

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BARBANCHO TOVILLAS, Fco. José: *El interdicto de obra nueva*, Ediciones Jurídicas Serlipost, Barcelona, 1993, 206 páginas.

1. Ha sido publicada recientemente esta monografía sobre el interdicto de obra nueva, que sigue la línea de un trabajo anterior de José Soldado Gutiérrez de 1989 con el mismo título, si bien, a diferencia del carácter procesalista de este último, el autor de la actual monografía aborda el interdicto de obra nueva desde una visión más civilista; no obstante, ambos trabajos tienen en común desde un punto de vista conceptual, el estudio del origen, naturaleza, ámbito de aplicación, objeto y legitimación del interdicto de obra nueva. Estas son las cuestiones de las que el autor se ocupa, y que ahora voy a abordar; también particularmente me interesa el tema pues conecta con la línea de mi investigación de los últimos años, concretamente en el ámbito del Derecho Romano. Ciertamente, lo que respecta a la regulación procesal actual de la cuestión, descarta un estudio comparado con el Derecho Romano, pues, como indicaba ya J. Soldado, «el interdicto de obra nueva no era en Roma un interdicto —como lo es hoy en Derecho español— sino que se trataba de una denuncia. Ello ha hecho que Prieto Castro señale la inadecuación de la denominación de interdicto para el de obra nueva como poco afortunada por no ser clásica en nuestro Derecho»¹.

2. La monografía de Barbancho se divide en seis capítulos más un índice bibliográfico, si bien vamos a centrarnos en los cuatro primeros capítulos. El primero aborda la relación entre el *ius aedificandi* y el interdicto de obra nueva, partiendo de la regla *accessorium sequitur principale* y de la regla *superficies solo cedit*, así como cuál será la protección interdictal de la situación de hecho. El segundo capítulo se centra en el concepto y fundamento del interdicto de obra nueva, haciendo referencia igualmente a la naturaleza jurídica de éste. El tercer capítulo, abarca el estudio de los elementos constitutivos del interdicto de obra nueva, partiendo de la *operis novi nuntiatio*, y del concepto de *opus novum* y de daño. En el cuarto

¹ J. SOLDADO, *El Interdicto de Obra Nueva* (Granada, 1989), p. 1 s.

capítulo el autor centra su estudio en los sujetos del interdicto de obra nueva, tanto en la parte activa como pasiva.

3. Creo que el autor tiene el mérito de haber llegado a algunas conclusiones válidas al abordar una cuestión no pacífica ni en la doctrina romanística, ni en la actual doctrina positiva; además sería injusto obviar el esfuerzo que supone para un investigador la realización de su trabajo. No obstante, quisiera hacer algunas apreciaciones formales y de contenido que creo pueden tener interés, ya que es indudable que todo investigador debe someter cada uno de sus trabajos al más estricto análisis, de modo que se incurra en los más mínimos errores; esto es lo que se ha querido identificar con el término griego «acribia». Decía D'Ors que «la acribia es una virtud de la exposición científica», que adquiere valor atendiendo a las siguientes características: discreción para publicar, concisión, rigor, consideración total de la literatura pertinente que está vigente («con atinada exclusión de la bibliografía apollillada»), exactitud y pulcritud en los signos (ausencia de erratas, regularidad en los tipos de letra, y especial cuidado en las citas al pie).

a) Por lo que se refiere a la forma, se pueden apreciar a lo largo del trabajo, errores tipográficos, de sentido, una falta de homogeneidad en las notas, y un uso arbitrario y equivocado de los términos en otros idiomas: latín, francés, italiano; así como títulos de obras mal citados, y lugares de publicación de esas obras indiscriminadamente traducidos unas veces y otras no. Basten las siguientes referencias como ejemplo:

En la nota núm. 1 de la monografía, el autor comete errores en la transcripción en todas las obras de la palabra «proprietà», así como no guarda el orden debido entre estas obras, ya que las enumera sin tener en cuenta el año de su publicación. En la nota siguiente, la nota núm. 2, el autor cita en castellano el lugar de publicación «Bolonìa», mientras que en la nota anterior, cita la ciudad en italiano «Milano», ciudad que en la nota núm. 10, cita igualmente en castellano «Milán». En esa misma nota, el autor transcribe mal la palabra «Denunzia», al sustituir la «a» por una «s».

