

SOBRE LA PRETENDIDA TRANSMISIBILIDAD DE LOS INTERDICTOS (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. *INTERDICTA DE SINGULIS REBUS*: 1. Interdictos prohibitorios que tutelan un derecho privado: i) Título interdictal *de itinere actuque privato* (D. 43,19); ii) Título interdictal *de aqua cottidiana et aestiva* (D. 43,20); iii) Título interdictal *de rivis* (D. 43,21); iv) Título interdictal *de fonte* (D. 43,22), v) Título interdictal *de migrando* (D. 43,32), y vi) Título interdictal *si opus novum nuntiatum erit (si satisdatum erit)* (D. 39,1,20,9).—2. Interdictos restitutorios que tutelan un derecho público o un derecho privado o una situación de hecho: i) Título interdictal *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit* (D. 43,13); ii) Título interdictal *quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* (D. 42,8,1 pr., y D. 42,8,10 pr.); iii) Título interdictal *si opus novum nuntiatum erit (quod ante remissionem factum erit)* (D. 39,1,20 pr.); iv) Título interdictal *quod vi aut clam* (D. 43,24); v) Título interdictal *quod precario* (D. 43,26), y vi) Título interdictal *unde vi* (D. 43,16).—III. *INTERDICTA DE UNIVERSITATE*: 1. Interdicto restitutorio que tutela un derecho hereditario: i) Título interdictal *quod legatorum* (D. 43,3). 2. Interdicto exhibitorio que tutela un derecho hereditario: i) Título interdictal *de tabulis exhibendis* (D. 43,5).—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

Como es sabido, el Derecho romano clásico no reconoció una verdadera y directa *successio* sino en la herencia y, por tanto, sólo en ella hay verdaderos *successores*, *heredes*. Por el contrario, diferente va a ser la situación en el Derecho romano postclásico, que introduce la idea de «sucesión» a título particular para referirse a la adquisición *inter vivos* del derecho real de propiedad

* Comunicación presentada en la XXXV Sesión de la «Société Internationale des Droits de l'Antiquité» (SIDA), Madrid, 23-26 de septiembre de 1981.

o de otro derecho real¹. Sin embargo, tanto en una como en otra época del Derecho romano se conserva clara la idea de que el *successor* por antonomasia, es decir, el *heres*, se subroga en todas las relaciones jurídicas del causante, excepto en las que son intransmisibles, como las obligaciones por delitos, o las del contrato de sociedad, o en la *manus*, o en el derecho real de usufructo, y excepto igualmente en aquellas relaciones jurídicas que, a pesar de ser transmisibles, no son propiamente patrimoniales, es decir, hereditarias, sino más bien familiares, como el derecho de patronato, o la religión doméstica (*sacra privata*) o el derecho de sepultura (*ius sepulchri*). Por otra parte, la *successio* propiamente dicha se refiere a la titularidad de los derechos y no a las relaciones de hecho. Por esta razón el heredero se hace propietario de los bienes hereditarios, pero debe tomar posesión de los mismos para ser considerado poseedor de ellos. El heredero responderá también de las deudas transmisibles del causante tan personalmente como éste mismo respondía.

Ahora bien, en la medida en que aquellas relaciones jurídicas del causante, tanto activas como pasivas, se plasmaban procesalmente en *actiones*, esta idea de la pretendida transmisibilidad activa o pasiva de las *actiones*, no de las relaciones jurídicas, nos la encontramos reflejada en las fuentes con unos giros gramaticales estereotipados: *heredi ceterisque successoribus* (o *similibusque personis*) para la pretendida transmisibilidad activa, e *in heredem ceterosque successores* (o *similesque personas*) para la pretendida transmisibilidad pasiva. Fórmulas estereotipadas estas que no se plantean respecto a la *hereditas* como universalidad, sino respecto a un recurso procesal del cual disponía el causante (para la pretendida transmisibilidad activa al heredero) o del cual se disponía contra el causante (para la pretendida transmisibilidad pasiva al heredero). Nos referimos a las *actiones* en general, ya fuesen civiles o pretorias. Pero nuestro interés actual

1. Para una perspectiva general sobre este tema vid. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, en *BIDR.* 14 (1902) p. 127 a 200 y p. 224 a 275, y *BIDR.* 15 (1903) p. 283 ss., quien demostró ampliamente la introducción justiniana de los giros *ceterisque successoribus* o *ceterosque successores* para designar la transmisibilidad activa o pasiva de los derechos en la *successio* a título singular.

no se dirige a la presunta transmisibilidad o intransmisibilidad activa o pasiva de las *actiones*, sino a la presunta transmisibilidad activa o pasiva de otro recurso procesal, los *interdicta*, ya que en materia interdictal también nos encontramos en las fuentes las expresiones *heredi ceterisque successoribus - in heredem ceterosque successores*, referidas expresamente a algunos interdictos. Sin embargo, resulta ineludible no tomar posición, aunque sea tangencial, con relación a las *actiones*, precisamente por la íntima conexión temática entre uno y otro recurso².

Como ha puesto de relieve A. d'Ors³, las distintas formas de declaraciones públicas del magistrado son de *dicere*. Así, fuera de la *iurisdictio*, el *edicere*, publicar edictos; *interdicere*, dar un orden en términos generales, y también, el *addicere* o atribuir con efecto público. Este último término, además, es uno de los *tria verba* solemnes de la jurisdicción del Pretor: *dare, dicere, addicere*. Es en este ámbito general donde se enmarcan las *actiones* y los *interdicta*, como también las *exceptiones*. Por tanto, los tres recursos son actos del magistrado. No se trata de derechos. Con esto queremos recalcar que mientras los derechos patrimoniales si son transmisibles, los actos del Pretor en cuanto tal y en aquella esfera procesal, no admitirían un planteamiento respecto a la transmisibilidad o intransmisibilidad al heredero de aquel a quien el Pretor «dio» o «denegó» nominativamente el recurso procesal en cuestión, o respecto a la transmisibilidad o intransmisibilidad al heredero de aquel contra el que el Pretor «dio» o «denegó» nominativamente el recurso procesal en cuestión. Por consiguiente, en nuestra opinión, no resulta exacto hablar de transmisibilidad o intransmisibilidad, activa o pasiva, de las *actiones* ya que, con la *litis contestatio* se hace transmisible en todas las *actiones*, incluidas las *actiones poenales*, no la *actio* misma como suele sostener la doctrina tradicional, pues aquélla ya fue ejercitada por el legitimado activamente y asumida por el legitimado pasivamente y ha operado el efecto extintivo de la *litis contestatio*, sino el vínculo patrimonial que aquel momento procesal determina.

2. El mismo planteamiento cabe hacer respecto a las *exceptiones*, y aquí también resulta indispensable un estudio específico.

3. Vid A. d'ORS, *Las declaraciones jurídicas en Derecho romano*, en *AHDE*. 34 (1964) p. 565 ss.

Vínculo patrimonial que sí es transmisible al heredero, activa o pasivamente. Cuando la doctrina habla de la intransmisibilidad pasiva de las *actiones poenales*, lo hace en el sentido de que sólo el autor del delito responde de él, no sus herederos. Pero no por ello debemos entender en puridad de términos que se ha hecho transmisible la *actio poenalis* misma, pues ésta ya fue consumida por la *litis contestatio*. Por tanto, en estas *actiones poenales* lo que es intransmisible pasivamente es el delito mismo, no la *actio poenalis* que tutela, respectivamente, el derecho de propiedad en la *actio furti*; la integridad física de un esclavo o del ganado mayor y de las demás cosas, en la *actio legis Aquiliae*, y la integridad física o moral de una persona libre⁴.

Cuando en las *actiones poenales* no se llega a la *litis contestatio*, en algunos casos el Pretor da contra los herederos acciones por el lucro obtenido; normalmente *actiones in factum*. Esto explica entonces que las relaciones sancionadas por *actiones in factum* no impliquen un derecho en el patrimonio. Por tanto, si el *factum* sancionado se continúa en el heredero del legitimado pasivamente; por ejemplo, cuando en el depósito el depositario no devolvió la cosa y una vez muerto, su heredero tampoco devuelve, entonces la *actio in factum* se dará contra el heredero del depositario, pero no en su calidad de *heres* sino por el *factum* personalísimo de no restituir. Por el contrario, si el *factum* sancionado no se continúa en el heredero por su propia voluntad o por imposibilidad física no hay nada que hacer, procesalmente hablando.

Así, pues, en nuestra opinión y respecto a las *actiones* en general, ya sean civiles o pretorias, creemos es más exacto hablar no de una transmisibilidad o intransmisibilidad activa o pasiva de las *actiones*, sino de una extensión de legitimación procesal activa o pasiva del heredero. Extensión de legitimación procesal activa o pasiva del heredero determinada, en unas ocasiones, por la misma transmisibilidad activa o pasiva del derecho real o de crédito y, en otras ocasiones, por la continuidad en el *heres* de un *factum* cometido por su causante pero que se continúa en aquél o que a pesar de no continuarse en él, sí implica un enriquecimiento en el patrimonio hereditario⁵.

