

# Algunas líneas sobre el arrendamiento de lugares públicos en Derecho Romano: análisis del *Interdictum de loco publico fruendo* (sobre el disfrute de un lugar público, D. 43.9<sup>1</sup>)

JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE  
Universidad de Córdoba

Como es sabido, la grandeza de Roma se basó también en una adecuada conjugación de la experiencia jurídica, sociológica, humanística y administrativa. En esta extensa línea de la actividad administrativa desarrollada por la sabiduría romana en sus facetas didascálicas, doctrinales y morales nos parece oportuno mencionar uno de los interdictos que, basado en la utilidad pública, reconoce directamente la protección interdicial de todos aquellos particulares que hayan arrendado algún lugar público. En este sentido, respecto a las premisas generales sobre la tutela interdicial, nos parece acertado recordar que algunos interdictos tutelaban abiertamente la facultad de uso general, pero en otras ocasiones es la utilidad particular la que parece prevalecer. Las reflexiones jurisprudenciales de los interdictos analizados en otros estudios<sup>2</sup> así lo atestiguan de manera singular, resaltando en la mayoría de las ocasiones la protección que se otorga al uso general de los bienes públicos. No obstante, examinando detenidamente el texto legal del interdicto que nos ocupa, puede comprobarse de forma suficientemente explícita que su planteamiento contrasta significativamente con los principios que parecen informar los diferentes interdictos sobre las cosas públicas; si bien su posible justificación puede resultar evidente.

<sup>1</sup>D.43.9.1 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum). Cfr. LENEL, "Edictum perpetuum", 3ª edición, Leipzig, 1927, p.239; UBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs", Erlangen, 1893, p.284 y ss; Id. en Glück, Commentario alle Pandette XLIII-XLIV, pt. I-II (Traducción italiana a cargo de Pouchain, Milán 1899): III-IV 1905, pp.43, 139, 144 y 625; BERGER, s.v. «Interdictum», en PW IX (1916), p.1644 n°16; LONGO, "Interdictum de loco publico fruendo", NNDI, T.VIII, p.802; LANFRANCHI, "Studi sull'ager vectigalis", I, Faenza 1938, pp.101 y ss; II. "Il problema della usucapibilità degli agri vectigales", Annali Camerino, 13 (1939), p.163 y ss; III. "La trasmisibilità a titolo singolare del ius in agro vectigali", Annali triestini, II (1940); LEVI, "Genesi della centuriatio e dell'ager vectigalis", La parola del passato, 129 (1968) pp.49 y ss; BURDESE, "Studi sull'ager publicus", 1952, p.106; KASER, "Die Typen der römischen Bodenrechte in der späteren Republik, en ZSS 62, 1942, pp.37 y ss; BOVÉ, "Ricerche sugli agri vectigales", Nápoles, 1960; GABRIELLA ZOZ, "Riflessioni in tema di res publicae", Torino, 1999, pp. 180; LAZO GONZÁLEZ, "El régimen jurídico de las aguas y la protección inter-

dictal de los ríos públicos en el derecho romano", Universidad Católica de Valparaíso, Revista de estudios histórico-jurídicos, vol. XXI, 1999, pp. 65 y ss. El texto mencionado refleja una esencia clásica, carente de interpolaciones, como reflejan la mayoría de las aportaciones de los estudiosos sobre el tema en cuestión. Véase Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur. MITTEIS, LEVY, RABEL, 3 vol. y un supl. (Weimar 1929-1935), p.283.

<sup>2</sup>Véase ALBURQUERQUE, JM, "A propósito de las providencias administrativas urgentes: Los interdictos en Derecho Romano", en «Derecho y opinión» (Revista del Dept. Ciencias Jeas, Intdes. e Hcas. y Fil. del Dº.-Univ. Córdoba), 1996, N° 3-4, pp. 185-228; ID. : "Perfil de la orden interdicial ne quid in loco publico fiat (Que nada se haga en lugar público, D.43.8.2.pr.)", en «Derecho y opinión», 1997, N°5, pp.139-161; ID. "A propósito de la protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia al interdicto ne quid in loco publico fiat (D.43.

8.2.pr.), en Problemática del derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio, Universidad de Jaén, 1999, pp.89-125; ID. "Notas sobre la reparación de las vías públicas y caminos públicos: interdictum de via publica et itinere publico reficiendo. D. 43.11.1.pr.", en "Derecho y opinión", 1999, N°7, pp. 283-290; ID. "Consideraciones en materia de protección vial: el interdicto "ne quid in via publica itinereve publico fiat. quo ea via idve iter sit deterius fiat" (D. 43.8.2.20), en El Derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000), Universidad de Huelva, 2001, pp. 259-296; ID. "Experiencia administrativa romana: algunas manifestaciones del poder de los magistrados romanos con relación al uso público de los bienes de dominio público", en El poder estatal y local: problemas jurídicos. Rusia-España. Actas de las jornadas. Servicio de publicaciones Universidad Estatal de Voronezh, 2000.

<sup>3</sup> Sin profundizar en esta sede en la interesante distinción de BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", Trieste, 1940, capítulo II n.36, p.204, utilidad pública y utilidad privada, por considerar que en la expresión utilitas pública se pueden subsumir las diferentes aplicaciones y justificaciones que venimos refiriendo, sin necesidad de pormenorizar ahora cuando se trata de utilidad específica de los particulares o de libre disposición de todos. Recuérdense las palabras de LONGO, "Utilitas publica", L'AREO, 1972, vol. XXIII, n. 71, donde ponía de relieve que para Justiniano, "publicus non è res populi e utilitas è publica secundo le insindacabile forme de valutazione, que il potere imperiale può farne, senza necessaria coincidenza con l'utilitas omnium (anche se la costituzione di Giustiniano si danno carico quasi costantemente di puntualizzare, ove è possibile, tal coincidenza)".

En efecto, la utilización en varios textos ya citados de la expresión utilidad pública<sup>3</sup> -y otros que mencionaremos a continuación-, nos hace corroborar nuestro pensamiento inicial en el que se pone de relieve que la tutela interdictal referida y la diversidad aplicativa de la misma, se encuadraría sin lugar a dudas en este concepto que podría considerarse excesivamente pluriséptico, pero que se reconduce sin grandes dificultades a la causa que justifica la aplicabilidad de estos interdictos: *utilitas publica*.

Otro texto probaría, a nuestro juicio, el reconocimiento legal de esta trascendental idea:

D.43.9.1.1 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): *Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit.*

Resulta evidente, nos dice nuestro autor, que este interdicto se propone por causa de utilidad pública, pues protege los arriendos públicos al prohibir que nadie se oponga por la violencia al que tomó en arrendamiento una cosa para disfrutarla.

Un argumento de ULPIANO que tiene que ver con la causa que justifica la ejercitabilidad del interdicto *de loco publico fruendo* pero también -en el marco de las diferentes aplicaciones que puede abarcar la idea de utilidad pública- con la posibilidad de disfrute de un lugar público por el legítimo arrendatario o su socio:

D.43.9.1 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): *Praetor ait: Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto.*

El pretor prohíbe que se impida por la violencia el disfrute de un lugar público tomado en arrendamiento de quien tuviera el derecho para arrendarlo. Se

protege, tanto al arrendatario principal como a su socio, con objeto de disfrutarlo conforme a los términos del arrendamiento.

Los romanos sintieron una gran proclividad a convertir la utilidad pública y el uso común de las cosas públicas en el eje sobre el cual gravita frecuentemente la tutela interdictal en relación a las cosas de dominio público. Como hemos podido observar, en el título VIII del Digesto, libro 43, -*ne quid in loco publico vel itinere fiat*- el cause natural de los cuatro interdictos referidos lo constituye, principalmente, la prevalencia del uso público. En cambio, el título IX del mismo libro -*de loco publico fruendo*- no tiene nada que ver con el uso común, sino con la protección específica del arrendatario de un *locus publicus*. Si bien, no es de extrañar esta posibilidad si recordamos la afirmación de ULPIANO, contenida en D.43.8.2 pr., en la que, aunque se defiende el uso público del lugar, prohibiendo que se introduzca o haga algo que pueda causar algún daño a alguien, niega la aplicación del interdicto -*ne quid in loco publico*- contra quien haya obtenido legítimamente una concesión sobre el mismo (Ley, Senadoconsulto, Edicto, o Decreto de los Príncipes). Así pues, no se podrá ejercitar este interdicto (D. 43.9.1) contra el sujeto de la concesión (concesionario); y a su vez se protege directamente al arrendatario o al socio contra las posibles perturbaciones que se le puedan ocasionar mediante este interdicto prohibitorio: *De loco publico fruendo*. Es decir, el interdicto protege al arrendatario de un *locus publicus* contra cualquier molestia que pueda ocasionar un tercero en el ejercicio de aquellos derechos que le corresponden en virtud del contrato de arrendamiento (*ex lege locationis*)<sup>4</sup>. Se trata, como señala BETANCOURT<sup>5</sup>, "fundamentalmente, de un concesionario o arrendatario del *ager publicus* (vectigalista) que paga el arrendamiento (vectigal) por el disfrute (*uti y frui*). Por ello el vectigalista está legitimado activamente a este interdicto edictal vetatorio". Así pues, una pretensión que exceda de los límites esta-

blecidos en el contrato de arrendamiento no gozará de la protección interdicial:

*D.43.9.1.3 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): Ait praetor quo minus e lege locationis frui liceat merito ait e lege locationis: ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.*

Por tanto, es el amplio ámbito de las concesiones legítimas, avalado por las afirmaciones de ULPIANO (D.43.8.2.2) sobre las conveniencias públicas, lo que probablemente ha determinado el tenor literal de este interdicto relativo al disfrute de un lugar público. Aquí se utiliza la utilidad pública como causa por la que se propone este interdicto con objeto de que pueda extraerse un disfrute económico en relación a un bien de uso público (se ampara, por tanto, a los tributos públicos —*tuetur enim vectigalia publica*). Este es el móvil del legislador por el que se da preferencia al arrendatario de un *locus publicus* (garantizar los ingresos públicos). Aspecto que, sin mención específica a la utilidad pública, pero como consecuencia de su dilatada proyección y sin encuadrarlo particularmente en el campo de las concesiones, vimos en el mismo sentido —con la justificación *ne ruinis urbs deformetur*— en un texto de ULPIANO (D.43.8.2.17) en el que se imponía un *solarium* (tributo) al constructor de un edificio, sin permiso ni oposición alguna, en un lugar público (afirmación que favorece los ingresos públicos y que estaba perfectamente admitido por las autoridades competentes en estos supuestos). Lo que solía ocurrir cuando el magistrado, basándose en su poder discrecional, no decidía demolerlo.

Evidentemente, el pago del *solarium* es incompatible con la propiedad privada de la obra<sup>6</sup>.