A lo largo de todas las notas al pie, el autor cita las obras unas veces con el mismo tipo de letra sin diferenciar los términos en latín, otras veces añadiéndole comillas, otras diferenciándolos, y otras poniendo en cursiva toda la obra; si bien es cierto que en el texto sí distingue los términos latinos, esto se obvia en muchas ocasiones. No hay tampoco uniformidad en la cita de las revistas, ya que unas veces las cita anteponiéndoles la preposición «en», y otras sin la preposición (*vid.* por ejemplo la nota núm. 1). En algunas ocasiones, el autor recoge la opinión de otro autor sin indicar el lugar de origen, así en la nota núm. 21, referida a Branca. No se tiene en cuenta la referencia a las últimas ediciones, y si bien sería disculpable en lo que respecta a obras de muy difícil consulta, no es éste el caso de manuales españoles como el *Derecho Privado Romano*, de A. d'Ors, del que el autor cita la 3.^a edición de 1977, mientras que hace ya tres años que ha aparecido la última, que es la 8.^a edición de 1991 (*vid.* la

nota núm. 120, en la que además el autor califica de número lo que es para D'Ors una división en párrafos). La referencia al término «*vid.*» se debe realizar siempre que se toma en consideración, sobre una cuestión concreta, la opinión expresada más ampliamente por un autor, por lo cual suele ser muy común en todas las obras; sin embargo, el autor hace un uso muy restringido de la misma, señalando directamente la obra a la que se refiere, lo que sólo es factible si se cita explícitamente y entre comillas la opinión de su autor.

Quizá sea atribuible al editor la errónea enumeración de algunas notas al pie en el texto, cuyo contenido viene transcrito en la página siguiente, lo cual dificulta la lectura del trabajo; y en el mismo sentido, en la página 54, el último párrafo aparece cortado y no tiene continuidad en la página siguiente; mientras que en la página 189, se duplica el último párrafo.

b) Es cierto que en una obra de investigación hay que atender principalmente al contenido, pero no es menos cierto que los defectos formales pueden llegar a desvirtuar el trabajo del autor, e incluso el interés que el lector pretende dar a su estudio, así como la fiabilidad que posteriormente le otorgue. Así pues, y sin olvidar el mérito del autor en la realización de un trabajo tan complejo, quisiera hacer algunas precisiones igualmente sobre el fondo del trabajo, ya que algunas de sus afirmaciones no me parecen suficientemente fundamentadas, lo cual es un error en el que suele caer todo investigador en alguna ocasión, ya que creemos tener muy claros algunos conceptos que sin embargo no resultan tan transparentes para el lector, por lo que necesitan de una pausada y más amplia explicación, y del apoyo en una sólida doctrina y jurisprudencia:

i) El autor dice que «No se construyó en Roma una auténtica doctrina general de la Adhesión, como no podía ser menos ya que en el Derecho romano, como en el Derecho Intermedio, no se acudía a técnicas de construcciones generales sino a situaciones particulares y detalladas» (p. 9). Tal afirmación peca del rigor exigible a un trabajo de investigación. El autor fundamenta tal afirmación en la opinión expresada hace 25 años por un autor no romanista, como es Garrido Palma y quizá por ello, yerra en sus apreciaciones (no se puede hacer referencia a un concepto romano, expresando la opinión de un positivista, del mismo modo que no acudiríamos a la gran autoridad de Castán para definir el concepto de la «posesión» en Derecho Romano). Roma, ciertamente, no tenía un derecho reglado, sino que se regía por la evolución de una jurisprudencia que sí creaba, lo que hoy se podría llamar doctrina, pero que el derecho romano sea esencialmente casuística, no impide que se crearan principios generales que debían regir en todos los casos. Precisamente esta cuestión de la adhesión fue ampliamente debatida por la jurisprudencia romana, siendo uno de los puntos esenciales de la controversia entre la escuela clásica de los proculeyanos y la escuela de los sabinianos. No sólo se estudió la simple adhesión, sino que se debatió ampliamente la teoría de la «adhesión invertida», como lo

demuestran los numerosos textos recogidos en el Digesto de Justiniano, principalmente en el libro 41, título 1². En concreto, como bien indica Di Pietro, «Hay dos principios claves que hay que tener presente: i) que toda cosa accesoria sigue el destino de la cosa principal (*accessio cedit principali*; Dig. 34, 2, 19, 13) y ii) que la tierra es considerada siempre cosa principal y por lo tanto todas las otras cosas acceden a ella (*omne quod inaedificatur solo cedit*; Dig. 41, 1, 7, 10)»³.