4. El delito de injurias también es intransmisible activamente.

5. Consignamos aquí los textos del Digesto y otras fuentes que dan pie

Volviendo a nuestro interés actual, se trata en esta ocasión de dilucidar si en los *interdicta* se da una transmisibilidad activa o pasiva de este recurso procesal, simplemente porque el causante se puso en el supuesto de hecho, activo o pasivo, contemplado por el interdicto y, al fallecer, ahora su heredero debe asumir, activa o pasivamente, dicha situación procesal por su calidad de *heres* o si, por el contrario, se trata más bien de una extensión de la legitimación procesal activa o pasiva del interdicto al heredero, en virtud del o de los presupuestos, no del interdicto mismo, sino de la relación con el derecho que tutela el interdicto⁶.

Antes de entrar en materia queremos hacer algunas precisiones terminológicas. En primer lugar, como es sabido, en las fuentes encontramos empleados indistintamente los giros *actionem com-*

a sostener o una transmisibilidad o intransmisibilidad de *actiones* al *heres*, como sostiene la doctrina tradicional, o una extensión de la legitimación procesal activa o pasiva de las *actiones* al *heres*, según nuestra opinión: D. 4,9,7,6; D. 9,3,5,5, D. 9,3,5,13; D. 22,4,1; D. 33,5,19; D. 35,2,32 pr.; D. 40,12,24 pr.; D. 44,7,35 pr.; D. 44,7,12; D. 44,7,26; D. 44,7,49; D. 47,1,1 pr.; D. 47,1,1,1; D. 47,7,33; D. 47,23,8; D. 50,17,38; D. 50,17,111,1; D. 50,17,139 pr.; D. 50,17,164. Inst. 4,12 pr.; Inst. 4,12,1. Gai. 2,253; Gai. 2,255; Gai. 2,258; Gai. 3,114; Gai. 3,120; Gai. 4,110; Gai. 4,111; Gai. 4,112; Gai. 4,113. EU. 24,30. SP. 1,2,4; SP. 1,21,7; SP. 2,17,15 (16) (Cfr. Cons. 6,8); SP. 3,6,3; SP. 3,6,7; SP. 4,2. FV. 112. Cons. 6,8; Cons. 6,9. GW. 2,1, y F. August. 2,76.

6. Sobre este tema no disponemos de estudios monográficos, excepto quizá el de UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette de Glück*, cont. trad. y notas de V. Pouchain, lib. 43-44, 1-2 (Milano, 1899), a quien normalmente se remite, sin más, la doctrina romanística, incluso la más reciente; cfr. por ejemplo, P. VOCI, *Diritto ereditario romano* (Milano, 1960) p. 273 n. 20. Pero esa obra ya está anticuada, tanto en el método como en los criterios de exposición. Luego, encontramos alusiones tangenciales al tema en trabajos concretos sobre la materia interdictal, pero, repetimos, no existen, que nosotros sepamos, trabajos monográficos. Por tanto, en cada caso concreto consignaremos las distintas opiniones sobre el interdicto en cuestión. Lo anterior nos indica que la doctrina contemporánea ha asumido, sin someter a revisión crítica hasta la presente, la perspectiva de la Pandectística de que los recursos procesales son transmisibles o no, de la misma manera que lo son o no los derechos. En general, para UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit., p. 47 s. *et passim*, la transmisibilidad o intransmisibilidad de un interdicto al heredero del legitimado al mismo estaría determinada: i) por los criterios objetivos señalados por el contenido mismo del interdicto y en los cuales se halla el causante, pero también el heredero, para la transmisibilidad activa

petere y *actionem dare*; giros que la doctrina ha pretendido reservar, el primero, para referirse a las *actiones civiles* y, el segundo, para las *actiones praetoriae*. Sin embargo, dicho criterio no es definitivo en las mismas fuentes. Pues bien, en materia interdictal también encontramos empleados indistintamente los giros *interdictum competere* e *interdictum dare*, a pesar de que la materia interdictal es toda ella pretoria. Por consiguiente, no vamos a ser tan puristas de considerar que allí donde aparezca el *competere* en relación con nuestro tema, dicho término esté interpolado. En segundo término, preferimos adoptar la denominación de «título interdictal» para referirnos a los títulos del libro 43 del Digesto —y también de los sinterdictos situados fuera de dicho libro—, y no identificar cada uno de los interdictos por la rúbrica de cada título del libro 43 de la compilación jurisprudencial. Efectivamente, en algunos títulos interdictales que tratan de interdictos prohibitorios nos encontramos con otros interdictos restitutorios. Por tanto, no resulta procedente identificar distintos interdictos del mismo título interdictal con la sola rúbrica de dicho título. Preferimos, entonces, generalizar la denominación de «título interdictal» incluso para aquellas rúbricas cuyo contenido no sea más que un interdicto⁷.

Por otra parte, dado que nuestro tema depende de aquellas fórmulas estereotipadas *heredi ceterisque successoribus* o *in heredem ceterosque successores*, sobre las cuales se ha pretendido fundamentar la transmisibilidad activa o pasiva de los interdictos, entonces dicha problemática no la estudiaremos con relación a aquellos títulos interdictales en los cuales no aparecen aquellos giros estereotipados⁸. De esta larga serie de títulos interdicta-

o pasiva, y ii) por los criterios subjetivos en que se halla el causante respecto al interdicto, pero que no se encuentran en el heredero como tal, para la intransmisibilidad activa o pasiva.

7. Sobre esto vid. ya F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del 'missus in possessionem'*, en *AHDE*. 52 (1982) p. 493 y n. 266.

8. Dichos títulos interdictales son: i) *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando* (D. 11,8); ii) *Quorum bonorum* (D. 43,2); iii) *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (D. 43,4. Sobre este título interdictal vid. ahora F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del 'missus in possessionem'* cit. p. 422 ss., p. 431 ss., y p. 480 ss.); iv) *Ne quid in loco sacro fiat* (D. 43,6); v) *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D. 43,8); vi) *De loco publico fruendo* (D. 43,9);

les en los cuales el tema no se plantea, encontramos unos que tendrían naturaleza jurídica de interdictos «populares». Quizá por ello no se suscita el tema respecto al heredero del legitimado activamente, pues aquél siempre haría la *postulatio interdicti* no en su calidad de *heres* sino de *civis*. Por otro lado, respecto al heredero del legitimado pasivamente, nos encontramos que en el título interdictal *ne quid in loco publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (D. 43,13), a dicho *heres* se le extiende la legitimación pasiva en virtud de que «retiene» la obra hecha por su causante⁹. En cuanto a los títulos interdictales que tutelan un derecho privado y no abordan el tema, no encontramos, hasta la presente, una explicación lógica y coherente. Naturalmente hemos tenido en cuenta la posibilidad de que los compiladores hubiesen procedido a capricho, conservando la temática en unos títulos interdictales y no en otros. En efecto, una vez perdidas las categorías formularias en la época postclásica, muchos aspectos procesales no tendrían interés para ellos. Así, pues, la problemática respecto a estos títulos interdictales queda en pie.

Para nuestro actual objetivo, distinguiremos, siguiendo a Lenel¹⁰ y Berger¹¹, dos grandes grupos de interdictos: i) *interdicta de singulis rebus*, y ii) *interdicta de universitate*. Dentro de esta clasificación general, adoptaremos otra más particular que es aquella que distingue entre interdictos prohibitorios¹², restitutorios y exhibitorios.

vii) *De via publica et si quid in ea factum esse dicatur* (D. 43,10); viii) *De vi publica et itinere publico reficiendo* (D. 43,11); ix) *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* (D. 43,12); x) *Ut in flumine publico navigare liceat* (D. 43,14); xi) *De ripa munienda* (D. 43,15); xii) *Uti possidetis* (D. 43,17); xiii) *De superficiebus* (D. 43,18); xiv) *De cloacis* (D. 43,23); xv) *De arboribus caedendis* (D. 43,27); xvi) *De glande legenda* (D. 43,28); xvii) *De homine libero exhibendo* (D. 43,29); xviii) *De liberis exhibendis item ducendis* (D. 43,30); xix) *Utrubi* (D. 43,31), y xx) *De salviano interdicto* (D. 43,33). Vid. otro infra n. 25.

9. Cfr. Infra II 2 i. Sobre interdictos «populares» vid. E. LOZANO-CORBI, *La legitimación popular en el proceso romano clásico* (Barcelona, 1982) p. 133 ss., quien no aborda este tema.