Como hemos podido observar, aunque es la utilidad pública la que parece apoyar la virtualidad interdicial, el fundamento de la protección interdicial parece diferente: en D.43.8.2.2 (Ulp. 68 ed.), “y con él (se refiere al interdicto

*ne quid in loco publico fiat*) se atiende tanto a las conveniencias públicas, como a la de los particulares, no como propios de éstos, sino de la ciudad; y tenemos tanto derecho a conseguirlo, como tiene cada uno del pueblo para impedirlo”. En D.43.9.1.1 (Ulp. 68 ed.), “es evidente que se propone este interdicto (*de loco publico fruendo*) por causa de utilidad pública: porque se ampara a los tributos públicos, al prohibir que nadie se oponga por la violencia al arrendatario”. Así pues, como escribe CAPOGROSSI COLOGNESI, “*I loca publica* di D.43.8.e *I loca publica* di D.43.9 (solo formalmente individuati in modo identico), il fondamento stesso della tutela interdittale varia profondamente. Basti confrontare la giustificazione adotta dallo stesso Ulpiano a proposito dei relativi interdetti. In D.43.9.1.1, egli infatti si limita a sostenere che si proteggono *I vectigalia publica* e quindi il pubblico interesse ad essi collegato, *dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit*, mentre invece, in D.43.8.2.2, la pubblica utilità appare direttamente connessa alla fruizione da parte di tutti di *tali loca*”. Matices que corroboran el dilatado concepto de *utilitas publica* que mantenían los romanos.

Aunque faltan datos en las fuentes, es bastante probable que las palabras *sociosve eius*, en el esquema de este interdicto, sirvan para poner de relieve que, generalmente, en el arrendamiento de grandes fincas públicas participe una sociedad de varios arrendatarios<sup>7</sup>. De tal manera que un socio o un número reducido de éstos concluye el contrato de arrendamiento, mientras los demás responden de la misma manera de las obligaciones procedentes de ello como *praedes* y tienen los mismos derechos, con la limitación que ofrece la prioridad que se otorga al arrendatario principal en el supuesto de ejercitar simultáneamente el interdicto (D.43.9.2). Por tanto, parece adecuado conceder directamente, también a ellos, la protección que ofrece este interdicto. Es indudable, que para proceder con este interdicto tendrían que evidenciar su condición de

<sup>6</sup> Es decir, como señala LONGO, “*Interdictum de loco publico fruendo*”, cit., p.802, del pacto de concesión, respecto al cual los juristas usan la terminología propia de las *locationes* privadas, si bien la identificación de esta forma de concesión con el arrendamiento ha sido objeto de discusión. Cfr. GAYO, Inst.III, 145: *Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio, familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis queri soleat, atram emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio. Veluti si qua res in perpetuum locata sit; quod euent in praedictis municipium quae ea lege locantur, ut quamdiu (id) uectigal praestetur, neque ipsi conductorumque heredi eius praedictum auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse.* Aunque, como puede observarse, en estos supuestos el mismo GAYO acoge la idea de considerarlo más bien como un arrendamiento. Lo que nos parece bastante lógico si tenemos en cuenta las limitaciones a las que nos hemos referido a la hora de las posibles transmisiones de res publicae (Cfr.FERNANDEZ DE BUJAN, A. “Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa e Iberoamérica”, 5ª edición. Madrid, 2000, p. 216). Cabría añadir finalmente, que la *locatio* ha sido el sistema habitual utilizado para las diferentes concesiones que afectan al *ius piscandi*. Cfr., entre otros, BRANCA, “*Le cose extra patrimonium humani iuris*”, cit., p.101; BONFANTE, “*Corso de diritto romano II. La proprietà*”, Milán, 1966, p.82; BIONDI, “*Condizioni giuridica del mare e del litus maris*”, *Scritti giuridici*, III, p.110 y ss; BISCARDI, “*Il concetto romano di locatio nelle testimonianze epigrafiche*”, *Circolo giuridico dell'Università, Siena*, 1960, p.414; MAROI, “*Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*”, (RISG 1920), *Scritti giuridici*, I,

Milán 1956, p.5 y ss.; LOMBARDI, "Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano", en BIDR 53-54, 1948, p. 340 n. 4; ZOZ, "Riflessioni in tema di res publicae", cit., pp. 180 y ss.

<sup>5</sup> BETANCOURT, F. "Derecho Romano Clásico", 2ª edición, Universidad de Sevilla, Sevilla 2001, p.270.

<sup>6</sup> En relación con esta afirmación, véase, entre otros, SCHERILLO, "Lezioni di diritto romano. Le cose", I, Milán, 1945, p.123; ROBBE, "La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea", "che non ha nè capo nè coda", tomo I, Milan, 1979, p.900.

<sup>7</sup> CAPOGROSSI COLOGNESI, "La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana", II, Milano, 1976, p.4 n.3.

<sup>8</sup> Cfr., en este sentido, BERGER, "Interdictum", cit., p.1644; UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., p. 303; KNEIP, "Societas publicanorum", Iena 1896, pp. 106 y ss; MITTEIS, "Römisches privatrecht bis auf die Zeit Diokletians", Lipsia 1908; SLECHTER, "Le contrat de société en Babylonien en Grèce et a Roma", Paris 1947.

<sup>9</sup> En esta línea de pensamiento se expresa UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., p.303.

<sup>10</sup> Cfr. BERGER, "Interdictum", cit., p.1644. Sobre si *locus* no significa terreno, sino sitio; es decir, parte de un terreno en su sentido verdadero; y, la correlación progresiva entre *ager publicus* y *locus publicus* véase UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., p.300.

socio con el arrendatario<sup>9</sup>. Así pues, no existe motivo alguno que se tenga que deducir de la mencionada extensión de la fórmula interdictal al socio del arrendatario. La concesión se ha realizado, esencialmente, en interés del arrendatario principal o titular. Esta circunstancia se puede apreciar en el siguiente fragmento de ULPIANO:

*D.43.9.1.2 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): Sed si simul veniant ad interdictum movendum ipse qui conduxerit et socius eius, magis est, ut ipse conductor praeferatur.*

Para decidir cuál de las dos opciones se ha de elegir, en el supuesto de que concurren al mismo tiempo el arrendatario y su socio con idea de ejercitar el interdicto, es más acertado, según ULPIANO, que debe preferirse al mismo arrendatario.

En definitiva, el interdicto sobre el disfrute de un lugar público garantiza los ingresos públicos protegiendo al arrendatario o grandes arrendatarios (sociedad de varios arrendatarios) del *ager publicus* (fincas públicas del Estado, en general, tierra y suelo estatal<sup>10</sup>).

Por lo que se refiere a la reflexión jurisprudencial sobre el análisis general de este interdicto, parece evidente que ha sido cancelada por los compiladores justinianos; como puede observarse resulta emblemática la brevedad del Título IX del libro XLIII del Digesto<sup>11</sup>.

El siguiente fragmento, también de ULPIANO, pero tomado en este caso del libro cincuenta y siete de sus Comentarios al Edicto y recogido en D.47.10.13.7, habla de este interdicto y lo considera como medio de protección para el que ha realizado un arrendamiento público:

*D.47.10.13.7 (ULPIANUS, libro LVII ad edictum): Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graecae ὀάαζις dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum*

*convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huc similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest, in lacu tamen, qui mei domini est, utique piscari aliquem prohibere possunt.*

ULPIANO afirma la protección interdictal, si bien como escribe LONGO,<sup>12</sup> "ammettendo il ricorso all' *actio iniuriarum* sotto il generico profilo della esclusione dell'uso e dal godimento di una *res publica*, che competono al *civis*, in quanto tal".

A este juriconsulto, asesor -junto con PAULO- del *praefectus praetorio* PAPIANIANO, le interesa constatar aquí la posibilidad de utilizar la acción de injurias cuando a alguien se le impida pescar en el mar<sup>13</sup>. El jurista avala esta afirmación acogiendo la opinión de POMPONIO, contemporáneo de SALVIO JULIANO, que coincidía, como él mismo señala, con la doctrina jurisprudencial mayoritaria. Así pues, como destaca POMPONIO, este caso es semejante al de cuando no se deja que uno se bañe en los baños públicos, o se siente en las gradas públicas (del teatro), o

pasee, se siente y esté en otro lugar público, o si alguien no permitiera que uno use la cosa que le pertenece, pues en estos casos puede demandarse con la acción de injurias.

El jurista severiano, por tanto, alude a la *actio iniuriarum* con objeto de proteger a los ciudadanos que sean perturbados en el uso normal de las cosas públicas. Cabría recordar ahora, que ésta era la solución ofrecida por ULPiano para los supuestos análogos, en el pasaje contenido en D.43.8.2.9, antes citado, donde se afirmaba que es la acción de injurias (y no el interdicto *ne quid in loco publico*) la que se ha de ejercitar cuando se impida a alguien pescar o navegar en el mar, jugar en un campo público, lavarse en un baño público o entrar en un teatro (*in mari piscari aut navigare prohiberi, in campo publico ludere, in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceri*). En este mismo orden de ideas entiende ULPiano el fragmento al que nos estamos refiriendo D.47.10.13.7: *... (in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari...)*<sup>15</sup>. Como puede observarse, el elenco citado por este jurista no abarca todas las cosas consideradas como públicas, si bien, se podría pensar con BRANCA<sup>16</sup>, que el elenco referido por ULPiano tiene carácter meramente ejemplificativo, o si se recurre al criterio analógico, se debería admitir con facilidad que la *actio iniuriarum* serviría para tutelar a toda persona contra toda perturbación del uso de cualquier *res publica*. También era admitido, según ULPiano, el ejercicio de la *actio iniuriarum* contra aquellos que prohibieran pescar delante de su palacio o casa de campo<sup>17</sup>. Es interesante observar que se trata de una consecuencia lógica al referirse, este supuesto, a una cosa –como es bien sabido, encuadrada por la doctrina jurídica romana entre las *res communes omnium*<sup>18</sup>– sobre la cual no se puede negar el uso a nadie.

Ciertamente, no deja de llamar la atención que al encuadrarse el mar en la categoría de las *res communes*

<sup>15</sup> Un fragmento de ULPiano del libro LXVIII *ad edictum* con tres párrafos muy abreviados, y un párrafo de PAULO excesivamente corto: Véase D.43.9.1 (*ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum: Praetor ait: Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto.*(1) *Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, quid id fruendum conduxit.*(2) *Sed si simul veniant ad interdictum movendum ipse qui conduxit et socius eius, magis est, ut ipse conductor preferatur.*(3) *Ait praetor quo minus e lege locationis frui liceat, merito ait e lege locationis: ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat*) y D.43.9.2 (*PAULUS, V Sententiarum*) *Concedi solet, ut imagines et statuae, quae ornamenta rei publicae sunt, futurae, in publicum ponantur.* Cfr. FALCONE, “Ricerche sull’origine dell’interdetto uti possideitis”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, Palermo, 1996, p.147 n.13 y p.152 n.29.

<sup>16</sup> MOMMSEN, en relación con la frase *Si forte publice hoc conduxit* sugiere la corrección (*hoc*) <*locum*>, por considerar que se trata de un arrendamiento de *locus publicus*; no obstante, si seguimos las ideas de XAVIER D’ORS, “La vis en la tutela interdictal pública. (A propósito de una hipótesis de Labruna)”, en *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Navarra 1976, vol. III, p.426, “quizá no sea necesaria la citada corrección, si se piensa que Ulpiano alude a un arrendamiento público en general, sea de un lugar, sea de un servicio público (como podría ocurrir con unas termas, un teatro, etc.), cuyo disfrute se impide con violencia al conductor”.