ii) Afirma igualmente el autor que constituye una regla el que «la *facultas aedificandi* integra el núcleo de facultades dominicales junto al uso, disfrute y la disposición» (p. 9). Esto obviamente no corresponde a la realidad, que engloba como únicas facultades del *dominus*, precisamente esas tres, pero no la facultad de edificar, y ello porque esta última está claramente integrada en el contenido global de la facultad de disposición; como dice D'Ors, «Los actos de disposición son aquellos que alteran la integridad de la cosa. La alteración que implican los actos de disposición puede ser física o jurídica, según se altere la cosa misma o tan sólo su pertenencia jurídica; la alteración puede ser total («consumición») o parcial. Puede haber, pues, cuatro clases de actos de disposición: ... ii) de alteración física parcial, cuando se cambia su función (construir en un solar...)»⁴; otra forma de entenderlo, nos obligaría a especificar, como categorías distintas, cada uno de los tipos de disposición, de uso y de disfrute, lo cual podría suponer un absurdo.

iii) El autor dice, «Cuando el derecho protege a aquél que confía en la apariencia jurídica, apariencia de edificar sin perjuicio frente a tercero, lo realiza en razón de la buena fe. Pues bien, ésta es la buena fe que se pretende destruir mediante la tutela interdictal» (p. 52 s.). Ésta no es la situación que se contempla en el caso de la edificación. Como es sabido, a quien realiza cualquier actuación, ya sea en terreno propio como ajeno, no se le protege en principio por una apariencia jurídica sino por una apariencia fáctica, puesto que lo único visible materialmente es la actuación que se presume que corresponde a un título. Del mismo modo, no será la buena fe la que se «pretende destruir con la tutela interdictal», ya que esta buena fe no es la que permite edificar, sino que será la que proteja al constructor durante el tiempo en que está construyendo. Esto es, la buena fe unida a una justa causa, o, como aparece en la nomenclatura jurídica actual, unida a un justo título, será la que conceda efectivamente la protección del derecho, pero no la que permite realizar la construcción, ya que ésta es factible incluso sin la existencia de la buena fe. Ya los juristas

² Así, D.6,1,61; D.6,1,23,3; D.41,1,7,7; D.41,1,9,2, y una amplia doctrina sobre la cuestión: RICCOBONO, en *BIDR.* (1895), 250 s.; BONFANTE, *Corso* 1, 2, p. 102; CALONGE, en *Studi Grosso* 2, 200; SCHULZ, *Storia*, p. 391; en *IURA* (1969) 714; en *SZ.* 79, 17, 81, 123 n. 30, 129; en *SZ.* 90, 5 n. 16; en *SZ.* 98, 501 n. 3; el principio de que todo lo que se construye accede al suelo viene recogido por el derecho romano en: D.41,1,7,10.12 (*Gai. 2 cott.*); *Gai. 2,78*; *Inst.* 2,1,30; *Epit.* 2,1,4.

³ DI PIETRO, *Institutas*⁴ (Buenos Aires, 1993) p. 246, n. 66.

⁴ D'ORS, *DPR.*⁸ (Pamplona, 1991), § 137.

clásicos decían que es tan difícil demostrar la buena fe (y por ello, mucho más difícil es equipararla a la actuación fáctica), que, ésta se presume cuando existe justa causa (o justo título).

iv) El autor señala que Biondi defiende el carácter penal de los interdictos en derecho romano (p. 71). Nada más ajeno a la realidad, o mejor dicho, a la teoría de Biondi; precisamente este autor es uno de los más firmes detractores de los interdictos penales, ya que considera que ningún interdicto tuvo carácter penal en derecho romano clásico. Todo lo contrario; Biondi afirma rotundamente que cualquier consideración respecto de la penalidad de los interdictos, es justiniana. Biondi anula una a una todas las características penales referidas a los interdictos en derecho romano. Así por ejemplo, según Biondi, es Justiniano quien añade la *noxae deditio* al interdicto *quod vi aut clam* (comúnmente considerado como interdicto penal), que no es penal, para extender la responsabilidad del *dominus* más allá de la *patientia*: «Io credo che la estensione della *noxae deditio* al campo degli interdetti provenga da Giustiniano; si ha qui una manifestazione importante di quel lavoro nel sistema delle *actiones* che i compilatori hanno sempre di mira»⁵. Es pues completamente erróneo tomar como ejemplo a este romanista para referirse a la penalidad de los interdictos. El autor recurre en alguna ocasión a otro romanista, Branca, pero precisamente en cuestiones no polémicas en la doctrina, sin tomarlo como fundamento para la defensa del carácter penal de los interdictos, cuando precisamente este autor es la piedra angular de tal teoría, contra Biondi⁶.