10. LENEL, *EP.*³ p. 45 s., y p. 446 ss.

11. BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub IV col. 1627 s.

12. Como es sabido, en las fuentes se habla expresamente de *interdictum prohibitorium*, junto con los otros dos términos de la clasificación: *interdic-*

II. INTERDICTA DE SINGULIS REBUS

1. INTERDICTOS PROHIBITORIOS Y RESTITUTORIOS QUE TUTELAN UN DERECHO PRIVADO.

i) *Título interdictal «de itinere actuque privato» (D. 43,19). Servidumbre de paso (iter - actus).*

El ejercicio de esta servidumbre rústica está tutelado por el interdicto *de itinere actuque privato*¹³, que presupone el uso *de facto* durante el año anterior al ejercicio del interdicto por el legitimado activamente, al que basta probar que ha usado la senda o el paso de ganado durante un año¹⁴. Pero no se trata de un único interdicto, pues en el correspondiente título interdictal nos encontramos con dos interdictos edictales y prohibitorios: uno dirigido a sancionar el impedimento al uso mismo de la servidumbre de paso (D. 43,19,11 pr.), y otro, para que no se impida al titular de la servidumbre hacer reparaciones en la senda o paso de ganado (D. 43,19,3,11); incluso se han conjeturado otros interdictos especiales¹⁵. En D. 43,19,3,11 Ulpiano (70 *ad ed.*) dice así:

Ait praetor: «Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto. qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius <operis> vitium datum sit, caveat»¹⁶.

tum restitutorium e interdictum exhibitorium. Sin embargo, como acertadamente sostiene A. d'ORS, *DPR.*⁵ p. 193 n. 1: «En realidad, la *prohibitio* es el acto de fuerza impeditiva 'vedada' por el Pretor; el *prohibere* latino equivale a 'impedir', y el *vetare* a nuestro 'prohibir». Una revisión a fondo de este tema sería muy esclarecedora.

13. LENEL, *EP.*³ p. 478 ss.

14. Sobre estos extremos, D 43,19,1,2/3/4.

15. LENEL, *EP.*³ p. 478 s., con base en D. 43,1,2,3 (Paul. 63 *ad ed.*): «*Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto*», afirma que este interdicto para el comprador le sería dado como «útil»; e igualmente supone Lenel la existencia del interdicto *de itinere actuque privato* contra el comprador del fundo sirviente también como «útil». Sobre esto vid. ahora F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa).

16. MOMMSEN, *ad leg.*, corrige los siguientes giros: [Quo] <Qui>; [alio] <illo>; [esset] <est>; eius <operis> Vid. las mismas correcciones en

Ahora bien, respecto a este segundo interdicto prohibitorio, nos encontramos con un texto que se refiere al heredero del legitimado activamente al mismo, D. 43,19,5,2 (Ulp. 20 *ad ed.*):

Hoc interdictum non solum ipsi, verum [successoribus] <heredi> quoque esse dandum non est ambigendum: emptori quoque dabitur et in emptorem¹⁷.

Ante todo conviene dilucidar a cuál de los dos interdictos se refiere este pasaje, si al primer interdicto (D. 43,19,1 pr.) o al segundo, cuya fórmula hemos transcrito (D. 43,19,3,11). Lenel¹⁸ sitúa todo el fragmento en sede de nuestro interdicto, es decir, en el libro 70 *ad edictum* de Ulpiano. En efecto, conforme a la *inscriptio* actual, es decir, libro 20 *ad edictum* de Ulpiano, en este libro el jurista trata precisamente *De fideiussore et sponso-re*¹⁹. Tema éste que está relacionado, no con el primer interdicto, pues en él no se ve que intervenga ninguna caución, sino con el segundo, ya que es en éste en donde el legitimado activamente al interdicto debe dar la *cautio damni infecti nomine*. En efecto, esta caución también interviene allí donde un tercero tema un *damnum* por las reparaciones (*operis quod fit*) en el *locus* que es fundo sirviente en la servidumbre de paso²⁰.

LENEL, *Palng*, II col. 826 nn. 3, 4 y 5, y *EP*.³ p. 479 nn. 4, 5 y 6. Algún autor da por interpolado todo el pasaje, cfr. *Index Interp.* s.L. En esta cláusula debemos distinguir la fórmula interdictal propiamente dicha, de una cláusula edictal que la contamina: *qui hoc interdicto uti volet . caveat*. Sobre dicha contaminación de la fórmula interdictal por una cláusula edictal, vid. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* (Roma-Madrid, 1974) p. 77. Sobre qué tipo de *cautio* se exige en dicha cláusula edictal cfr. *infra* n. 20.

17. Dejando a un lado la crítica de PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² I (Roma, 1928) p. 779 n. 1, quien da por interpolado todo el pasaje, BESELER, *Beiträge* II (Tubingen, 1911) p. 30, corrige el plural [successoribus] por el singular <heredi>, y da por interpolado [non est ambigendum]. Cfr. también Digesto Milanés, *ad leg.*

18. LENEL, *Palng*. II col. 827 n. 1: libro *vicensimo* (XX *pro* LXX) *inscr. F.*

19. LENEL, *EP*.³ p. 214 ss.

20. Téngase en cuenta que mientras el *vitium aedium* y el *vitium loci*, dan lugar a la *cautio damni infecti nomine*, el *vitium operis quod fit* da lugar a la *novi operis nuntiatio iuris nostri conservandi causa* o *iuris publici tuendi gratia*, que conducen a la *cautio ex operis novi nuntiatione* o *cautio de opere restituendo*, pero también a la *novi operis nuntiatio damni depellendi causa*

Ahora bien, y volviendo al texto que es objeto de nuestra atención actual (D. 43,19,5,2), se dice allí que el interdicto se da al que constituyó la servidumbre (como fundo dominante), a su heredero y al comprador del fundo dominante, y contra el comprador del fundo sirviente²¹. Por otro lado, para Lenel²² nuestra fórmula interdictal no tenía ninguna variante cuando ejercitaba el interdicto el heredero del legitimado activamente por el uso de la presunta servidumbre, como se desprende precisamente de nuestro pasaje D. 43,19,5,2, y en el mismo sentido se pronuncia Berger²³. Por consiguiente, para nuestro interdicto Ulpiano no se plantea una transmisibilidad activa al heredero o al comprador del fundo dominante, o una transmisibilidad pasiva al comprador del fundo sirviente. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el primer interdicto (D. 43,19,3,11), en el cual el legitimado activamente es todo aquel que usó del paso o senda de ganado durante el último año a contar hacia atrás, a partir del momento del ejercicio del interdicto, en este otro interdicto la legitimación activa del mismo se circunscribe a aquellos que son titulares del derecho de servidumbre. En primer lugar, el *heres*, no por transmisibilidad activa del recurso procesal mismo, sino por ser el titular del derecho de servidumbre *causa hereditaria*. En segundo término, el comprador

que conduce a la *cautio damni infecti nomine* siendo compatibles ambas cauciones, pues mientras la primera tutela el daño jurídico, la segunda tutela el daño material. Sobre la diferenciación entre una y otra caución vid. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la «cautio damni infecti» en el derecho romano clásico*, en *AHDE*. 45 (1975) p. 90 ss. Sobre la *novi operis nuntiatio* vid. últimamente J. PARICIO, *La denuncia de obra nueva en el derecho romano clásico* (Barcelona, 1982) p. 41 ss., p. 99 y, especialmente, p. 191 ss., quien llega a aceptar el trámite de la *missio in possessionem damni infecti nomine* para el caso del *vitium operis quod fit* en la época de la primera jurisprudencia clásica. Vid. ahora nuestra recensión crítica a esta obra, en general, y a esta tesis en particular, en este mismo *AHDE*. 53 (1983).

21. Cfr. supra n. 15, sobre cómo, según Lenel, en estos dos últimos casos a favor del comprador del fundo dominante y contra el comprador del fundo sirviente, el interdicto se da como «útil».

22. LENEL, *EP.*³ p. 479.

23. BERGER, *RE*. IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub. núm. 9: *I. de itinere actuque privato* col. 1640: «Auch dieses zweite I. steht den Universalsukzessoren und dem Käufer des herreschenden Grundstücks zu, wie es ja auch andererseits gegen diese Personen...».

del fundo dominante, no por transmisibilidad activa del interdicto, sino por haber adquirido a causa de compra la titularidad del fundo y, por tanto, de la servidumbre. Y ello aunque tanto el heredero como el comprador no hayan usado ellos mismos de la servidumbre. Por tanto, se justifica el planteamiento que hace el jurista respecto a la legitimación del interdicto de *itinere actuque privato* respecto al heredero y al comprador del fundo dominante. Esto en el sentido de que, con justo criterio, para el ejercicio del interdicto se les exime del requisito de haber usado de la senda o paso de ganado durante el último año contado hacia atrás a partir del momento del ejercicio del interdicto, siempre que lo hubiera cumplido el causante o el vendedor del fundo dominante²⁴.

ii) *Título interdictal «de aqua cottidiana et aestiva» (D. 43,20). Servidumbre de aguas (cotidianas y estivales).*

Este tipo de servidumbre de uso de aguas perennes, cotidianas y estivales, está tutelado por dos interdictos principales²⁵. Ambos son prohibitorios, pero el primero se refiere al agua cotidiana

24. De la misma manera se extiende la legitimación activa al donatario (D. 43,19,3,6/9), y al usufructuario y al usuario (D. 43,19,3,8 y D. 8,5,2,3) de un fundo (sobre el interdicto *de itinere actuque privato* como «*utile*» en D. 8,5,2,3, vid. ahora F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* [en prensa]) e incluso al mandante en la compraventa de un fundo (D. 43,19,3,7) y, en general, se da el interdicto —al menos el primero— en todos aquellos casos semejantes a una compraventa, «u otro contrato» como dice, por interpolación, D. 43,19,3,10. Probablemente se refería a la permuta. Por otra parte, también en los títulos interdictales *de aqua cottidiana et aestiva* (D. 43,20) (cfr. infra II 1 ii), y *de fonte* (D. 43,22) (cfr. infra II 1 iv), la referencia al año significa que durante ese tiempo antes de la concesión del interdicto, el demandante tiene que haber realizado *nec vi nec clam nec precario*, una determinada actividad (como coger agua de un río, o de una fuente) como requisito para dicha concesión. En cambio, diferente es el plazo del año para el ejercicio mismo del interdicto en los títulos interdictales *quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* (D. 42,8,1 pr.) (cfr. infra II 2 ii); *quod vi aut clam* (D. 43,24) (cfr. infra II 2 iv), y *unde vi* (D. 43,16) (cfr. infra II 2 vi). Sobre esto cfr. M. KASER, *ZPR.* p. 230 y n. 27, y p. 321 y n. 39, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 108 s.