<sup>17</sup> LONGO, “Interdictum de loco publico fruendo”, cit., p.802.

<sup>18</sup> Sobre la libertad de todos los ciudadanos para pescar en las aguas públicas véase también, D.1.8.4 (*Marcianus, libro III Institutionum*): *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceat, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit. Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.* Inst. Just. 2.1.2: *Flumina autem omnia et portus publica sunt; ideoque ius piscandi omnibus commune est in porto fluminibusque.*

<sup>15</sup> Aunque los textos han sido en parte retocados, puede decirse que la sustancia es clásica Cfr. GROSSO, “Corso di diritto romano. Le cose”, Torino, 1941, p.182 n. 1; BRANCA, “Le cose extra patrimonium humani iuris”, cit., pp.117, 119 y ss. ROBBE, “La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea”, cit., p.905.

<sup>16</sup> BRANCA, “Le cose extra patrimonium humani iuris”, cit., p.159.

<sup>17</sup> Sin embargo, el mismo ULPiano nos recuerda en el fragmento citado, que la prohibición de pescar delante de la casa de campo –que podía realizar el propietario de la misma– se había introducido como costumbre, aunque, como señala este jurista, sin fundamento en derecho. Esa posibilidad permitida sólo por la costumbre, que no resulta avalada por ULPiano, sería finalmente acogida por LEON VI (el filósofo). Cfr. Col. II, Nov. 56, donde se puede apreciar claramente el carácter de exclusividad de uso privado con esta finalidad, sobre ese espacio que se encontrase delante de las casas ribereñas. Véase sobre este comentario de la regla de LEON, FERRARI DALLE SPADE,

"Di alcune leggi bizantine riguardanti il litore marino e la pesca nelle acque private", Scritti Giuridici I, Milán, 1953, p.94, "Lo specchio d'acqua che bagna la spiaggia, comprendente anche il luogo lasciato, or sì or no, scoperto dell'aque è ormai riconosciuto, anche per legge, privato dominio, e paragonato ai vestiboli d'un edificio".

<sup>18</sup> Cfr. D.1.8.2 (Marcian, 3 Inst.=Inst. 2.1.18); D.11.8.4 (ULPIANUS, libro LXVIII *ad edictum*); D.1.8.10 (POMPONIVS, libro VI *ex Plautio*); D.41.1.14 (NERATIUS, libro V *Membranarum*); D.41.1.30.4 (POMPONIVS, libro XXXIV *ad Sabinum*); D.41.1.50 (POMPONIVS, libro VI *ex Plautio*); D.43.8.2.8 (ULPIANUS, libro LXVIII *ad edictum*); D.43.8.3 (CELSUS, libro XXXIX *Digestorum*); Inst.2.1.1 y 2.

<sup>19</sup> Véase el ya referido comentario de A. D'ORS, "De la guerra y de la paz. Mare nostrum", cit., p. 54. Asimismo, escribe A. D'ORS, "Derecho Privado Romano", 9ª edición, cit., p. 180 n.3, "La teoría (de origen estoico) de que las cosas sin confines son *res communes omnium* debe de ser post-clásica, pero anterior a la bifurcación de la tradición manuscrita de las *institutiones* de Marciano reflejada en la contraposición de D.1.8.2, 1 e Inst. 2.1.1."

<sup>20</sup> PAMPALONI, "Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno", BIDR 4, 1891, pp. 199 y ss.

<sup>21</sup> MANENTI, "Concetto della communio relativa alle cose pubbliche ed alle *communes omnium*", Studi Filangieri, Milán 1894.

<sup>22</sup> RAESTAD, "La mer territoriale", París 1913, p.6 y ss.

<sup>23</sup> COSTA, "Il mare e le sue rive nel diritto romano", Rivista di diritto

internazionale, serie II, vol.V, 1916; "Le acque nel diritto romano", Bologna 1919.

<sup>24</sup> BONFANTE, "Nota Pandette de Windscheid", vol.I, parte II, 1922, pp.716 y ss.; Id., "Corso di diritto romano II. La Proprietà", cit., pp.65 y ss.

<sup>25</sup> MAROI, "Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano", (RISG 1920), Scritti Giuridici I, Milán 1956.

<sup>26</sup> BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", cit. loc. cit.

<sup>27</sup> SCHERILLO, "Lezioni di diritto romano. Le cose", cit. loc. cit.

<sup>28</sup> BIONDI, "Condizione giuridica del mare e sul litus maris", Scritti Giuridici III, especialmente véase la consideración expresada en p.112.

<sup>29</sup> LOMBARDI, "Ricerche in tema di ius gentium", Milán, 1946, p.107-114.

<sup>30</sup> A. D'ORS, "De la guerra y de la paz. Mare nostrum", Madrid 1954, p.54.

<sup>31</sup> DELL'ORO, "Le *res communes omnium*", Studi Urbaniti 1963.

<sup>32</sup> ROBBE, "La differenza sostanziale fra *res nullius* e *res nullius in bonis* e la distinzione delle *res pseudo-marciane*", cit. loc. cit.

<sup>33</sup> SCARANO USANI, "Ermeneutica, diritto e valori in L. Nerazio Prisco", LABEO 1977, pp.163 y ss.

<sup>34</sup> CHARBONNEL, N. MORABITO, M., "Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs", RH, 1987, pp.24 y ss.

<sup>35</sup> ZOZ, "Riflessioni in tema di *res publicae*", cit., p. 190 y ss.

<sup>36</sup> LAZO GONZÁLEZ, "El régimen jurídico de las aguas y la protección interdicial de los ríos públicos en el derecho romano", Universidad Ca-

*omnium*<sup>19</sup>, se tenga que asumir sin dificultad alguna las limitaciones concesorias respecto al *usus omnium*. A nuestro entender, no andan demasiado extraviados quienes se afanan por descubrir la delimitación más precisa a este respecto. Como es sabido, en ocasiones resulta bastante infructuoso el intento de conciliar las fuentes –que sí abordan estos aspectos singulares de las probables concesiones, como ya hemos advertido–, y la polémica doctrinal en orden a la concepción de las *res communes omnium*, incrementada por la concesión exclusiva a los particulares realizada por la autoridad competente. En esta línea de investigación, han expuesto el resultado de sus trabajos, desde hace más de un siglo hasta la actualidad, con matices muy diferentes, en los que se examina con mayor agudeza los aspectos críticos de los textos relativos a nuestro tema, además de los ya mencionados en otra parte de nuestro estudio, PAMPALONI<sup>20</sup>, MANENTI<sup>21</sup>, RAESTAD<sup>22</sup>, COSTA<sup>23</sup>, BONFANTE<sup>24</sup>, MAROI<sup>25</sup>, BRANCA<sup>26</sup>, SCHERILLO<sup>27</sup>, BIONDI<sup>28</sup>, LOMBARDI<sup>29</sup>, D'ORS<sup>30</sup>, DELL'ORO<sup>31</sup>, ROBBE<sup>32</sup>, SCARANO<sup>33</sup>, CHARBONNEL y MORABITO<sup>34</sup>, ZOZ<sup>35</sup> y LAZO GONZÁLEZ<sup>36</sup>, entre otros.

A nuestro juicio, no resulta fácil ofrecer una opinión completamente definitiva a este respecto: pues, como ya hemos señalado, excede de nuestro propósito. Las oscilaciones doctrinales sitúan al mar (y el litoral<sup>37</sup>, con mayor complejidad) entre las *res communes omnium*, o bien, en algunos casos, se destaca su aproximación al ámbito de las *res publicae* (a veces *res publicae iuris gentium*); incluso se considerado ha en ocasiones como una *res nullius*. Es bien sabido que la jurisprudencia más tradicional califica unánimemente al mar como cosa común a todos los hombres<sup>38</sup>. Asimismo, cabe recordar, que muchas de las construcciones más convincentes de la jurisprudencia romana han tenido, en numerosas ocasiones, cumplida acogida en Las Siete Partidas de ALFONSO X<sup>39</sup>: Partida III, título XXVIII, ley 3: Las cosas que pertenecen en común a todos los vivientes son:

el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera. Cada cual por lo tanto puede usar de estas cosas como le sea necesario, y aprovecharse de la mar y su ribera pescando, navegando, y haciendo todo lo que crea que le es provechoso<sup>40</sup>. Si intentamos ahora extraer alguna conclusión, lo primero que habremos de reconocer con BONFANTE<sup>41</sup>, como ya advertíamos en la primera parte de nuestro trabajo, es que las *res communes omnium* son una categoría híbrida. Es decir, que comprende en parte cosas que no son susceptibles de propiedad alguna, y por otro lado, cosas en las que parece primar la propiedad pública o privada, pero de las cuales no se niega el uso a ninguna persona.

Nos interesa especialmente resaltar ahora, a los efectos de nuestro estudio, que en todos aquellos supuestos en los que aparece la acción de injurias, como medio que sirve para tutelar las relaciones de los particulares con las cosas destinadas al uso público, se puede observar que se trata de una protección indirecta o a modo de reflejo, puesto que, como es sabido, el objeto de dicha defensa es otro. Esta acción penal tutela la personalidad individual, tanto la integridad física como la moral, cuyo ámbito se ha ido ampliando lentamente hasta comprender también los supuestos que impiden el ejercicio normal de un derecho y, por tanto, el disfrute de las cosas destinadas al uso público.

Como acertadamente ha señalado ROBBE<sup>42</sup>, "l'applicazione dell'*actio iniuriarum* alle ipotesi di turbativa del singolo nel godimento di cose destinate al pubblico uso si spiega con il fatto che non vi è mezzo generale a tutela dell'uso di tutte le cose pubbliche, ma solo mezzi particolari relativi a talune cose e a talune facoltà; onde la giurisprudenza ha cercato di provvedervi indirettamente, facendo rientrare nel concetto di *iniuria* tutti i casi per cui non esisteva un apposito mezzo di tutela".

Sin embargo, como ya hemos advertido, a pesar de que el uso público pueda quedar garantizado también por esta

tética de Valparaíso, Revista de estudios histórico-jurídicos, vol. XXI, 1999, pp. 65 y ss.

<sup>37</sup> Cfr., sobre el litoral, Inst. 2.1.3: *Est autem litus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit; D.50.16.112 (IAVOLENUS, libro VI ex Cassio): "«< litus >> publicum est catenus, quae inaxime fluctus exaestat...".*

<sup>38</sup> Cfr., A. D'ORS, "De la guerra y de la paz. Mare nostrum", cit., p.54. Es completamente cierto —también en nuestra opinión— que la tradición en los pasajes del Digesto favorece esta afirmación.

