infra* n. 122. Vid. más ampliamente F. BETANCOURT, *El libro anónimo «De interdictis» [Fragmenta Vaticana 90-93]* (en prensa).

120. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 15.

y, por tanto, para el autor, dichos interdictos dados como *utiles* estaban previstos en el Edicto.

Lo mismo dice Schmidt para FV. 91:

<p>Lib. II. de interdictis, sub titulo «Si uti frui prohibitus esse dicetur». Non is, ad quem ea res pertinet ... legatum est, qui utendi fruendi causa, cum ususfructus ad eum pertineret, missus in qua re sit, possidere eam videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desiderari ¹²¹.</p>	<p>libro II de interdictis sub titulo 'si uti frui prohibitus esse dicetur'. Non is, ad quem usus fructus venit vivitum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus, ad eum non pertineat, in aliqua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo causa desideratum est ¹²².</p>
---	---

Opina que el título debió de haber sido extraído del Edicto y, por tanto, debía enunciar un *interdictum utile*.

Todavía alega Schmidt, a favor de este segundo significado del *interdictum utile*, D. 39,5,27 (Pap. 28 *quaest.*), estudiado por un autor en el mismo sentido ¹²³: ...*ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur...*, e igualmente el también ya visto D. 43,18,1,2 ¹²⁴: ... *exemplo interdicti uti possidetis ... veluti uti possidetis interdicto ... omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.*

121. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 21.

122. Cfr. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani* III cit., pp. 46 s., y FIRA. II cit., p. 486. Tanto en la edición de Mommsen como en la de Baviera y para los fragmentos 91 y 92 de FV., los dos editores llenan la pretendida laguna (...) de estos dos pasajes con el pronombre demostrativo *Idem* para referirse con él al pretendido por ellos autor del fragmento 90. De acuerdo con lo dicho por nosotros en la n. 119, tanto en uno como en otro pasaje sobraría dicho pronombre demostrativo.

123. K. A. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 22 n. 11; cfr. *supra* n. 96.

124. Cfr. *supra* n. 98, y respecto al cual, según el testimonio de Schmidt (p. 22, n. 12), Rudorff llega a sostener que dicho interdicto *de superficiebus* se puede calificar como un *interdictum uti possidetis utile*.

Así, pues, ese segundo significado que Schmidt elabora del *interdictum utile* es el de aquel interdicto que estaba previsto en el Edicto como desarrollo ulterior del contenido de un interdicto también edictal, pero más antiguo. Por ello Schmidt identifica este segundo concepto de *interdictum utile* con aquellos interdictos (edictales) creados, según el testimonio de las fuentes, *ad exemplum* de otros interdictos también edictales.

FERNANDO BETANCOURT