25. Aparte del interdicto *de aqua ex castello* (D. 43,20,1,38 a 41), a propósito del cual no se plantea nuestro problema. Agréguese el repertorio consignado supra n. 8.

(D. 43,20,1 pr.) y el segundo al agua estival (D. 43,20,1,29). Mientras la fórmula interdictal del primero no tiene ninguna contaminación edictal²⁶, la fórmula interdictal del segundo va seguida de una parte de la cláusula edictal²⁷, que es precisamente la que nos afecta. D. 43,20,1,29 (Ulp. 70 *ad ed.*) dice así:

Deinde ait praetor: «Uti priore aestate, aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto». «inter heredes emptores et bonorum possessores interdicam».

Evidentemente, el final *inter heredes - interdicam* pertenece al edicto y no al interdicto²⁸.

26. Cfr. LENEL, *EP.*³ p. 479, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 76.

27. Cfr. LENEL, *EP.*³ p. 479, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 77.

28. Ulpiano comenta posteriormente esta cláusula edictal (D. 43,20,1,37, Ulp. 70 *ad ed.*): *Ait praetor: «inter heredes et emptores et bonorum possessores interdicam». haec verba non solum ad aestivam aquam, verum etiam ad cottidianam quoque referenda esse sciendum est: nam sicuti de itinere actuque et successoribus dantur interdicta et emptori, ita haec quoque danda praetor putavit.* LENEL, *EP.*³ p. 479 agrega al inicio de la misma <Item>, ya que presupone la misma cláusula para el primer interdicto (D. 43,20,1 pr.), puesto que en D. 43,20,1,37 se dice que no afecta sólo al agua estival, sino también a la cotidiana. Igualmente, LENEL, *EP.*³ p. 479 y KRUEGER, *ad leg.*, con base en las palabras de D. 43,20,1,37, también añaden *et* entre *heredes* y *emptores* en D. 43,20,1,29. Por otra parte, LENEL, *Paling.* II col. 829 n. 4, dice así: «Veri dissimile est praetorem emptorem ante bonorum possessores mentionem fecisse. Suspicio praetorem ita habuisse 'inter heredes et bonorum possessores interdicam», deinde de emptore specialiter edixisse», y en el mismo sentido de cambiar la colocación del *emptor* entre *heredes* y *bonorum possessores*, UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 58 n. 88, donde se acepta la explicación de otro autor sobre esta aparente irregularidad con base en la mayor antigüedad de la servidumbre de *aqua* respecto a la *bonorum possessio*, y se agrega que quizá también se pueda explicar esta anteposición del *emptor* al *bonorum possessor* para evitar el posible equívoco de referir el *emptor* a la *bonorum possessio* como resultaría de escribir: *heredes et bonorum possessores et emptores*. No deja de ser aguda esta observación. Sin embargo, por nuestra parte, creemos que la redacción actual del texto no es sorprendente si tenemos en cuenta que el Pretor —elegantemente— primero hace alusión al *heres* y al *emptor* en cuanto son los titulares de *ius civile*, mientras que

También aquí, como ya en la servidumbre de paso, excluimos el concepto de transmisibilidad activa del interdicto *de aqua*, al heredero, al comprador, y al *bonorum possessor* del causante, ya que se trata simplemente de eximir a estas personas del requisito del uso personal del agua en el año anterior (para el agua cotidiana) o en el verano anterior (para el agua estival) respectivamente, para concederles la protección interdictal. Por tanto, no se trata más que de la extensión de la legitimación activa a aquellas personas a pesar de no cumplir con el presupuesto objetivo del interdicto mismo.

iii) *Título interdictal «de rivis» (D. 43,21).*

Pero también está protegida la servidumbre de aguas por otro interdicto, además de los anteriores, que es el interdicto *de rivis*²⁹, también prohibitorio, mediante el cual se veta el impedimento al titular de la servidumbre o al usuario que ha venido usando el agua³⁰, el reparar o limpiar las acequias, canales cubiertos y presas. D. 43,21,1 pr. (Ulp. 70 *ad ed.*):

el *bonorum possessor* es un mero titular pretorio. Por su parte, BERGER, *RE. IX 2 s v. interdictum* col. 1609 ss., sub núm. 1: *Interdicta de aqua* col. 1630 ss., seguido por PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² I cit. p. 779 n. 4, dudan de que el término *emptores* (en D. 43,20,1,29 y en D. 43,20,1,37 de la cláusula edictal) y *emptori* (en D. 43,20,1,37 de la parte final) sean auténticos, ya que, para el primer autor, debería darse una cláusula especial para el comprador (col. 1631: «Ob das Wort *emptores* in dieser klausel echt ist, insbesondere ob nicht für dieselben eine besondere Ediktalklausel bestimmt war, kann bezweifel werden»). La duda de Berger sólo puede estar motivada porque piensa exclusivamente en la *successio* clásica que se refiere únicamente al *heres*; en otros términos, el autor piensa en la transmisibilidad activa del interdicto, a pesar de que su forma de expresarse es bastante ambigua (col. 1631: «Die beiden I. waren auch zum Schutz der Universal- und Singularsukzessoren des Servitutsberechtigten dienstbar gemacht worden»). Por último, eliminamos el término [*successoribus*] de la parte final de D. 43,20,1,37, ya que es extraño que Ulpiano llamase *successor* también al *bonorum possessor*. El hecho de que aparezca el plural *successoribus* no significa más que los compiladores querían comprender al *heres* y al *bonorum possessor*; en este sentido, LENEL, *EP.*³ p. 478 n. 16.

29. LENEL, *EP.*³ p. 480.

30. En D. 43,21,1,9, se aclara que el que ejercita este interdicto no tiene que probar su derecho, sino tan sólo el hecho del uso; cfr. *infra* n. 31.

Praetor ait: «rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti <hoc anno aut>³¹ priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto».

En este título interdictal, también nos encontramos con un pasaje que atañe a nuestra consideración actual (D. 43,21,3,7, Ulp. 70 *ad ed.*):

Isdem autem personis et in easdem interdictum hoc datur, quibus et in quas et de aqua interdicta redduntur, quae supra sunt enumerata³².

Por tanto, la legitimación activa a este interdicto corresponde a todos los usuarios desde el año anterior, para el agua cotidiana o en el estío anterior. Consecuentemente, no se trata tampoco aquí de transmisibilidad activa, ya sea por sucesión a título universal o «sucesión» a título singular, sino de la extensión de la legitimación activa, aunque aquellas personas no hayan hecho ellas mismas uso de la servidumbre durante el año anterior o el estío anterior al ejercicio mismo del interdicto.

iv) *Título interdictal «de fonte» (D. 43,22).*

Una misma situación del todo similar nos encontramos para las aguas de fuente, depósito, pozo o piscina que tienen causa perpetua, es decir, de agua viva —consecuentemente no de cisternas, pues éstas se nutren de aguas de lluvia—, en el título interdictal D. 43,21: *De fonte*. Allí se nos ofrecen dos interdictos prohibitorios: uno contra el que impide el uso de las aguas a quien usó de ellas durante el último año, y otro contra el que impide, en ese

31. Este complemento fue conjeturado por MOMMSEN, *ad leg.*; en el mismo sentido LENEL, *EP.*³ p. 480 n. 18, BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., *sub* núm. 23: *I. de rivis* col. 1647, y Digesto Milanés, *ad leg.*; todos con base en la interpretación jurisprudencial que nos ofrece Paulo en D. 43,21, 1,9. De no admitirse esta corrección habría que suponer la existencia de otro interdicto *de rivis* para el agua cotidiana.

32. BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., *sub* núm. 23: *I. de rivis* col. 1647 habla aquí de legitimación activa y pasiva ('Aktiv- und Passivlegitimation wie bei den *I. de aqua*').

mismo caso, hacer la limpieza y reparaciones necesarias para poder contener el agua.

D. 43,22,1 pr. (Ulp. 70 *ad ed.*)

Praetor ait: «Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto». «de lacu, puteo piscina item interdicam»³³.

D. 43,22,1,6 (Ulp. 70 *ad ed.*).

Deinde ait praetor: «Quo minus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto»³⁴.

Cada uno de estos interdictos tiene su correspondiente comentario al tema que nos ocupa,

D. 43,22,1,3 (Ulp. 70 *ad ed.*).

Et eadem sunt hic dicenda, quae ad personam attinent, quaecumque in superioribus interdictis diximus.

D. 43,22,1,11 (Ulp. 70 *ad ed.*).

Et omnibus personis dabitur, quibus permittitur interdictum de aqua aestiva.

