

**PUBLICIDAD DE LOS RÍOS EN DERECHO ROMANO.
PERSPECTIVA INTERDICTAL Y CRITERIOS
JURISPRUDENCIALES (D. 43,12,1)^{1*}**

JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RÍOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. III. CONCEPTO DE RÍO PÚBLICO Y CONTINUACIÓN DE LA REVISIÓN DEL TÍTULO XII DEL LIBRO XLIII DEL DIGESTO, CON ESPECIAL REFERENCIA A D. 43,12,1,12, SOBRE LA DEBATIDA EXTENSIÓN INTERDICTAL (VÍA ÚTIL), DE LABEÓN A LOS RÍOS NO NAVEGABLES.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Coordinado de Investigación "Derecho Administrativo Romano", dirigido por el profesor Antonio Fernández De Buján, subproyecto código PB98-0118-CO4-02, subvencionado por el Ministerio de Educación y Cultura.

* Profesor Titular de Derecho Romano. Universidad de Córdoba.

¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5ª edición, Madrid 2000, pp. 214 y ss.; LENEL, *Edictum perpetuum*, 3ªed. Leipzig 1927, (reimp. Aalen 1985) 241; Berger, *Interdictum*, PWRE, (1916) pp. 1634 y ss.; Ubbelohde, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, Erlangen 1893, pp. 323 y ss.; Id. *Commentario alle pandette*, (libri XLIII-XLIV), Milán 1899, pp. 26 y ss.; COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, pp. 14 y ss.; SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, Roma 1928, pp. 212 y ss.; *Index Interpolationum*, Weimar 1929-1935, p. 284; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova 1938, pp. 22 y ss.; Id. *La tutela interdittale ed il relativo processo*, Siena 1956, pp. 39 y ss.; SEGRÈ, *La condizione giuridica dei ponti sui fiumi pubblici e l'iscrizione C. D. del Pondel*, BIDR XLVIII, Milán 1941, pp. 17 y ss.; BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste 1940, pp. 29 y ss., 131 y ss., 152 y ss., 167 y ss.; GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino 1941, pp. 131 y ss.; SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milán 1945, pp. 107 y ss.; VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, París 1947, pp. 46 y ss.; GANDOLFI, *Lezioni sugli interdetti*, Milán 1960, pp. 26 y ss.; Id. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milán 1955, pp. 117 y ss. (Véase la recensión realizada por Biscardi a este estudio en IURA, VII 1956, pp. 352 y ss., y la redactada por Mozzillo, en LABEO, 1955, pp. 81 y ss.); BURDESE, *Flumen*, NNDI, vol. VII, pp. 414 y ss.; LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna 1965, pp. 142 y ss.; SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR 68, Milán 1965, pp. 195 y ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, ED 21, 1971, pp. 907 y ss.; ADAME, *El procedimiento ex*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, ciertas trayectorias de los juristas tienen un carácter permanente cuando se trata de atender los diferentes aspectos relacionados con las cosas públicas, así como la tendencia pretoria a conseguir mediante sus disposiciones interdictales el uso común de los bienes de dominio público, impidiendo en ocasiones el uso excesivo de los mismos y reprimiendo todas aquellas actuaciones que puedan obstaculizar el uso público². En suma, estas

interdicto en el derecho romano clásico, Rev. Inv. Jur, Méjico 1978, pp. 255 y ss.; ROBBE, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianeae*, “che non ha nè capo nè coda”, Mián 1979, pp. 104 y ss.; RESINA SOLA, *Frontino. De agrimensura*, Granada 1983; GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA, *El derecho de aguas en España*, Madrid 1986, pp. 16 y ss.; DEMAN, *Réflexion sur la navigation fluviale dans l'antiquité romaine*, en *Histoire économique de l'antiquité romaine*, Louvain 1987, pp. 79 y ss.; DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, Milán 1990, pp. 82 y ss.; Id. *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico*, Atti del seminario torinese di Diritto e Processo nella spereienza romana, Università Torino, Nápoles 1994, pp. 483 y ss.; PEPPE LEO, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, LABEO 37, 1991, pp. 33 y ss.; PLESCIA, *The Roman law on Waters*, Index 21, 1993, pp. 440 y ss.; FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, Aachen 1996, pp. 138 y ss.; ALVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, Pamplona 1997, pp. 134 y ss.; GÓMEZ ROYO, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, Valencia 1997, pp. 55 y ss.; ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, pp. 148 y ss.; LAZO, *El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el Derecho Romano*, Universidad Católica de Valparaíso, Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* vol. XXI, 1999, pp. 65-73; ALBURQUERQUE, *Experiencia administrativa romana. Algunas manifestaciones de los magistrados romanos en relación al uso público de los bienes de dominio público*, en el libro titulado “*El poder Estatal y Local: problemas jurídicos*”. (Rusia-España), Universidad de Vorónezh – Universidad de Córdoba, Vorónezh, Rusia 2000, (en castellano pp. 296 y ss.; en ruso pp. 144 y ss.); BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, 2ª edición, Sevilla 2001, pp. 270 y ss.; PENDÓN MELÉNDEZ, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de algunos tipos de agua*, en *El Derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, dir. López Rosa, y Del Pino Toscano, Universidad de Huelva, 2001, pp. 475 y ss.