<sup>39</sup> "Las Siete Partidas" de Alfonso X, (Trad. Muro Martínez), Tomo I, Partidas I, II y III, Valladolid 1875, p.532 y 533. Cfr., "Las Siete Partidas", Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1974. Sobre la importancia del texto de las Partidas, véase, entre otros, GACTO FERNANDEZ, ALEJANDRE GARCIA, GARCIA MARIN, "El derecho histórico de los pueblos de España", Madrid, 1997, pp.275 y ss. Asimismo, TORRES AGUILAR, "Sobre el control de los oficiales en la Castilla bajomedieval y moderna. La larga pervivencia del Derecho Romano", Derecho y Opinión, Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico-Sociales, Universidad de Córdoba, n.º 0, 1992, p.189, destaca "que la concepción medieval acerca del origen del poder y su ejercicio, se apoya firmemente en los pilares doctrinales que los comentaristas bajomedievales habían construido sirviéndose de los principios de derecho romano...", en los párrafos siguientes, este autor, pone de relieve la relevancia de las Partidas en este sentido "...las Partidas, mostrando a las claras, una vez más, esa omnipresencia del elemento romano canónico recibida en dicho texto". "En estas leyes, afirma ARRÁZOLA (Enciclopedia española de Derecho y administración, Tomo II, 1849, p.294 y ss.), calcaadas sobre los mismos principios de la legisla-

ción romana, aparece establecida la distinción de ambos dominios, privado y público, ...".

<sup>40</sup> Cfr. D.1.8.2.1(MARCIANUS, libro III *Institutionum*); Inst. 2.1pr-1.(Son comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar, y con él sus costas). En relación a las cosas y sus clases en la Partidas véase Partida III, título XXVIII, ley 3: Las cosas son: unas comunes a todos los vivientes, de modo que las aves y las bestias pueden usar de ellas lo mismo que los hombres; otras pertenecen sólo a éstos en general; otras que son propias de un pueblo o lugar habitado; otras que pertenecen a cada hombre en particular; y otras que están fuera del dominio de los hombres. Cfr. D.1.8.2 pr.(MARCIANUS, libro III *Institutionum*). (Véase la clasificación de cosas sagradas, religiosas o santas en la ley 12,13,14 y 15 del mismo título referido, asimismo obsérvese D.1.8.6.2 y 3 (MARCIANUS, libro III *Institutionum*); D.1.8.8 (MARCIANUS, libro IV *Regularum*); D.1.8.9 (ULPIANUS, libro LXVIII *ad edictum*). En las Partidas también se encuestran las costas del mar entre la cosas comunes, como ya hemos señalado, si bien el comentario que aparece recogido en la parte final de la III Partida, título XXVIII, ley 3, cit., puede presentar también algunos aspectos discutibles que hacen cuestionable, como en Derecho Romano, su ubicación precisa entre las *res communes omnium*:...Más si en la ribera del mar hallase casa, u otro edificio cualquiera que pertenezca a alguno, no debe derribarlo, ni usar de él en manera alguna sin voluntad de su dueño; pero si el mar u otro derribase, o se cayese él, bien podrá cualquiera edificar de nuevo en cualquier sitio. Como continuación del texto precedente se añade en la ley 4: Cualquiera puede hacer casa o cabaña en la ribera del mar, para acogerse cuando le convenga,

así como cualquier edificio para aprovecharse de él, con tal de que no impida el uso comunal de los demás. Asimismo puede hacer en la ribera galeras y otros navios; enjugar redes y hacerlas de nuevo; sin que en estas cosas y en otras semejantes pueda nadie hacerle impedimento. Se entiende por ribera del mar toda la parte que se cubra con el agua de él, en la mayor creciente del año. Cfr. Inst. 2.1.3 y 5; D.43.8.3 (*CELSUS*, Libro XXXIX *digestorum*); D.43.8.4 (*SCAEVOLA*, libro V *responsorum*); D.39.2.24 pr. (*ULPIANUS*, libro LXXXI *ad edictum*); D.39.1.1.18 (*ULPIANUS*, libro LII *ad edictum*). Como es sabido, algunas de las afirmaciones jurisprudenciales acerca de los litorales considerados por algunos como públicos, (p.e. habría recordar el texto de *IAVOLENO*, maestro de *SALVIO JULIANO*, que perteneció al *consilium* de *TRAJANO*, D.50.16.112 (libro XI *ex Cassio*), así como otros en los que o bien se presupone o bien se afirma directamente: D.41.1.14 (*NERATIUS*, libro V *Membranarum*); D.41.1.50 (*POMPONIUS*, libro VI *ex Plautio*); D.41.1.65. 1 (*LABEO*, libro VI *Pithanon a Paulo epitomatum*); D.43.8.3 (*CELSUS*, libro XXXIX *Digestorum*); D.43.8.4 (*SCAEVOLA*, libro V *Responsorum*), han contribuido a que gran parte de la doctrina ya referida haya destacado el carácter público de la ribera del mar (al menos en la jurisprudencia republicana y clásica; pues, para algunos autores, en la época justiniana la condición jurídica tampoco estaba demasiado clara: consideradas como res nullius, o entre las res nullius y res publicae in publico usu. La razón de la doble clasificación de los litorales—calificado de cosa común para todo el mundo en ocasiones y enumerado entre las cosas públicas en otras— quizá estriba, según *GARCIA ARIAS*, "Libertad de los mares en Roma", cit. p.468, en el hecho de que "no siempre se distin-

guó nitidamente entre los términos *communia* y *pública*, y por ello, los jurisprudencistas hablan a veces de cosas <comunes> queriendo referirse a cosas pertenecientes al *Populus romanus*". En suma, como es sabido, la ambigüedad romana en el tratamiento de las riberas del mar ha dejado sus huellas en las legislaciones actuales de base predominantemente romanista. "Le droit romain est au centre de cette histoire", como dicen *CHARBONNEL N.* y *MORABITO M.*, "Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs", cit., p.23. Aspecto al que también se refería *PAMPALONI* en 1892, "Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno", cit., p.238, con unas matizaciones que consideramos muy interesantes, cuando comentaba que los Códigos modernos habían acogido el principio que incluía las costas del mar entre los bienes de dominio público (entre los ejemplos citados hacía referencia al Código prusiano (II, 14,21), Código francés (art.538), Código austriaco (Nº 287) y el Código italiano (art. 427), poniendo de relieve que casi todos coincidían en reconocer que los litorales a los que se referían son exactamente las costas internas). En opinión de este autor, "...si errerebbe ritenendo che il principio sancito dai Codici moderni derivi storicamente dall'aver ritenuto che Celso dichiarasse demaniali le rive interne del mare; ossia in ultima analisi dal *Corpus Iuris*. Gli scrittori di diritto comune, se ho ben veduto, erano unanimi fino al cominciare di questo secolo nel trarre la legge di Celso al senso degli altri passi delle Fonti. Como continuación del texto precedente *PAMPALONI* (p.239), señala que al acoger los Códigos modernos el principio que considera los litorales del mar como demaniales, "no hanno inteso nè di contraddire al concetto delle *res communes omnium* nè di affermare la demanialità del mare". Por tanto, en nuestra opinión, la influencia romana, a este respecto, en las legislaciones modernas, sigue siendo constatable, y la comprensible ambigüedad en las tentativas doctrinales

vía, el uso exclusivo de un particular podía limitar el derecho de uso general si disponía de la correspondiente concesión pública. La necesidad de la concesión resulta pues ineludible, como nos confirma *ULPIANO* en el referido pasaje de D.47.10.13.7, cuando nos dice que al arrendatario que tenga un derecho de pesca concedido, le otorgaban los antiguos un interdicto (el de *loco publico fruendo*), con la finalidad de evitar toda violencia dirigida a impedir el disfrute de su arrendamiento<sup>43</sup>.

La estipulación del contrato público de arrendamiento es, por tanto, absolutamente necesaria; pero esto no significa que el particular quiera apropiarse de una zona concreta de mar, sino que quiere usarla de modo exclusivo —en palabras de *BRANCA*<sup>44</sup>, "(come <<riserva di pesca>>) *pur senza mutar la natura fisica ed economica* delle res communis: la quale continua ad avere la facies —e per certi aspetti (ai fini della navigazione, dell'approdo ecc.), a seconda dei termini della locatio, la destinazione —di res communis, mentre in realtà non lo è per quanto riguarda la pesca". Probablemente, a nuestro entender, el pago de un vectigal se vería pues, como un intento de conciliar el principio general de la indisponibilidad de las *res communes omnium* (patrimonio común de todos y de uso general), con la posibilidad admitida de restringir este principio, mediante las concesiones del ente público que favorecen el disfrute exclusivo de algunos particulares.

Volviendo, pues, al tema que nos ocupa, nos parece acertado poner de relieve la dificultad<sup>45</sup> que puede entrañar la aplicación en este contexto, del interdicto útil al que se refiere *ULPIANO* en D.43.14.1.7:

*ULPIANUS*, (libro LXVIII *ad edictum*): *Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere Sabinus consentit: et ita Labeo. Ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.*



El primer jurista del *ordo equester* que recibió el *ius respondendi*, SABINO, personaje crucial de la famosa escuela de los *sabiniani*, y LABEON, admiten que al publicano, que tomó en arrendamiento un lago o un estanque, le compete el interdicto útil, si se le impidiera pescar allí. Así, pues, si lo tomó en arriendo de un municipio, será lo más justo protegerle con el interdicto en favor del tributo.

Así, pues, puede admitirse que se trata de un interdicto que, al igual que el interdicto de *loco publico fruendo*, parece fundarse en una consideración de naturaleza financiera (D.43.9.1.1)<sup>46</sup>. Los lagos y los estanques, como señala ULPIANO, D.43.14.1.6 (libro LXVIII *ad edictum*), también pueden ser considerados como públicos: *Possunt autem etiam haec esse publica; es decir, lacus y stagnum* (D.43.14.3 y 4), como afirma este jurisconsulto en el mismo libro referido.

En opinión de BERGER<sup>47</sup>, no se puede entender por qué los compiladores Justinianos extraen un interdicto *utile* del contexto en el que ULPIANO lo trataba, y por qué debían trasladarlo a otro sitio. Como escribe este autor: "So wird auch das i. ut. der D.43.14.1.7, mit dem *i. ut in flumine publico navigare liceat* zusammenzubringen sein, wenn auch Schiffahrt und Fischerei ganz verschiedene Dinge sind". Es decir, de esta forma se podrá reunir el interdicto útil de D.43.14.1.7 con el interdictum *ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.14.1.7), aun siendo la travesía en barco y la pesca dos cosas completamente diferentes.