Por tanto, nos encontramos con el principio de los anteriores interdictos: el uso personal por el presunto titular de la servidumbre durante el año anterior al ejercicio del interdicto. Requisito del cual se exime al heredero y al *bonorum possessor*, como también al adquirente a título singular, para la legitimación activa de los mismos al interdicto.

v) *Título interdictal «de migrando» (D. 43,32).*

El interdicto *de migrando* se concede al inquilino contra el arrendador que le impide exportar los muebles que aquél introdujo en la vivienda, si tales muebles no eran objeto de garantía o, en todo caso, después de haberse pagado el alquiler. La fórmula interdictal es la siguiente: D. 43,32,1 pr. (Ulp. 73 *ad ed.*):

33. LENEL, *EP.*³ p. 480, conserva la última parte del texto. Sin embargo, no es más que un resto de la cláusula edictal. Cfr. en este sentido X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 77.

34. LENEL, *EP.*³ p. 480. Aquí se nos conserva la fórmula interdictal pura.

Praetor ait: «Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto»³⁵

Respecto a este interdicto se dice en D. 43,32,1,6 (Ulp. 73 *ad ed.*):

Hoc interdictum perpetuum est et in successores et successoribus dabitur.

No encontramos en este fragmento el término *heres*, sino simplemente el de *successores*. Para algunos³⁶, no se trata aquí de una transmisibilidad activa, ni tampoco pasiva, del interdicto, pues no había vínculo jurídico de prenda sobre las cosas muebles, sino de la transmisibilidad de la *actio ex interdicto* ya entablada por el inquilino. Pero esto no se dice en el texto. Es indudable que el interdicto tutela, de manera general, la disponibilidad de las cosas muebles que el inquilino introdujo en la vivienda. Así pues, estamos ante un caso de extensión de legitimación activa y pasiva del interdicto que, seguramente, también se haría efectiva a los herederos del inquilino y del arrendador, en la medida que los primeros hubiesen recibido por herencia la propiedad de su causante sobre aquellas cosas muebles, y también en la medida que los herederos del arrendador retengan aquellas cosas muebles. Quizá, entonces, la relación básica transmitida es la del mismo contrato de arrendamiento.

vi) *Título interdictal «si opus novum nuntiatum erit» (si satisdatum erit) (D. 39,1,20,9: ne vis fiat aedificanti).*

Relacionada con la *novi operis nuntiatio*, nos encontramos un interdicto prohibitorio en virtud del cual se veta impedir una construcción *in suo* o *in publico* aunque pueda perjudicar un derecho

35. LENEL, *EP.*³ p. 490. La fórmula interdictal se nos transmitió sin contaminación edictal, cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, cit. p. 76.

36. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 292 s.

ajeno, siempre que el constructor haya dado la *cautio ex operis novi nuntiatione* o *de opere restituendo* en garantía del perjuicio jurídico que pueda causar al demandante. Su fórmula interdictal es como sigue (D. 39,1,20,9 Ulp. 71 *ad ed.*):

Deinde ait praetor: «Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit aut per te stat, quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto»³⁷.

Y respecto a los herederos o adquirentes a título singular del que hace la obra, se dice en D. 39,1,20,16 (Ulp. 71 *ad ed.*):

Hoc interdictum etiam post annum et heredi [ceterisque successoribus] competit³⁸.

Se trata aquí de la legitimación activa de los herederos del que hace la obra, el cual transmite a sus herederos (o al adquirente a título singular) su derecho a construir, cuya defensa procesal es precisamente este interdicto prohibitorio³⁹.

2. INTERDICTOS RESTITUTORIOS QUE TUTELAN UN DERECHO PÚBLICO O UN DERECHO PRIVADO O UNA SITUACIÓN DE HECHO.

i) Título interdictal «*ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit*» (D. 43,13).

Son distintos los interdictos que contemplan y tutelan distintas actividades humanas en los ríos públicos o en sus orillas. Sin embargo, en un título interdictal concreto nos encontramos el planteamiento que es objeto de nuestro estudio. Nos referimos al título interdictal D. 43,13: *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit*⁴⁰.

Ahora bien, en este título interdictal están previstos dos interdictos: uno prohibitorio y otro restitutorio.

37. D. 39,1,20,9; LENEL, *EP.*³ p. 486. La fórmula interdictal no tiene ninguna contaminación edictal; cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 76.

38. Se critica el [ceteribus successoribus]; cfr. C. LONGO, *L'origine della successione particolare* cit., en *BIDR.* 14 (1902) p. 150.

39. Cfr. infra II 2 iii sobre el interdicto «demolitorio».

40. LENEL, *EP.*³ p. 460.

D. 43,13,1 pr. (Ulp. 68 *ad ed.*).

Ait praetor: «In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto».

D. 43,13,1,11 (Ulp. 68 *ad ed.*).

Deinde ait praetor: «Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in <id> flumen ripamve eius immisum habes, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluxit, restituas»⁴¹.

En este único fragmento de Ulpiano que constituye todo el título interdictal, nos encontramos este otro pasaje, D. 43,13,1,10 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Hoc interdictum et in heredes competit.

Por su situación actual, este párrafo parece pertenecer al interdicto prohibitorio (D. 43,13,1 pr.). Sin embargo, ya Krüger⁴², con base en un autor precedente, anota cómo este texto, junto con el anterior § 9, se hallaría más correctamente después del segundo interdicto (D. 43,13,1,11), el restitutorio, precisamente después del § 12, y atribuye la colocación actual al error de un amanuense⁴³.

Nos encontramos en este título interdictal con la siguiente característica formularia. Así como el interdicto prohibitorio está redactado en forma impersonal (*facere-immittere*), es decir, que legitimado pasivamente será cualquiera que se coloque en el supuesto de hecho anunciado⁴⁴: hacer o poner algo en un río público

41. LENEL, *EP.*³ p. 461 y Digesto Milanés, *ad leg.*, integran en esta fórmula interdictal el <id>; por lo demás, ambas fórmulas se nos conservan sin contaminación edictal.

42. KRUEGER, *ad leg.*

43. LENEL, *EP.*³ p. 461 y Digesto Milanés, *ad leg.*, integran en esta fórmula dictos prohibitorios que no exigen en el legitimado pasivamente requisitos referidos al pasado o al presente, no se puede hablar de transmisibilidad pasiva al heredero; simplemente se dan contra cualquiera, también contra el heredero del legitimado pasivamente, pero no por su calidad de heredero, a diferencia de aquellos otros interdictos prohibitorios que exigen requisitos positivos referidos al pasado o al presente, que sí son transmisibles al heredero.

44. Así, como legitimado activamente será cualquier ciudadano, D. 43,13,1,9: ... *cuius ex populo competit*, tanto para el interdicto prohibitorio como para el restitutorio.

que determine que el agua fluya de otra manera que en el verano anterior, el interdicto restitutorio, en cambio, está redactado en forma subjetiva (*factum-immissum habes*). Consecuentemente, la legitimación pasiva se circunscribe, en principio, al mismo que hizo la obra. Pero no sólo a éste, sino también a cualquiera distinto del que hizo la obra pero que la retiene. Entre estas personas está, principalmente, el heredero del legitimado pasivamente y contra quien procedería el interdicto restitutorio. No en virtud de transmisibilidad pasiva del interdicto, sino en virtud del supuesto de hecho mismo previsto en el interdicto: retener la obra (*habes*). Por otra parte, obsérvese cómo aquí no nos encontramos con la legitimación pasiva contra los «sucesores» a título singular.

ii) *Título interdictal «quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur» (D. 42,8,1 pr., y D. 42,8,10 pr.).*

Otro interdicto restitutorio en el cual se plantea en las fuentes el problema de la presunta transmisibilidad, es el interdicto «fraudatorio», cuya fórmula nos ofrece Lenel de esta forma:

Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de [—] agitur fecit: ea illi quos eo nomine quo de agitur [—] ex edicto meo in possessionem ire [—] esseve oportet [—], si non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita et si scientia non sit, interdicam⁴⁵.

Se refiere, tanto a los herederos del acreedor, como a los herederos del *fraudator*, en relación con el interdicto, D. 42,8,10,25 (Ulp. 73 *ad. ed.*):

<Hoc interdictum> [haec actio] heredi [ceterisque successoribus] competit: sed et in heredes [similesque personas] datur.

Como ha sido establecido recientemente por X. d'Ors⁴⁶, resulta problemática la presunta transmisibilidad del interdicto tanto ac-

45. Cfr. LENEL, *EP.*³ p. 497, y D. 42,8,10 pr. Para otras reconstrucciones vid. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 107.

46. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 158.

tiva como pasiva⁴⁷. En efecto, respecto a los herederos del acreedor, lo propiamente transmisible no es el interdicto, sino el derecho que dio lugar a que el causante acreedor entrase en la *missio in bona* del deudor concursado (a través del ejercicio de la *actio respectiva*). Así, pues, teniendo el derecho (transmisible activamente), puede el heredero participar en los beneficios producidos por la revocación que logra el interdicto fraudatorio. Pero éste es un recurso pretorio que se concede durante un año en función de la existencia de los créditos insatisfechos, es decir, si existe tal insatisfacción (*eventus damni*) y mientras ésta permanezca. Dicho recurso lo debe ejercitar siempre un *curator*⁴⁸ y no los acreedores directamente. Más aún, la posibilidad para los herederos del acreedor de participar en los efectos de la revocación dependerán en cada caso de la transmisibilidad del crédito insatisfecho. Por otra parte, respecto a la presunta transmisibilidad pasiva del interdicto X. d'Ors⁴⁹, acepta el ejercicio de aquél contra los herederos del adquirente fraudulento pero con un fundamento ajeno a la idea de transmisibilidad, ya que los herederos del legitimado pasivamente, es decir, del adquirente del *fraudator* pueden ser considerados como subadquirentes a título lucrativo y contra ellos podrá darse *causa cognita* el interdicto fraudatario, lo mismo que se da contra el donatario o legatarios que hayan recibido del *fraudator* directamente o del adquirente de éste. Concluye este autor su argumentación diciendo que, en el Derecho romano clásico, se concede el interdicto fraudatorio contra los herederos y demás adquirentes lucrativos del legitimado pasivamente, pero los compiladores aprovecharon el texto para introducir la idea de una transmisibilidad activa y pasiva⁵⁰. Por tanto, según el autor, para el derecho clá-

47. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 68 y n. 27, acepta la transmisibilidad activa del mismo, pero niega la transmisibilidad pasiva del interdicto, ya que el interdicto mismo, según el autor, exige el conocimiento del fraude en el adquirente fraudulento.

48. Sobre la legitimación activa exclusiva del *curator bonorum*, en cuanto representante de los acreedores, vid. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 153.

49. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 170 ss.

50. Para X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 170, el texto debió de ser originariamente éste: *Hoc interdictum [haec*

sico no se trataba de transmisibilidad del interdicto, sino de legitimación pasiva a los herederos en cuanto adquirentes a título lucrativo⁵¹.

iii) *Título interdictal «si opus novum nuntiatum erit» (quo ante remissionem factum erit) (D. 39,1,20 pr.)*.

El denominado interdicto «demolitorio» que sigue a la *novi operis nuntiatio*, se dirige contra las obras hechas *in suo*, es decir, en un fundo propio, pero en perjuicio de un derecho ajeno. Es un interdicto restitutorio como los anteriores y su fórmula interdictal, según D. 39,1,20 pr. Ulp. 71 *ad ed.*, es así:

Praetor ait: «Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas»⁵².

Respecto al mismo nos encontramos con D. 39 1,20,6 (Ulp. 71 *ad ed.*):

Hoc interdictum perpetuo datur et heredi [ceterisque successoribus] competit⁵³.

actio heredi ceterisque successoribus competit: sed] et in heredem similesque personas datur, y en donde Ulpiano comparaba con los herederos otros adquirentes lucrativos (*similesque personas*), mientras el compilador extiende el concepto de *successor* a los que no son herederos.

51. Vid. D. 42,8,11 (Venul. 6 *interd.*): *Cassius <interdictum> [actionem] introduxit in id quod ad heredem pervenit* y en el cual se da testimonio de esta legitimación pasiva del heredero. Según X d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 171, mientras en el derecho clásico el *id quod pervenit* concreta la razón por la que el heredero se halla pasivamente legitimado como subadquirente lucrativo, es decir, la restitución que de él se exige se refiere a lo que ha recibido a título lucrativo como heredero del *fraudator* y no al total que hubiese adquirido el difunto, para los justiniancos la expresión fue entendida como limitación de la responsabilidad de los adquirentes a título lucrativo al enriquecimiento actual de los mismos a consecuencia del acto fraudulento.

52. LENEL, *EP.*³ p. 486 n. 2. Cfr. D. 39,1,20 pr., en donde se nos transmite dicha fórmula sin contaminación de cláusula edictal. Cfr. supra II 1 vi sobre el título interdictal *si opus novum nuntiatum erit (si satisdatum erit)*.

53. También aparece aquí la interpolación postclásica denunciada por C. LONGO, *L'origine della successione particolare* cit. en *BIDR.* 14 (1902) p. 155 n. 1. Para UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 65 s., también se trata aquí de una transmisibilidad activa.

Dado que la construcción de la obra perturba un derecho ajeno, el heredero del legitimado pasivamente, como también el adquirente del mismo, al transmitírseles el derecho, estarán legitimados activamente al interdicto pero no en su calidad de heredero a título universal, el primero, o «sucesor» a título singular, el segundo, sino en virtud de la titularidad misma del derecho perturbado. Más aún: a *sensu contrario*, es decir, respecto a la situación del heredero de quien hizo la obra, también se puede demostrar aquí que no estamos más que ante casos de extensión de la legitimación al recurso procesal. En efecto, en este caso la situación para el heredero del demandado es más compleja que en aquellos interdictos restitutorios contra obras hechas *in alieno* en que el heredero del que hizo la obra será demandado por el interdicto sólo en la medida en que retiene la obra. Aquí, en cambio, el heredero necesariamente «retiene» la obra, ya que ella fue hecha *in suo*. De allí que, según el testimonio de Ulpiano, Labeón extendiera la legitimación pasiva al heredero del que hizo la obra, pero sólo en la medida de lo que obtuvo en propio provecho (*in id quod pervenit*) o en la medida de su propio dolo para no obtenerlo (*dolo malo ipsius factum sit, quo minus pervenerit*). Pero, según el mismo Ulpiano, otros juristas —cuya opinión sigue Ulpiano—, consideraban más procedente dar contra el heredero del que hizo la obra una *actio in factum* para los mismos efectos.

iv) *Título interdictal «quod vi aut clam» (D. 43,24).*

Contra las obras que se hacen violenta o clandestinamente *in alieno* —no sólo privado, sino también público, sagrado o religioso—, procede el interdicto restitutorio *quod vi aut clam*, y cuya fórmula interdictal es la siguiente, D. 43,24,1 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*):

Praetor ait: «Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, <si non plus quam annus est> cum experiendi potestas est, restituas»⁵⁴.

54. LENEL, *EP.*³ p. 482, integra el texto de la fórmula con las palabras *si non plus quam annus est*, palabras que no vienen en D. 43,24,1 pr. En el mismo sentido, con base en otro autor, MOMMSEN, *ad. lej.*, y BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col 1609 ss., sub núm. 47: I. *quod vi aut clam* col. 1662 ss. Por lo demás, la fórmula interdictal está sin contaminación edictal,

La redacción objetiva de la fórmula (*factum est*) permite una ampliación de la legitimación pasiva del interdicto que no sería posible con una redacción subjetiva⁵⁵.

D. 43,24,15,3 (Ulp. 71 *ad ed.*) nos informa de la legitimación pasiva del heredero del que hizo la obra:

Hoc interdictum in heredem [ceterosque successores] datur in id quod ad eos pervenit⁵⁶.

Para Ubbelohde⁵⁷ se trata pura y simplemente de transmisibilidad pasiva del interdicto fundamentada en la *vis* del causante y cuyos efectos jurídicos debe asumir ahora su heredero⁵⁸. Sin

cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 76 y n. 5.

55. Cfr. D. 43,24,5,8 a 14. El giro, aparentemente incongruente, *quod factum est, restituas*, se explica desde este punto de vista.

56. Para LENEL, *EP.*³ p. 482 n. 15, el texto está interpolado, mientras para KRUEGER, *ad leg.*, C. LONGO, *L'origine della successione particolare* cit., en *BIDR.* 14 (1902) p. 155, y KRELLER, en *SZ.* 53 (1933) p. 577 n. 1, sólo estaría interpolada la extensión a los sucesores a título singular [*ceterosque successores*]. Por su parte, E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità pasiva*, en *BIDR.* 26 (1913) p. 114, integra el texto negando la presunta transmisibilidad pasiva: <non>, y rechazando igualmente la extensión de la responsabilidad a los herederos: [*in id quod ad eos pervenit*].

57. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 47 s. y p. 66.

58. Para UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 48 n. 54, sería indiferente que la obra se hubiese hecho antes o después de la *successio*, como se deduce, según el autor, de D. 43,24,13,5 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Quaestum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit: ut puta hereditas iacebat, postea adiit hereditatem Titius, an ei interdictum competat? et est apud Vivianum saepissime relatam heredi competere hoc interdictum eius, quod ante aditam hereditatem factum sit, nec referre Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit: nam et sepulchri nemo dominus fuit et tamen, si quid in eo fiat, experiri possumus quod vi aut clam. accedit his, quod hereditas dominae locum optinet. et recte dicitur heredi quoque competere [et ceteris successoribus], sive ante, quam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.* Las críticas a este texto no afectan la parte de nuestro interés, excepto la sistemática interpolación de [*et ceteris successoribus*] que en este contexto no podría referirse más que a los *bonorum possessores*. Cfr. *Index Interp.*

embargo, la circunstancia de que también el heredero del legitimado activamente puede demandar con el interdicto, independientemente de que la obra se haya hecho antes o después de ser heredero, es un argumento a favor de la extensión de la legitimación activa y no de la transmisibilidad activa del recurso. En efecto, el heredero recibe un derecho: el fundo en que se construye violenta o clandestinamente, y como tal titular del derecho dispone de la defensa interdictal. De la misma manera, el heredero del legitimado pasivamente estará legitimado pasivamente al interdicto en la medida que retenga la obra hecha.

v) *Título interdictal «quod precario» (D. 43,26).*

La fórmula de este interdicto restitutorio nos la transmite D. 43,26,2 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*):

Ait praetor: «Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas»⁵⁹.