v) Dice el autor: «En el Derecho romano también aparecían dos modalidades de interdicción (prohibición) en relación con el *ius aedificandi* del titular del fundo: El *interdictum ex operis novi nuntiatione (demolitorium)*, y el *interdictum ne vis fiat aedificandi*» (p. 70); «En la solicitud el denunciado ponía en conocimiento del Magistrado la inobservancia de la prohibición a lo que el Magistrado dictaba un Decreto prohibitivo» (p. 70 s.); «... como el resto de los interdictos, era prohibitivo y perpetuo» (p. 71).

A este respecto hay que hacer notar, que el término «interdicto», que etimológicamente significaba «prohibición» (y por ser los interdictos prohibitorios los primeros en el tiempo, de aquí viene la generalización del término a todos los demás), extiende su contenido desde el momento en que integra también las órdenes del Magistrado que no implican una prohibición, los *decreta*; así, señalaba Gayo que «Son llamados *decreta* cuando se ordena que algo se haga, como por ejemplo cuando se prescribe que algo sea exhibido o restituido. En cambio, son llamados *interdicta* cuando

⁵ BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, en «Annali Palermo», 10 (1925), 78. Esta misma opinión parece compartir GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona, 1981), p. 72 s., al referirse a la teoría de Biondi respecto a la noxalidad en acciones no-penales.

⁶ Vid. BRANCA, *Carattere penale dell'interdetto «quod vi aut clam»*, en «Scritti Scialoja», 1 (Bologna 1952).

se prohíbe que se haga algo, como por ejemplo cuando se prescribe que no se haga violencia a quien posee sin vicios o que no se haga algo en un lugar sacro. De aquí que todos los interdictos son llamados o «restitutorios», o «exhibitorios» o «prohibitorios» (*Gai.4,139*). Así pues, queda claro que no siendo todos los interdictos prohibitorios, habrá que ver de qué tipo son los interdictos referidos por el autor; en este sentido, es opinión unánime que el interdicto *ex operis novi nuntiatione* es un interdicto restitutorio, y no prohibitorio, ya que persigue la restitución de las cosas a su estado original, ya sea demoliendo lo construido, o construyendo lo demolido; mientras que el interdicto *ne vis fiat aedificandi* sí que tiene como fin una prohibición: *quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto*. Resulta pues erróneo decir que todos los interdictos son prohibitivos y perpetuos; precisamente, respecto de la perpetuidad, debe destacarse que si fuera cierta en todo interdicto, nunca se hubiera planteado la doctrina la polémica entre el carácter penal o no de algunos interdictos, ya que, igual que las acciones penales suelen ser anuales, así también los interdictos penales; por ello se ha discutido, entre otras cosas, si el interdicto *quod vi aut clam* y el *unde vi* son penales, por ser anuales. Pues bien, la característica de la anualidad, como dice Voci, es uno de los más tenues para indicar el carácter penal⁷, sin embargo, por el contrario, no hay duda de que los interdictos perpetuos no son penales.

JOSÉ M.^a LLANOS PITARCH

CASTÁN VÁZQUEZ, José M.^a: *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justinianeo a los Códigos civiles)*; Lección inaugural del Curso Académico 1994-1995 de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 28 páginas.

Después del preámbulo de rigor, se refiere el autor a una obra reciente del civilista peruano Fernández Sessarego sobre el creciente interés científico en torno al concebido y no nacido¹, y aunque en este punto, como en tantos otros, el Derecho Romano no nos ha legado definiciones categóricas, no podría afirmarse que haya ignorado la realidad de la vida intrauterina, ni que haya negado al concebido algunos derechos; antes bien, las fuentes nos ofrecen diversos textos que parten de aquella realidad y afrontan, al menos en parte, la problemática jurídica que de ella se deriva. El más significativo es, sin duda, el de Juliano en el Digesto (D.1,5,26): *qui in utero sunt in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*. El autor sigue la opinión de Catalano² para quien la igualdad del concebido y del

⁷ VOCI, *Risarcimento e pena privata nell diritto privato classico* (Milano, 1939), p. 168.

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, 1992.

² CATALANO, «Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latino-