Parece más congruente con el contexto histórico pensar, con XAVIER D'ORS<sup>48</sup>, "que en D.43.14.1.7—Ulpiano 68 ed., se conceda con carácter útil el interdicto *ut in flumine publico navigare liceat*, se debe, sin duda, a la especial naturaleza del arrendamiento allí propuesto: *Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur...*".

de resolución de esta contradicción sigue siendo objeto de viva controversia. En nuestro Derecho, desde la perspectiva civil y administrativa, se llega a la conclusión de encuadrar el mar entre los bienes de dominio público estatal destinados a un uso público. La Constitución española afirma en su art. 132.1 "La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación".<sup>2</sup> "Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental". Nuestro Código civil en sus arts. 338 y 339 señalan lo siguiente: 338. "Los bienes son de dominio público o de propiedad privada". 339. "Son bienes de dominio público: 1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riveras, playas, radas y otros análogos". Se observa en esta enumeración, afirma GARRIDO FALLA ("Tratado de Derecho administrativo", Vol. II, Madrid, 1992, p.437), "a parte de su carácter ejemplificativo, de una parte, que mientras unos de estos bienes pertenecen al dominio público necesario, otros sólo son demaniales en cuanto pertenecientes al Estado; de otra, que el régimen jurídico de la mayoría de estos bienes no deriva del escueto precepto legal citado, sino de las legislaciones específicas". En la clasificación y enumeración de los bienes que realiza GARRIDO FALLA, ("Tratado de Derecho administrativo", cit. pp.436-455), cabría destacar los bienes de dominio público por su naturaleza (es decir, los enumerados en el art. 339 del C.C. que hemos mencionado precedentemente), pudiendo distinguir a su vez entre los bienes de dominio hídrico (regulados en el Código Civil cuando se refiere a las aguas terrestres y en la Ley de aguas de 2 de agosto

de 1985; sobre la Ley de Aguas véase el libro de GALLEGO ANABITARTE, A., MENENDEZ REXACH, A., DIAZ LEMA, M., "El Derecho de aguas en España", Madrid 1986, que, en nuestra opinión, resulta un tratado de ineludible consulta a este respecto), dominio minero (Ley de minas de 1980 y ley de 1974 sobre investigaciones de hidrocarburos, etc.), dominio marítimo-terrestre (Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, Ley de Puertos de 1928 y de 1992) y dominio aéreo (Ley de investigación aérea de 21 de agosto de 1960); b.—Los bienes destinados a un uso público por su afectación singular: caminos y carreteras construidas por el Estado, vías pecuarias, puertos, puentes construidos por el Estado; c.—Los bienes destinados a un servicio público que también enumera el art. 339.2 del CC: murallas, fortalezas, minas, el Patrimonio Nacional etc. La ley de Costas de 1988, en su título I, relaciona los bienes a los que se extiende este dominio: 1.—La ribera del mar y de las rías (que incluye la zona marítimo-terrestre y las playas o zonas de depósitos de materiales sueltos); 2.—El mar territorial y las aguas interiores, con su lecho y subsuelo; 3.—Los recursos naturales de la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Como hace notar SANCHEZ MORON, "Los Bienes Públicos (Régimen jurídico)", Madrid 1997, pp.127-161, la ley de Costas, fiel a la tradición histórica reflejada en las Partidas, recoge un uso común general del dominio público marítimo-terrestre que sin embargo, es sometido a diversas limitaciones de carácter general. A nuestros fines interesa destacar ahora con GARRIDO FALLA ("Tratado de Derecho administrativo", cit. p. 439) en su comentario sobre la ley de Costas 22/1988, que "constituye una declaración inequívoca de la titularidad estatal de las costas españolas".

<sup>41</sup> BONFANTE, "Nota Pandette de WINDSCHEID", cit., pp.716 y ss.

<sup>42</sup> ROBBE, "La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea", cit., p.905. Cfr., en este sentido, BONFANTE, "Corso", cit., p.85; BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", cit., p.159; GROSSO, "Corso di diritto romano", cit., p.182.

<sup>43</sup> Para BIONDI, "Condizione giuridica del mare e del litus maris", *Scritti Giuridici III*, p.111 y ss., la necesidad de la concesión no destruye o limita el usus omnium, sino que lo confirma y lo garantiza.

<sup>44</sup> BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", cit., p.101.

<sup>45</sup> Como destaca BERGER, "Interdictum", cit., p.1643, resulta muy difícil acomodar aquí el interdicto útil referido en D.43.14.1.7 y, en este punto, llegar a ver un interdicto *utile de loco publico fruendo*. Una desacertada interpretación de este interdicto útil, puede verse, según BERGER, en UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", p.293.

<sup>46</sup> Cfr. UBBELOHDE, "Commentario alle pandette", cit., p.625.

<sup>47</sup> BERGER, "Interdictum", cit., p.1644.

<sup>48</sup> XAVIER D'ORS, "La vis en la tutela interdicial publica. (A propósito de una hipótesis de Labruna)", cit., p.427 n.16. Cfr. D.43.14.1 pr. (ULPIANO, libro LXVIII *ad edictum*): Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quoque minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdiciam. Resulta evidente, en opinión de UBBE-

LOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., p.286, que el interdicto *de loco publico fruendo* (D.43.9) no se ha establecido para la protección de los que han arrendado el derecho a pedir los impuestos del usufructo directo del terreno. Sobre los publicanos véase, en general, el Título IV del libro XXXIX del Digesto: *De publicanis et vectigalibus et commissis*. Son publicanos, señala ULPIANO, D.39.4.1.1 (libro LV *ad edictum*), los que disfrutaban de tributos públicos; porque de esto reciben el nombre, tanto si pagan el tributo al fisco como si los perciben para sí: "...publicani autem sunt, qui publico fraudantur (nam inde nomen habent), sive fisco vectigal pendunt vel tributum consequantur; et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani". Véase en páginas posteriores el concepto más amplio de Publicano que proponemos apoyándonos en la jurisprudencia y en la aquiescencia doctrinal.

<sup>49</sup> BETANCOURT, "Derecho Romano Clásico", 2ª edición, cit., p.275.

<sup>50</sup> a) *Quo minus illi in loco publico navem ratem agere quoque minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto*. (Veto que se impida violentamente pasar con barco o balsa por un lago público y cargar o descargar en la orilla). a") *Quo minus illi in stagnum publicum navem ratem agere quoque minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto*. (Veto que se impida violentamente pasar con barco o balsa por una presa pública y cargar y descargar en la orilla). Cfr. D.43.14.1pr. (ULPIANO, libro LXVIII *ad edictum*): Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quoque minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Y, a continuación, añade ULPIANO: También interpondré interdicto para que sea lícito navegar por lago, presa o estanque público: *Item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdiciam*.

Nos interesa señalar, por tanto, que la tutela pretoria del arrendatario de la pesca de un lago o estanque públicos se recoge en otro título interdicial diferente al contenido en D.43.9. En este sentido, señala BETANCOURT<sup>49</sup>, que otro de los supuestos de interdictos vetatorios decretales cobijados bajo el Título interdicial de D.43.14.1.7 es el siguiente:

*Quo minus lacus vel stagnum publicum, publicano, cui locandi ius fuerit, piscari, alicui locavit, Publicano conduxi sociove eius e lege locationis piscari liceat, vim fieri veto*. (Veto que se impida por la violencia que pueda pescar, en lago o estanque públicos conforme a los términos de arrendamiento, aquel Publicano o su socio, que tomó en arriendo de pesca de quien tuviera el derecho de arrendarlo).

En palabras de este autor, "se trata de un concesionario (*Publicanus*) de un lago o estanque públicos que paga el vectigal por la explotación piscícola. La motivación que se da para este supuesto consiste en vetar que se impida al *Publicanus*, no la navegación en el lago o estanque públicos—para los cuales ya están previstos los interdictos decretales vetatorios a' y a' <sup>50</sup>—, sino la pesca en los mismos. Por tanto, como añade este romanista, se trata de garantizar al arrendatario (*Publicanus*) de la pesca del lago o estanque públicos la exclusiva de la explotación piscícola en ellos. Por eso el *Publicanus* está legitimado activamente a este interdicto decretal vetatorio para impedir la pesca de cualquier otro".

En suma, como ha puesto de relieve la doctrina mayoritaria, hay que entender las palabras contenidas en el interdicto *de loco publico fruendo*, en el sentido de arrendamiento, en virtud del cual se arrienda un *locus publicus* (es decir, un campo o terreno de los comprendidos en el *ager publicus*<sup>51</sup>) a un particular o a su socio para que, mediante el pago de un *vectigal*<sup>52</sup>, puedan obtener los Publicanos—libremente y sin perturbaciones de ningún tipo—los beneficios que les aporte el usufructo del mis-

mo. Resulta evidente, como afirma UBBELOHDE<sup>53</sup>, que el interdicto *de loco publico fruendo* (D.43.9) no se ha establecido para la protección de los que han arrendado el derecho a pedir los impuestos del usufructo directo del terreno. Ni siquiera podría extender su ámbito de aplicación a los supuestos de arrendamientos públicos relacionados con la pesca en estanques o lagos públicos —como hemos visto más arriba—, si consideramos que para la tutela de este tipo de explotación se dispone de otro modelo de interdicto, al que ya nos hemos referido al tratar el fragmento contenido en D.43.14.1.7.

Sin embargo, en relación con los arrendamientos de pesca en el mar, hemos observado que parece primar —en estos casos— la supuesta titularidad pública; si consideramos jurídicamente avalada la extensión que propone ULPIANO —recordando a los *veteres* (...*conductorum autem veterum interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit*) en D.47.10.13.7— del interdicto *de loco publico fruendo* a todos los arrendatarios que tengan concedido el derecho de pesca en el mar —cosa de uso común, que no debería ser susceptible de apropiación alguna y que no se le debe negar el uso a nadie—. Se podría aducir, a nuestro entender, que las excepciones analizadas en nuestro estudio corroboran las afirmaciones doctrinales sobre las *res communes omnium*, en las que se pone de relieve que probablemente se trata de una categoría híbrida. Nosotros, conscientes de la complejidad de esta materia que no constituye el eje central de nuestra investigación en esta sede, preferimos adoptar una posición de reserva menos decisiva, a pesar de las interesantes alegaciones de BIONDI<sup>54</sup> a este respecto: La necesidad de la concesión no destruye o limita el *usus omnium*, sino que lo confirma y lo garantiza.

En nuestra opinión, no existen grandes dudas, por tanto, sobre la ineludible concesión previa, pero, no obstante, nos plantearíamos si los textos que avalan dicha concesión de pesca en el mar es-

tán suficientemente justificados —aunque si admitidos—. Es decir, se trata de unos fragmentos integrados en un contexto directamente relacionado con la acción de injurias<sup>55</sup>, que, precisamente, representa también una tutela respecto a la libertad de pesca en el mar sin connotaciones de exclusividad, con unas argumentaciones más detalladas y pormenorizadas. Es decir, con una justificación aparentemente más contrastada que la parte del fragmento (D.47.10.13.7) en la que se desprende que la pesca en el mar puede ser objeto de locación, y se introduce la protección interdictal a quien tenga este derecho concedido.

En el mismo texto mencionado, pocas líneas después de esta afirmación, en la que se observa la tutela prevista para los arrendatarios de la pesca marina, se vuelve a decir: <<...*et quidem mare commune omnium est*>>. La consideración aquí recogida confirma una vez más que el mar está dentro de la categoría, unánimemente admitida, de las *res communes omnium*. A los fines de la presente indagación no nos parecería inútil cuestionarnos si nos encontramos ante una excepción o bien ante el reconocimiento de que la pública utilidad por parte de la reflexión jurisprudencial haga primar, con frecuencia, la titularidad pública del mar. No es de extrañar, por tanto, como es sabido, que haya autores que justifican, sin ninguna reserva, los arrendamientos de pesca marina apoyándose en los fragmentos tratados, y llegan a afirmar, con razonable lógica, que el Estado disponía frecuentemente del mar como si fuera de su propiedad<sup>56</sup>.