Y respecto al mismo, se dice en D. 43,26,8,8 (Ulp. 71 *ad ed.*):

Hoc interdicto heres eius qui precario rogavit tenetur quemadmodum ipse, ut, sive habet sive dolo fecit quo minus haberet vel ad se pervenerit, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.

s. L. Ahora bien, Ubbelohde, al fundamentar la transmisibilidad pasiva del interdicto *quod vi aut clam*, también en este fragmento de D. 43,24,13,5, no cae en cuenta de que aquí se trata, no del heredero del que realizó la obra, sino del heredero del propietario del fundo en que se realizó la obra. La hipótesis del § 5 es ciertamente interesante porque se plantea a través de una obra hecha *vi aut clam* en un fundo perteneciente a una herencia yacente y que posteriormente es adida. Se dice allí que el heredero dispondrá del interdicto, tanto si se ha hecho la obra antes de ser él heredero como después: *heredi quoque competere ... sive ante, quam successit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.*

59. Cfr. LENEL *EP.*³ p. 486. La fórmula interdictal no presenta ninguna contaminación edictal, cfr. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 76.

Ahora bien, el heredero no subentra en la situación de su causante como precarista⁶⁰, pero ello no indica, como opina Ubbelohde⁶¹, que en la jurisprudencia clásica se negara la concesión del interdicto contra el heredero del precarista⁶². También en esta hipótesis el heredero del precarista estará legitimado pasivamente al interdicto *de precario* en la medida que retenga la cosa dolosamente, es decir, con conocimiento de la situación en precario de la cosa o si deja de poseerla. Por otra parte, debemos admitir que resulta sospechosa la parte final de nuestro texto D. 43,26,8,8: *ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit*, ya que el principio de la responsabilidad de los herederos por el dolo de su causante sólo se aplica en los contratos⁶³ y en la época de Ulpiano el precario no es contrato todavía.

vi) *Título interdictal «unde vi» (D. 43,16).*

Como es sabido, el interdicto restitutorio *unde vi* (D. 43,16: *De vi et de vi armata*) tutela una situación de hecho: la *possessio* de un inmueble perdida por violencia. La fórmula interdictal es la siguiente:

60. Cfr. D. 43,26,12,1 (Cels. 25 dig.): *Precario rogatio et ad heredem eius qui concessit transit: ad heredem autem eius qui precario rogavit non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio*. Pero del texto no se debe deducir, como hace UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 285, que se niegue el interdicto

61. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 285.

62. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 285 s., fundamenta su opinión en D. 43,26,12,1 (cfr. supra n. 60); en D. 44,3,11 (Pap. 2 def.): *Cum heres in ius omne defuncti successit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum illum illo vel precario possedit: quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur*. Naturalmente, el interdicto procederá contra el heredero cuando éste no ignora el precario. Sin embargo, también alega Ubbelohde SP. 5,6,12: *Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere: nullae enim preces eius videntur adhibitae. et ideo persecutio eius rei semper manebit nec interdicto locus est*, aunque en este pasaje es bastante sospechoso el *nec*, que podría ser muy bien una corrupción de *et*.

63. D. 50,17,157,2.

«Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas»⁶⁴.

Este interdicto se refiere a una *vis* ejercida por el legitimado pasivamente (*tu*) o por sus esclavos (*familia tua*)⁶⁵, pero si el ahora expulsado del fundo (*ille*) había expulsado anteriormente por violencia al actual expulsor (*tu*), aquél no podía prevalecer contra éste, a causa de la excepción de posesión viciosa, pues él mismo había tomado de aquél aquella posesión violentamente.

Ahora bien, en D. 43,16,1,44 (Ulp. 69 *ad ed.*) se dice lo siguiente:

Hoc interdictum et heredi [et ceteris successoribus] competit⁶⁶.

Según los comentarios de Ubbelohde⁶⁷, aunque la situación de hecho de la posesión no se transmite al heredero del poseedor del fundo ni tampoco el hecho mismo de la expulsión del causante poseedor del mismo, sin embargo, para este autor sí se transmitiría al heredero el efecto jurídico de la posesión perdida por su causante mediante *vis* y ello vendría a justificar precisamente la transmisibilidad activa del interdicto al heredero⁶⁸.

Por otra parte, el interdicto tiene un plazo de un año⁶⁹, desde

64 Cfr. LENEL, *EP.*³ p. 465; cfr. D. 43,16,1 pr., en donde el texto se formó por fusión del texto edictal (*Tantummodo - dabo*) con la fórmula interdictal; fusión que se demuestra por el testimonio que nos da Cicerón, *pro Tullio* 19,44,45.. Cfr. BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núm. 54: *interdicta unde vi* col. 1677, y X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 75 y n. 3 y p. 77 y n. 10. Para las críticas a D. 43,16,1 pr. cfr. *Index Interp.* s.L.

65 También por un hijo de familia o un jornalero, caso en el cual se da el interdicto como «útil», según D. 43,16,1,20. Sobre esto vid. ahora F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa).

66. La crítica al pasaje se limita a la interpolación postclásica [*et ceteris successoribus*]; vid. C. LONGO, *L'origine della successione particolare* cit., en *BIDR.* 14 (1902) p. 151 n. 2.

67. UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 64.

68. Debemos tener en cuenta que legitimado activamente al interdicto *unde vi* sólo es aquel que poseía cuando fue expulsado del fundo, según D. 43,16,1,23 (Ulp. 69 *ad ed.*): *Interdictum autem hoc nulli competit nisi ei, qui tunc cum deiceretur possidebat, nec alius deici visus est quam qui possidet.* BESELER, en *SZ.* 45 (1925) p. 480, da por interpolado todo el pasaje.

69. D. 43,16,1,39.

que se hizo la violencia; después del cual procede contra el mismo expulsor o los herederos del mismo una *actio in factum* de restitución de lo indebidamente obtenido (*in id quod pervenit*) (D. 43, 16, 1, 48, Ulp. 68 *ad ed.*):

Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem [ceterosque successores] in factum actio competit in id quod ad eos pervenit⁷⁰.

Menos fácil de explicar es la legitimación activa del heredero del usufructuario⁷¹. Así, se nos dice en D. 43,16,3,17 (Ulp. 69 *ad ed.*):

Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit [quasi in possessione], utetur hoc interdicto. sed si quis, posteaquam prohibitus est, capite minutus sit vel mortuus, recte dicitur heredibus [et successoribus] competere hoc interdictum, non in futurum constitutur usus fructus, sed ut praeterita causa et damnum praeteritum sarciatur⁷².

La dificultad de este caso está en que no podemos ver una relación básica transmisible al heredero. Por eso sólo podríamos pensar que se justifica el interdicto *unde vi* a favor de este heredero en razón de que, como dice el texto, se produjo un *damnum* en el patrimonio del usufructuario expulsado, sin que pueda demandarse por ello con acción penal alguna. De este modo, la jurisprudencia habría mantenido el interdicto *unde vi* en sustitución

70. Dicho pasaje debe complementarse también con D. 43,16,2 (Paul. 65 *ad ed.*) —que interrumpe el comentario de Ulpiano— y con D. 43,16,3 pr. (en donde se extiende la *actio in factum* al interdicto *unde vi armata*) y D. 43,16,3,1. Para las críticas a estos textos cfr. *Index Interp.* ss. LL. Según M. KASER, *ZPR.* p. 321 y n. 31, y A. d'ORS, *DPR.*⁵ p. 196 n. 3, el interdicto es pasivamente intransmisible.

71. D. 43,16,3,13, en donde KRUEGER, *ad leg.* afirma le sería dado como «útil», y en el mismo sentido BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núm. 54: *Interdicta unde vi* col. 1682, que lo denomina también como «*interdictum utile de usu*». LENEL, *EP.*³ p. 468, fundamenta en este pasaje, junto con el § 15 y FV. 90 y 91, la existencia de un interdicto «*Si uti frui prohibitus esse dicitur*». Sobre los aspectos anteriores vid. ahora F. BETANCOURT, *Interdictos útiles* (en prensa). En todo caso, si en este título interdictal existe este tercer interdicto, entonces los siguientes §§ de D. 43,16,3 deberían referirse a él.

72. Las críticas actuales al texto, incluso la que da por interpolado [*Qui-interdicto*], no afectan al fondo del mismo; cfr. *Index Interp.* s.L.

de las acciones penales inexistentes. Si esta solución puede atribuirse a Ulpiano o debe atribuirse a los compiladores, quienes ven el interdicto *unde vi* como «penal» ([*sed si quis - fin*]), no sabría decir con seguridad.

E igualmente, después del plazo del año, si los herederos no ejercitaron el interdicto, tendrán contra el *deiciens* o sus herederos la *actio in factum* de resarcimiento de lo indebidamente obtenido (*in id quod pervenit*), según dice D. 43,16,3,18 (Ulp. 69 *ad ed.*):

Heres quoque simili modo debeat in factum actionem suscipere in id quod ad se pervenit⁷³.