Llegados a este punto nos parece acertado hacer una breve referencia sobre los Publicanos<sup>57</sup>: Son Publicanos, nos dice ULPIANO, los que disfrutaban de tributos públicos; porque de estos reciben el nombre, ya paguen el tributo al fisco<sup>58</sup>, ya perciban para sí el tributo; y todos los arrendatarios del fisco pueden llamarse rectamente publicanos: D.39.4.1.1<sup>59</sup> (*ULPIANUS, libro LV ad edictum*):

<sup>53</sup> Cfr. entre otros, BURDESE, "Studi sull'ager publicus", Torino 1958, pp. 46 y ss.

<sup>54</sup> Véase BOVE, "Ricerche sugli agri vectigales", Nápoles 1960, pp. 11 y ss.; LANFRANCHI, "Studi sull'ager ager vectigalis", Faenza 1938.

<sup>55</sup> UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs", cit., p. 286.

<sup>56</sup> BIONDI, "Condizioni giuridica del mare e del litus maris", cit., pp. 111 y ss. Cfr. COSTA, "Il mare e le sue rive nel diritto romano", cit., pp. 13 y ss.

<sup>57</sup> Cfr. el Título X de D.47, sobre la acción de injurias y los libelos difamatorios.

<sup>58</sup> A este respecto véase BONFANTE, "Corso di Diritto Romano II La proprietà", cit., pp. 74 y ss.

<sup>59</sup> Sobre los publicanos y los <tributos> vectigales véase, especialmente, Digesto libro XXXIX: Título IV.

<sup>56</sup> Cfr. sobre el fisco, los ya referidos trabajos de VASALLI: "Sull rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano", Studi Senesi XXV, 1908, (=Studi Giuridici II, Milán 1960) p.3 y ss. Id. «Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche», Acque e trasporti, I (1917), p.92; ahora en Id. Studi Giuridici II, cit., pp.13 y ss. Respecto a la idea de publicano véase recientemente: MATEO, "Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma", Univ. Cantabria 1999, pp. 167 y ss.

<sup>57</sup> Respecto a las interpolaciones aducidas por un sector doctrinal

véase "Index Interpolationum...", cit., pp. 99 y ss. No obstante, nosotros, realizada una profunda lectura de las fuentes, somos de parecer similar de todos los que piensan que las posibles interpolaciones doctrinales aludidas no privan de valor a nuestra reflexión jurídica, respecto al arrendamiento de tributos, y, especialmente, a la idea que se ve reflejada en numerosas ocasiones en relación a que todos los que toman del fisco alguna cosa en arrendamiento se llaman, con razón, publicanos.

<sup>60</sup> ARIAS BONET, "Societas publicanorum", AHDE, vol. XIX, 1948-1949, pp. 220 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. entre otros, *Cat. Oratorum reliquiae*, 17, 5: (en relación a las concesiones públicas de las salinas); *Plin. Nat., Hist.*, 34, 17, 165: (refiriéndose no sólo a la recaudación de impuestos, sino, como venimos señalando, a la explotación de los prados o minas de hierro); *Pol. Hist.*, 6, 17, 2: (que alude a la posibilidad de explotación por parte de los Publicanos a propósito de tierras cedidas, ríos, jardines y parques).

<sup>62</sup> Cfr. entre otros, SALVIOLI, "Le capitalisme dans le monde antique", Paris 1906, pp. 40 y ss, en relación a los actos de usura y las grandes concesiones de servicios públicos o derechos sobre terrenos públicos realizados por las autoridades administrativas competentes. (Recuérdense las actuaciones del imprudente Publicano Verres); IMBERT, "Histoire économique", Paris 1965, pp. 61 y ss.

*Hic titulus ad publicanos pertinet. publicani autem sunt, qui publico fruuntur (nam inde nomen habent), sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur: et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani.*

En sentido general, el Publicano representa la persona que arrendaba los impuestos públicos; es decir, el que realizaba la exacción de los impuestos directos e indirectos; independientemente de que las necesidades de la administración le atribuyeran en parte, frecuentemente, una función (séanos lícito utilizar una aventurada expresión) cuasipública, con objeto de recaudar dichos impuestos o realizar un determinado servicio público. En este sentido se entienden las palabras de ARIAS BONET<sup>60</sup>, entre otros, cuando habla del Publicano en sentido más general: Publicano es todo concesionario de un servicio público o de un trabajo público. Desde esta perspectiva, nos parece acertado apreciar la atención que se presta al interés público, sobre todo al analizar las diferentes actividades que realizan en el ejercicio de su función. Si bien, esta idea general sobre los Publicanos se completa con la frase que introduce ULPIANO: Todos los arrendatarios del fisco pueden llamarse realmente Publicanos: *...et omnes, qui quid a fisco conducunt, recte appellantur publicani*. Por tanto, cabe recordar, que no se debe circunscribir la función de los Publicanos al arrendamiento de los impuestos públicos. Nuestro jurista, en el libro XXXVIII *ad edictum*, D.39.12.5, reitera que se llaman publicanos los que tienen tomados en arrendamiento los tributos públicos: *Publicani autem dicuntur, qui publica vectigalia habent conducta*. GAYO, hablando de las sociedades, en su libro III *ad edictum provinciale* (D.3.4.1pr.), hace referencia no sólo al arrendamiento de las contribuciones públicas que pueden efectuar los Publicanos, sino también a la posibilidad de arrendamientos en relación a las minas de oro, de plata y salinas: *...paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora, ut ecce vectiga-*

*lium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum*. Asimismo, Gayo en su libro XIII *ad edictum provinciale* (D.39.4.13pr.), afirma que también se llaman publicanos los que tienen «en arriendo» salinas y yacimientos de greda (arcilla arenosa) y de metales: *Sed et hi, qui salinas et cretiferas et metalla habent, publicanorum loco sunt*.

Una argumentación que discorra por estos cauces nos induce a pensar, con la doctrina mayoritaria, en el concepto mucho más amplio de la idea de Publicano, sus funciones y los diferentes tipos de arrendamientos que puede realizar. En efecto, como demuestran los textos jurídicos mencionados y los escritos literarios<sup>61</sup>, la experiencia administrativa romana permite, en este contexto, el arrendamiento de terrenos públicos, minas, servicios públicos y, el más citado, la recaudación de los impuestos públicos. En nuestra opinión, esta enumeración que encontramos en las fuentes, tanto jurídicas como extrajurídicas, aparece —más que como un elenco tasado de cosas públicas que pueden ser arrendadas— con la pretensión de crear un criterio pensando en la diversidad de cosas y lugares públicos que pueden ser susceptibles de este tipo de arrendamiento.

Los Publicanos, en el ejercicio de sus funciones, se extralimitaban con cierta frecuencia; por ejemplo, esquilmando a los ciudadanos con onerosas exacciones, grandes especulaciones y ciertos abusos, como ha señalado gran parte de la doctrina<sup>62</sup>. No hay quien ignore, nos dice ULPIANO en el citado libro XXXVIII *ad edictum* (39.4.12pr.), qué audaces y temerarias son las especulaciones de los publicanos y por esto propuso el pretor este edicto para frenar tal audacia: *Quanta audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est, qui nesciat; idcirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc Edictum proposuit*.

Como es sabido, los medios proce-

sales oportunos para solucionar los conflictos en tema de hurto, robo y demás daños violentos<sup>60</sup> ocasionados a las personas ya estaban previstos en el marco de la sistemática edictal, si bien, en el supuesto de los Publicanos, el pretor vio la conveniencia, conforme a la realidad de las cosas, de proponer un edicto especial: D.39.4.1pr. (ULPIANUS, libro LV ad edictum): Praetor ait: Quod publicanus eius publicani nomine vi ademerit, quodve familia publicanorum, si id restituat non erit, in duplum, aut si post annum agetur in simplum iudicium dabo. Item damnus iniuria, furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo. Si id, ad ea res pertinebit, non exhibebitur in dominos sine noxae deditione iudicium dabo. "Daré juicio, dentro del año, por el doble de lo que un publicano en nombre de su <fisco>, o la servidumbre de los publicanos hubiera arrebatado por la violencia, a no ser que lo restituyera; si se reclamare después del año, por el valor simple. También daré acción si se denuncia que han cometido un daño injusto o un hurto. Si <los esclavos> autores del acto no son presentados <ante el magistrado>, daré la acción contra sus dueños sin posibilidad de que se liberen mediante la entrega noxal de aquéllos por el delito". Aunque como podemos observar, las sanciones previstas en este edicto, específico para los Publicanos, resultan algo más leves o moderadas que la estipuladas para los diferentes tipos de robo, daño injusto o hurto<sup>61</sup>. Con estas perspectivas, parecería que se quiere favorecer a los Publicanos, pero no es así: el afectado por alguno de los delitos señalados siempre tendrá la posibilidad de ejercitar la acción general prevista para el supuesto de robo, daño injusto o hurto. Afirmación de ULPIANO, asumiendo también la escrita por POMPONIO, en la que se destaca lo absurdo que sería pensar que se ha querido mejorar la situación de los Publicanos frente a los demás si no se tuviera esta posibilidad mencionada.

La conexión del interdicto *de loco publico fruendo* con el interdicto *de superficiebus* nos parece un lógico ra-

zonamiento histórico al analizar parte de la esencia de estos interdictos<sup>62</sup>. PASTORI<sup>63</sup>, al estudiar el interdicto *de superficiebus* advierte claramente la analogía con el interdicto *de loco publico fruendo*, y finaliza considerando que el interdicto tutela un estado de hecho. Aunque no sea ésta la sede más apropiada para afrontar el tema, puesto que excede indudablemente de los objetivos iniciales de nuestro estudio, nos parecen dignas de atención las palabras de FALCONE<sup>64</sup> a este respecto: La derivación de este interdicto *de superficiebus* del interdicto *de loco publico fruendo* es sostenible sobre la base de la referencia al "frui e lege locationis", y se coloca perfectamente en línea, constituyendo un reflejo procesal, con todo aquello que se ha admitido acerca de la derivación del instituto privatístico de la *superficies* en relación a la praxis de las concesiones censorias de los terrenos públicos. Es decir, se trata de un interdicto que ha sido modelado sobre el interdicto *de loco publico fruendo*. Sin embargo, como advierte FALCONE, "...la stretta connessione fra questi due interdetti (e correlatamente, la differenza che intercorre fra il *De superficiebus* e l'*U.p.*) è stato oscurata dai giustinianei - i quali hanno fortemente influenzato i moderni interpreti - sia attraverso una manipolazione della formula interditale sia tramite una profonda rielaborazione del relativo commentum".