III. INTERDICTA DE UNIVERSITATE

Por su función propia de *interdicta de universitate* trataremos aquí dos interdictos de esta naturaleza y en los cuales se plantea también una presunta transmisibilidad de los mismos. Nos referimos a los interdictos *quod legatorum* y *de tabulis exhibendis*.

1. INTERDICTO RESTITUTORIO QUE TUTELA UN DERECHO HEREDITARIO.

i) Título interdictal «*quod legatorum*» (D. 43,3).

Tanto el heredero como el *bonorum possessor* disponen de este interdicto restitutorio contra los legatarios que se apoderaron de los objetos legados sin su consentimiento. Según la reconstrucción de la fórmula interdictal hecha por Lenel⁷⁴, ésta era así:

Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides quodque dolo

73. Como señala algún autor, cfr. *Index Interp.* s.L., podría llamar la atención el *simili modo* de nuestro pasaje. Sin embargo, nos lo explicamos desde el momento en que tanto para la protección de la posesión de un fundo, como para la tutela del usufructo se presenta la misma defensa procesal: al expulsado o a los herederos del mismo se da el interdicto *unde vi* dentro del plazo del año; después de dicho plazo se da contra el expulsor o los herederos del mismo una *actio in factum* de resarcimiento de lo indebidamente obtenido.

74. LENEL, *EP.*³ p. 453 s.

malo fecisti quo minus possideres, id, si eo nomine satisdatum est sive per illum non stat ut satisdetur, illi restituas.»

Ahora bien, en este título interdictal, en el cual no se nos conservó ni la cláusula edictal en la cual se anunciaba el interdicto ni la fórmula interdictal misma, se dice en D. 43,3,1,3 (Ulp. 67 *ad ed.*):

Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere propter utilitatem huius dicendum est [nec non ceteros quoque successores]⁷⁵.

Dejando a un lado al heredero del heredero que indudablemente adquiere un derecho y en esta consideración es claro que dispondrá del interdicto por legitimación activa, tenemos también al heredero del *bonorum possessor*. En nuestra opinión, la concesión de la *bonorum possessio* por el Pretor —mediante la *agnitio* del solicitante— da al concesionario un derecho pretorio heredable, similar al que puede tener el heredero del acreedor pignoraticio, o el heredero del acreedor de una deuda *constituta*. Por eso, en razón de ese derecho pretorio transmitido, también el heredero del que obtuvo la *bonorum possessio* puede ejercitar el interdicto *quod legatorum*. Por tanto, también aquí estamos en el caso de interdictos que corresponden a un derecho transmitido, tanto para el *heres* como para el *bonorum possessor*, y en ambos supuestos el interdicto acompaña la defensa del derecho.

2. INTERDICTO EXHIBITORIO QUE TUTELA UN DERECHO HEREDITARIO.

i) Título interdictal «*de tabulis exhibendis*» (D. 43,5).

Este interdicto exhibitorio, cuya fórmula interdictal arrastra consigo una cláusula edictal, dice así, D. 43,5,1 pr. (Ulp. 68 *ad ed.*):

75. Fuera de la crítica de C. LONGO, *L'origine della successione particolare cit.*, en *BIDR.* 14 (1902) p. 174 s., que da por interpolado [*ec non ceteros quoque successores*], LENEL, *Paling.* II col. 801 n. 7, reintegra el texto así: [*heredis bonorumque*] <*bonorum*>; reintegración a la que se opone LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum quod legatorum*, en *SZ.* 31 (1910) p. 147. Para UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette cit.* p. 47, se trata de una transmisibilidad activa.

Praetor ait: «Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas». «Item, si libellus aliudve quid relictum esse dicetur; decreto comprehendam»⁷⁶.

Respecto a este interdicto y referente a nuestro tema, tenemos D. 43,5,3,16 (Ulp. 68 *ad ed.*):

Interdictum hoc et post annum competere constat. sed et heredi [ceterisque successoribus] competit⁷⁷.

Previa a esta presunta transmisibilidad activa⁷⁸, se plantea el problema de la legitimación activa. Sólo Berger⁷⁹, que nosotros sepamos, ha tratado de circunscribir el legitimado activamente como aquel que ha hecho verosímil tener un interés en la herencia. Pero esto no es posible porque dicho interés sólo se puede establecer después de abrir las *tabulae* precisamente, y no cuando aún no se conoce su contenido. Por tanto, debemos admitir que legitimado activamente para ejercitar el interdicto está cualquier ciudadano, ya que no se puede exigir la prueba de un interés en el testamento, si no se dispone del mismo. Quizá el límite a esta legitimación activa estaría en las consecuencias del *iusiurandum calumniae*, al que se vería obligado quien ejercitase el interdicto temerariamente y, eventualmente también, en el rechazo del interdicto cuando el Pretor viera que la solicitud del mismo no era seria. Ahora bien, el demandante se dirigirá contra aquel que tiene las *tabulae* en su poder o dejó de tenerlas dolosamente, y como el legitimado activamente no tiene pruebas, se recurrirá a un *iusiurandum in litem* (D. 12,3,10). Mediante tal *iusiurandum in litem* jurará su interés en el testamento, ya sea como instituido

76 Cfr. D. 43,5,1 pr.; LENEL, *EP.*³ p. 455. Sobre la contaminación edictal de la fórmula interdictal, vid. X. d'ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico* cit. p. 77.

77. La crítica al texto se limita a la interpolación mecánica del [*ceterisque successoribus*] denunciada por C. LONGO, *L'origine della successione particolare* cit., en *BIDR.* 14 (1902) p. 150 s.

78. Como sostiene UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit. p. 65.

79. BERGER, *RE.* IX 2 s.v. *interdictum* col. 1609 ss., sub núm. 26: *I. de tabulis exhibendis* col. 1648 s.

heredero en el mismo, en cuyo caso la estimación será por el valor de la herencia (D. 43,5,3,12), ya sea como legatario, en cuyo caso la estimación será por el valor del legado (D. 43,5,3,13).

Cabría pensar en una transmisibilidad del interdicto por el fallecimiento del legitimado activamente, pero en este caso no se trataría de transmisibilidad del interdicto sino de un derecho a exigir por el heredero las consecuencias de un interdicto ya entablado por su causante. Fuera de esta posibilidad nuestro texto no tiene explicación. En efecto, podría entenderse *heres* en nuestro pasaje como el heredero del heredero que figura en el testamento; pero esto no tiene sentido, porque el interdicto compete a cualquier ciudadano. O también podría entenderse como el heredero de quien podía ejercitar el interdicto, lo cual sería absurdo ya que el heredero del que podía ejercitar el interdicto, es decir, cualquier ciudadano, tiene interés no por ser heredero sino porque cualquiera puede ejercitarlo. Por tanto, en nuestra opinión, fuera de aquella primera explicación posible, todo el texto estaría interpolado porque no tiene razón de ser ni para la transmisibilidad activa ni para la legitimación activa.

IV. CONCLUSIONES

Analizados todos los títulos interdictales que nos presentan aquellos giros gramaticales estereotipados *heredi ceterisque successoribus* o *in heredem ceterosque successores*, sobre los cuales se ha pretendido fundamentar la transmisibilidad activa o pasiva de los interdictos, podemos extraer las siguientes conclusiones:

i) En toda la serie de interdictos estudiados hemos visto cómo la jurisprudencia clásica tiene buen cuidado en indicar que el interdicto se da al heredero o al *bonorum possessor* o al *emptor* y, en general, a todo adquirente de la cosa. Ahora bien, esta posibilidad de ejercicio del interdicto por estas personas, especialmente el heredero, no debemos interpretarla en el sentido de encontrarnos frente a una transmisibilidad activa o pasiva del recurso procesal mismo, sino en virtud de la extensión de la legitimación activa o pasiva a esas mismas personas.

ii) Es evidente que todo causante transmite a su heredero su

patrimonio, es decir, sus derechos patrimoniales. También es verdad que estos derechos patrimoniales están tutelados por distintos recursos procesales pero, la *hereditas* implica transmisión de aquéllos no de éstos. Al menos así concluimos refiriéndonos a los interdictos. Que ello es así, lo vemos de forma meridiana en las servidumbres prediales, derechos patrimoniales. Cuando el causante transmite a su heredero una de aquellas servidumbres prediales estudiadas en el transcurso de esta investigación, por este solo hecho el heredero ya dispondrá sin más del interdicto correspondiente. Más aún: cuando se da la circunstancia de que el interdicto en cuestión contempla un requisito para su ejercicio, cumplido por el causante pero no por el heredero, entonces se exime a éste de dicho requisito procesal. Así, por ejemplo, el uso personal de la servidumbre durante el año inmediatamente anterior o el verano anterior —en su caso— al momento de ejercitar el interdicto. Es claro que una vez vencido dicho plazo, el heredero ejercitará el interdicto sin más porque él mismo ya dispondrá de dicho requisito procesal.

iii) En otras ocasiones, la extensión de legitimación procesal activa o pasiva del heredero está determinada por la continuidad en el *heres* de un *factum* cometido por su causante pero que se continúa en aquél o que a pesar de no continuarse en él, sí implica un enriquecimiento en el patrimonio hereditario.

FERNANDO BETANCOURT

Facultad de Derecho

San Sebastián