El siguiente fragmento que vamos a analizar, aparece incluido dentro del Título IX (*de loco publico fruendo*). Nos referimos al texto de uno de los juristas preferido por los compiladores, después de ULPIANO, PAULO, perteneciente al *consilium* de Septimio Severo: D.43.9.2.:

PAULUS (libro V *sententiarum*): Concedi solet, ut imagines et statue, quae ornamenta rei publicae sunt futurae, in publicum ponantur.

Verdaderamente, no deja de llamarlos la atención la inclusión de este fragmento aquí; cuando principalmente es-

<sup>60</sup> Cfr. D.39.4.1.2 in fine (ULPIANUS, libro LV ad edictum).

<sup>61</sup> D.39.4.1.3-5 (ULPIANUS, libro LV ad edictum): Quod quidem edictum in aliqua parte mitius est, quippe cum in duplum datur, cum vi bonorum raptorum in quadruplum sit(4) et furti manifesti aeque in quadruplum, et restituendi facultas publicano vi abreptum datur, quod si fecerit, omni onere exiit et poenali actione ex hac parte edicti liberatur. Unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni iniuriae vel furti agere an possit? Et placet posse, idque Pomponius quoque scribit: est enim absurdum meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectum opinari. (5) Familiae nomen hic non tantum ad servos publicanorum referemus, verum et qui in numero familiarum sunt sive publicani: sive igitur liberi sint sive servi alieni, qui publicanis in eo vectigali ministrant, hoc edicto continebuntur. proinde et si servus publicani rapuit, non tamen in ea familia constitutus, quae publico vectigali ministrat, hoc edictum cessabit.

<sup>62</sup> Cfr., sobre este punto, entre otros, DEGENKOLB. "Platzrecht und Miete", 1867, pp.103 y ss.; PASTORI, "Prospettiva storica della superficie nell sistema dei diritti" 1992, pp.216; 276 y ss.; FALCONE, "Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis", cit., p. 148.

<sup>63</sup> PASTORI. "Prospettiva storica", cit., pp.276 y ss.; 283 y ss.

<sup>64</sup> FALCONE, "Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis", cit., p.148.

<sup>86</sup>SCHULTING, referido por UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., p.304, considera este pasaje de PAULO (43.9.2) como *lex fugitiva*; y añade, acertadamente a nuestro modo de ver, que en tales terrenos públicos, es decir, los que son susceptibles de arrendamiento — y a éste sí se refiere nuestro Título — no se suele colocar imágenes y estatuas; eso se realiza, fundamentalmente, en los terrenos que están sometidos al uso común. Por tanto, también considera este autor que el fragmento de PAULO referido pertenecería a los Títulos anteriores (en los que se aprecia con mayor rotundidad que la esencia de la protección interdicial la constituye el uso común).

tamos hablando del disfrute de un lugar público, y hacemos especial hincapié en la posibilidad existente de arrendar un *locus publicus*, que en cierta medida parece conculcar el uso público del mismo destinado a todos los ciudadanos. Probablemente este párrafo de PAULO podría encajar mejor en los dos títulos anteriores ya referidos, porque podría parecer más lógico que las estatuas y las imágenes a las que se refiere PAULO, admitiendo su colocación en un sitio público, con la finalidad de contribuir a la ornamentación de la ciudad, sean ubicadas en terrenos que están claramente sometidos al uso común, y no parece lo más apropiado en los terrenos arrendados que imprimen el carácter de exclusividad de los arrendatarios mediante el pago de un *vectigal*<sup>86</sup>. No obstante, PAULO establece claramente que se suele conceder esta posibilidad (*Concedi solet...*). El ámbito de la concesión, puede parecer, al menos, justificativo, aunque aparentemente no sea de fácil comprensión.

El interés que despierta en nosotros un mayor entendimiento, nos lleva a realizar un intento de aproximación que clarifique la relación jurídica en la que se encuentran las estatuas y demás cosas similares que se encuentran lícitamente colocadas en un *locus publicus*.

Esta circunstancia hace que nos parezca acertado citar a continuación algunos de los textos más significativos a este respecto.

*D.41.1.41 (ULPIANUS, libro IX ad edictum): Statuas in civitate positas civium non esse, idque Trebatius et Pegasus: dare tamen operam praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum est, ne liceret privato auferre, nec ei qui posuerit tuendi ergo cives erant et adversus petentem exceptione et actione adversus possidentem iuvandi.*

*D.44.1.23 (LABEO, libro VI pithanon a PAULO epitomatorum): Paulus: si quis statuam in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, et eam*

*petere vult, excludi eum oportet praescriptione in factum data.*

*D.42.5.29 (PAULUS, libro V ad legem Iuliam et Papianam): Fufidius refert statuas in publico positas bonis distractis eius, cuius in honorem positae sunt, non esse emptoris bonorum eius, sed aut publicas, si ornandi municipii causa positae sint, aut eius, cuius in honorem positae sint: et nullo modo eas detrahi posse.*

*D.43.24.11.1 (ULPIANUS, libro LXXI ad edictum): Quaesitum est, si statuam in municipio ex loco publico quis sustulerit vel vi vel clam, an hoc interdicto teneatur. Et exstat Cassii sententia eum, cuius statua in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit eius eam non tolli: municipes autem etiam furti acturos, quia res eorum sit quasi publicata: si tamen deciderit, ipsi eam detrahunt: et haec sententia vera est.*

En los dos primeros supuestos planteados se destaca la intención con la que han sido colocadas las estatuas. En efecto, en D.41.1.41, ULPIANO acoge la opinión del maestro de LABEON, TREBACIO, y la del sucesor de PROCULO como jefe de los *Proculiani*, PEGASO, en la que se advierte que el pretor deberá cuidar de que lo que se ha colocado en lugar público <<con la intención>> de que no pueda quitarlo particular, ni siquiera pueda quitarlo quien lo colocó allí; así pues, afirman estos juristas, los ciudadanos deben ser defendidos mediante una excepción contra todo demandante de aquellas cosas y con una acción contra el que las posea. Por otra parte, en D.44.1.23, PAULO nos dice que si alguien ha colocado una estatua en la ciudad con la <<intención>> de que sea del municipio y luego pretende reclamarla, debe ser rechazado mediante prescripción por el hecho. Por tanto, cabe decir que la protección de las estatuas colocadas en sitio público resulta pues evidente.

Un jurista contemporáneo de PROCULO, FUFIDIO, destaca que las estatuas situadas en lugar público o son públicas, si se pusieron para adornar la ciudad, o son de aquel en cuyo honor se erigieron; pero, como podemos observar, este jurista hace una mención especial a que de ningún modo podrán sacarse de donde están. La cuestión que se planteaba en este supuesto proviene de la posible venta de los bienes de la persona en cuyo honor se erigieron unas estatuas en un lugar público. Por tanto, puede verse con claridad que no pertenecerán nunca al comprador de dichos bienes, pues, tanto si se consideraran públicas, o bien del sujeto en cuyo honor se habían erigido, no existe posibilidad legítima alguna para sacarlas del lugar público.

De especial interés nos parece también la afirmación de CASIO, discípulo de SABINO y su sucesor al frente de la escuela Sabiniana, según el cual puede ejercitar el interdicto *<quod vi aut clam>* la persona cuya estatua se halla en suelo público de un municipio, pues, como afirma CASIO, es él quien tiene interés en que no se saque de allí. No obstante, como añade este jurista, los *municipes* podrán demandar también por hurto, ya que aquel objeto se hizo de su propiedad, es decir, como cosa convertida en pública. Así pues, si se cae o se arruina la estatua son los *municipes* los que la quitan. Esta opinión de CASIO, acogida como verdadera por ULPIANO, contribuye a reforzar los criterios de ULPIANO a este respecto.

Parece admisible el hecho de que se conceda la posibilidad de colocar estatuas en sitio público con la finalidad de adornar la ciudad, como señala PAULO en D.43.9.2. No obstante, al aparecer esta afirmación recogida dentro del título IX *-De loco publico fruendo-* que se dedica especialmente a poner de relieve tanto el disfrute de un lugar público con carácter de exclusividad, como a señalar que es la utilidad pública la que justifica y ampara que se puedan obtener diferentes tributos mediante las

posibles concesiones realizadas por el ente público, en virtud del mencionado contrato de arrendamiento, nos parece un tanto complejo, en principio, poder encajar con acierto el postulado de este precepto.

Cabría destacar, de los cuatro fragmentos referidos sobre las estatuas, que la protección jurídica que se otorga a las imágenes y las estatuas que se sitúan en lugares públicos, en principio, puede parecer suficiente, (excepción, acción contra el que las posea, prescripción por el hecho, interdicto *quod vi aut clam*, acción de hurto). Podría decirse, que se desprende de la mayoría de los supuestos, independientemente de las cuestiones parciales objeto de discusión, que las estatuas colocadas en sitio público acaban convirtiéndose en públicas (*...municipes autem etiam furti acturos, quia res eorum sit quasi publicata...*), lo que implica, en cierto sentido, que no pueda quitarlas un particular, porque como dicen TREBACIO y PEGASO (D.41.1.41), las estatuas colocadas en el ciudad no pertenecen a los ciudadanos; ni siquiera podría llevársela, como señalan estos juristas, la persona que la había colocado en el lugar público; con mayor razón se vería impedido para quitarla quien la colocara en lugar público con la intención de otorgar la propiedad de la misma al municipio (D.44.1.23). Además, resulta evidente, que aunque se intente matizar sobre la propiedad de las mismas, (son públicas, si se han puesto con la finalidad de adornar la ciudad, o son de la persona en cuyo honor se erigieron), como establece FUFIDIO, (42.5.9), de ningún modo pueden sacarse de donde están (*...et nullo modo eas detrahi posse*). Este principio también se deduce con mayor rotundidad de lo recogido por ULPIANO en D.43.24.11.1, al considerar la opinión de CASIO como la más verdadera: estará sujeto al interdicto *<quod vi aut clam>* la persona que en un municipio hubiera quitado violenta o clandestinamente una estatua de un lugar público. En suma, como opina CASIO, podrá ejercitarlo la persona cuya estatua se halla en suelo público

<sup>66</sup> UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., pp.305 y ss.

<sup>70</sup> UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebruchs", cit., p.308.

de un municipio. A nuestro juicio, cabría afirmar además, que, con las apreciaciones finales de este jurisconsulto, es posible pensar en un proceso de progresiva consolidación del principio antes referido: los muncípes podrán demandar por hurto, ya que aquel objeto se hizo de su propiedad, es decir, <<la estatua colocada en sitio público se entiende como cosa convertida en pública>>.

La cuestión, aparentemente, sería pacífica, pues como vemos PAULO, en D.43.9.2, no la formula en términos interrogantes: se suele conceder que se pongan en sitio público las estatuas.

Según UBBELOHDE<sup>69</sup> es posible encontrar argumentos para legitimar la ubicación de este fragmento de PAULO, dentro del título IX que versa sobre el disfrute de un lugar público, pues, como señala este autor, los hechos que contiene probablemente disfrutan de la protección que dispensa el interdicto *de loco publico fruendo*. Se podría pensar, al menos en los dos últimos supuestos mencionados, que se puede conceder el permiso para colocar la estatua en sitio público por la autoridad competente, en virtud de un contrato. Esto podría suponer una obligación para el municipio, en cuanto a la colocación de la estatua en el sitio determinado y su permanencia allí sin ningún tipo de perjuicio. Por su parte, el propietario inicial podría dirigirse al municipio para cualquier tipo de impedimento respecto a la colocación o deterioro, etc. Pero, como señala este autor, no siempre se encarga el municipio de estas obligaciones. Sin embargo, para UBBELOHDE<sup>70</sup> no existe inconveniente alguno que impida la aplicación de la versión de nuestro interdicto al *loco publico frui*. De este aspecto, añade este autor, se puede ocupar con plena eficacia —por supuesto, observando en que medida se cambia el texto, en conformidad con las circunstancias reales, si no se paga renta por el uso del sitio donde se coloca la estatua—. Es decir, en palabras de UBBELOHDE, el interdicto se pronuncia como *utile*. En nuestra opinión, se puede admitir que el hecho

de colocar una estatua en un *locus publicus* no choca abiertamente con el postulado inicial donde aparece encuadrado el fragmento de PAULO (D.43.9.2), en cuanto al disfrute de un lugar público. Pero sólo aparece plenamente justificado respecto a esta posibilidad. Por otra parte, desaparece el carácter de exclusividad de uso del *locus publicus* con objeto de obtener un beneficio (se trata de colocar una estatua en un *locus publicus* con la finalidad de adornar la ciudad, que como dice FUFIDIO (D.42.5.29), la estatua se considera pública si se hizo con esta idea); asimismo, podría afirmarse que la utilidad pública se justifica por sí misma, pero en esta ocasión no se advierte suficientemente el sentido con el que aparece en este interdicto: justificar la imposición de los tributos por el uso del lugar público; lo que parece constituir el móvil del legislador en este tipo de interdictos. En suma, aunque las apreciaciones de UBBELOHDE puedan ser, en parte, asumibles, preferimos pensar que quizá no sea este el lugar adecuado para introducir la afirmación de PAULO. Como hemos podido observar, influyen demasiados aspectos específicos que no encajan con facilidad en el contexto. Posiblemente, el texto de PAULO (D.43.9.2), podría encuadrarse con menor número de matizaciones en cualquiera de los dos títulos anteriores.

## OBSERVACIONES FINALES

Podríamos añadir, a modo de corolario final, que el pensamiento sobre la función social de los bienes públicos jugó, por tanto, un papel esencial como se pone de relieve en la obra del pretor y la elaboración jurisprudencial, proporcionando a los ciudadanos la defensa que garantiza el uso y disfrute de los bienes así considerados. No debemos olvidar, que a parte de proteger derechos referentes tanto a la esfera pública como a la privada, la función interdictal ampara y está al servicio del bien público. Asimismo, cabe recordar que la idea de utilidad pública ha estado estrechamente conectada a lo largo de la historia con



la idea de *res publicae*. En este sentido, como resultado de la pluralidad de significados que puede reflejar el concepto de utilidad pública, aparece justificada la previsión interdicial que hemos abordado con mayor detenimiento en esta sede (D.43.9, sobre el interdicto de disfrute de un lugar público), que, como ya hemos señalado, no tiene nada que ver con el uso general de los bienes públicos, sino más bien con un posible uso exclusivo del *ager publicus*<sup>71</sup> por determinados particulares, mediante el arrendamiento realizado con la autoridad correspondiente; si bien, su posible justificación parece evidente: una de las posibles concesiones administrativas suficientemente acreditadas. Es decir, el interdicto *de loco publico fruendo* no se refiere en sentido estricto a las cosas públicas *in publico usu*, sino, principalmente, a campos o terrenos públicos (*ager publicus*) que se conceden en arrendamiento a los particulares y se les puede exigir el correspondiente *vectigal*. Sin embargo, este aspecto no se desprende tan claramente de la afirmación de PAULO (D.43.9.2), cuando nos dice que se suele conceder que se pongan en sitio público imágenes y estatuas que sirven para adornar la ciudad, y, como hemos advertido precedentemente, se trata de un texto que aparece recogido en el mismo Título IX (sobre el interdicto de disfrute de un lugar público). Aquí la utilidad pública no parece que se acomode a los mismos postulados inicialmente subrayados, sin embargo podría apreciarse haciendo un esfuerzo semántico, como ya hemos referido; pero, no obstante, tampoco resulta fácil comprender que se ampare con ello los tributos públicos. En nuestra opinión, la inhibición de PAULO a este respecto resulta muy significativa. En efecto, el carácter breve y fragmentario del texto que dibuja el perfil de este tipo de posibilidad, y la aparente desconexión de su contexto más específico, como ya hemos señalado, podría determinar una desviación del auténtico sentido hacia horizontes que no nos parecen los más ajustados. Quizá por ello, nos inclinamos a pensar, que, probablemente, debería estar ubicado con mayor acierto

en cualquiera de los dos Títulos anteriores, puesto que colocar estatuas en la ciudad con finalidad ornamental parece más adecuado que se realice en terrenos sujetos al uso común; y no situarlas en lugares públicos previstos principalmente para que sean objeto de arrendamientos públicos; cuyos ingresos están garantizados precisamente por el *interdictum de loco publico fruendo* – ... *tuetur enim vectigalia publica*–.

En el ámbito administrativo romano se otorga la denominación de Publicano a todos los arrendatarios del fisco<sup>72</sup>, sin circunscribirse a aquellos que se limitan a arrendar los impuestos públicos. En otras palabras, se permite, por ejemplo, en este contexto administrativo, el arrendamiento de terrenos públicos, fincas públicas, minas, servicios públicos y recaudación de los impuestos, como hemos visto en los textos jurisprudenciales, lo que nos induce a pensar que más que un elenco exclusivo mencionado en las fuentes, tiene carácter simplemente ejemplificativo, y si recurrimos a un tratamiento analógico, deberíamos admitir con facilidad que serviría para fijar un criterio, sobre todo teniendo en cuenta la variedad de aspectos, actividades, cosas, sitios y lugares públicos que pueden ser susceptibles de arrendamientos públicos. Si bien, nuestro interdicto (*de loco publico fruendo*) no parece que se dirija a proteger el arrendamiento de impuestos, como ya hemos indicado, sino más bien, y con tendencia exclusiva, a los arrendatarios del *ager publicus* (cabe recordar que, como indica BERGER<sup>73</sup>, se alude a fincas públicas del Estado, y, en general, a tierra y suelo estatal, lo que equivale a decir, campos o terrenos pertenecientes al pueblo romano) para que puedan disfrutar (*uti* y *frui*) libremente según las condiciones reflejadas en el contrato de arrendamiento; garantizando de esta forma al ente administrativo competente los ingresos públicos; y cumpliendo así el objetivo principal de esta orden interdicial: el provecho público. También podríamos decirlo con otras palabras: las ganancias públicas.

<sup>71</sup> Lo que CICERON, *De lege agrar. Contra Ballum. 2.29, denominaba "la cabeza de las fortunas públicas": (... ) caput publicae pecuniae. Consecuencia lógica de las grandes ganancias que obtenía el Estado mediante el arrendamiento habitual del *ager publicus*.*

<sup>72</sup> Cfr. D.39.4.1.1 (*ULPIANUS, libro LV ad edictum*).

<sup>73</sup> BERGER, "Interdictum", cit., p. 1644. Cfr. asimismo, las diferentes clases de tierras que comprenden el *ager publicus* según GARSONNET, "Histoire des locations perpétuelles et des baux a longue durée", Paris 1879, p. 81.

<sup>74</sup> BRANCA, "Le cose extra patrimonium humani iuris", cit., p.101.

<sup>75</sup> Cfr.FERNANDEZ DE BUJAN, A. "Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa", cit., p.201 y ss.

<sup>76</sup> BIONDI, "Condizione giuridica del mare e del litus maris", cit., pp. 111 y ss.

<sup>77</sup> Véase D. 43.14.1.7 (ULPIANUS, libro LXVIII ad edictum): Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere Sabinus consentit; et ita Labeo, Ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.

<sup>78</sup> BETANCOURT, "Derecho Romano Clásico", 2ª edición cit., p. 275.

<sup>79</sup> En este sentido se pronuncia HEIMBACH, entre otros, (citado por UBBELOHDE, "Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs", cit., p. 291 n. 10).

Asimismo, la experiencia administrativa romana que nos transmiten los juristas nos pone de relieve que al arrendatario que tenga un derecho de pesca concedido (en el mar, es decir, cosa de uso común) disponía de un interdicto (el *de loco publico fruendo*), que había sido frecuentemente otorgado por los *veteres*, según nos cuenta ULPIANO en D.47. 10.13.7; pero esto no significa, como advierte BRANCA<sup>74</sup>, la apropiación de una zona específica de mar, sino una simple exclusividad de uso por parte del Publicano arrendatario. A nuestro juicio, el pago del correspondiente *vectigal* podría ser una exigencia para intentar conciliar el principio general de indisponibilidad que afecta a las *res communes omnium* (patrimonio común de todos y de uso general)<sup>75</sup>, con la posibilidad avalada por las autoridades administrativas correspondientes que permiten el uso exclusivo de un particular mediante las concesiones. En palabras de BIONDI<sup>76</sup>, no del todo convincentes, la necesidad de la concesión no destruye o limita el *usus omnium*, sino que lo confirma y lo garantiza.

En relación con los lagos y los estanques, aunque la posible concesión de pesca se funde en una consideración de naturaleza financiera (*...ob vectigalis favorem interdicto eum tueri*), la tutela pretoria aparece recogida en un Título interdictal distinto<sup>77</sup> al contenido en D.43.9 (*de loco publico fruendo*). Así,

pues, como nos han transmitido SABINO y LABEON, en un fragmento de ULPIANO, tomado del libro LXVIII *ad edictum* y recogido en D.43.14.1.7. al Publicano que tomó en arriendo un lago o estanque públicos para pescar en ellos les competirá el interdicto *utile*. Como escribe BETANCOURT<sup>78</sup>, (...) "se trata de garantizar al arrendatario (*Publicanus*) de la pesca del lago o estanque públicos la exclusiva explotación piscícola en ellos. Por eso el *Publicanus* está legitimado activamente a este interdicto decretal *vetatorio* para impedir la pesca de cualquier otro".

El *interdictum de loco publico fruendo* tampoco se refirió originariamente a los lagos o estanques públicos, sino más bien al arrendamiento de campos y fincas públicas; en definitiva, terrenos y suelo estatal<sup>79</sup>.

Como consideración final, convendría recordar que dentro del proceso de control y coordinación sobre la protección de las cosas de dominio público, el aspecto más destacado en la mayoría de las órdenes de los magistrados indican que la tutela interdictal ejerce una defensa adecuada a la exigencia de garantizar el uso colectivo de los bienes de dominio público, lo que constituye el criterio predominante en la mayoría de las fuentes que abordan la categoría de las *res publicae*.