² Véase RICCOBONO, *Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane*, Nápoles 1964, p. 672. Además, nos parece acertado subrayar, que del análisis de la experiencia jurídica tal y como se presenta en los testimonios jurisprudenciales, se desprende que es la utilidad pública de las vías y de los ríos, desde el punto de vista jurídico, la que provoca la estrecha similitud o conexión en el tratamiento que le otorgan las fuentes. En efecto, no sólo se desprende del contexto general de las diferentes afirmaciones jurisprudenciales romanas, sino que a menudo la relación de semejanza entre las vías y los ríos aparece expresamente mencionada en las mismas: *...sicuti igitur de via publica reficienda interdictum propositum est, ita etiam de ripa fluminis munienda proponendum fuit* (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum D. 43,15,1,1); *Hoc interdicto prospicitur, en quis flumine*

disposiciones pretorias han constituido el cauce de la mayoría de las reflexiones jurisprudenciales; si bien, no debemos olvidar que en determinados supuestos el interés privado³ sobre el bien público parecía primar sobre el interés público en sentido amplio, cruzando la frontera entre la tutela del uso privado del bien de dominio público y la tutela del uso público del bien de dominio público, sin precisiones demasiado nítidas. No obstante, en líneas generales, podríamos decir con Nicosia⁴, que la tutela interdictal, especialmente en los más antiguos (*Ne quid in loco publico fiat*⁵, *Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*), se otorgaba, no en interés de los particulares, y mucho menos para asegurar la utilización exclusiva de los mismos, sino más bien para salvaguardar y mantener el buen estado del lugar público (para asegurar, en nuestra opinión, el uso de los mismos por todos los ciudadanos). La prevalencia que la jurisprudencia concedía a la utilidad pública demuestra la relevancia de la defensa interdictal de los lugares públicos.

Nosotros, realizada una profunda lectura de las fuentes, estamos convencidos de que la grandeza romana se proyecta con grandes aciertos en el régimen jurídico de las aguas⁶, donde puede apreciarse, asimismo, que los roma-

publico navigare prohibeatur: sicuti enim ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum supra propositum est, ita quoque proponendum praetor putavit (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum D. 43,14,1,1); Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum (Ulpianus, libro LXXXI ad edictum D. 39,2,24 pr.). En este sentido, cfr., ALBURQUERQUE, Consideraciones en materia de protección vial: El interdictum ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat, en el libro El Derecho de familia y los derechos reales en la romanística español (1940-2000), dir. López Rosa, y Del Pino-Toscano, Universidad de Huelva 2001, pp. 259 y ss.

³ Sobre la interdependencia recíproca entre intereses privados y públicos, véase, entre otros, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A, *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5ª edición, cit., p. 216.

⁴ NICOSIA, *Il possesso I*, Catania, 1997 p. 118.

⁵ Véanse las matizaciones que hicimos a este respecto en, ALBURQUERQUE, *Perfil de la orden interdictal ne quid in loco publico fiat*, en *Derecho y Opinión*, Universidad de Córdoba, 1997, pp. 139 y ss.

⁶ La amplia polémica sobre las aguas públicas en general ha quedado expuesta en muchos trabajos, entre los que podríamos destacar ahora los siguientes: BARTOLUS SAXOFERRATO, *Tractatus de fluminibus*, s. Tiberiadis, Roma, 1587; EISELE, *Über das Rechtsverhältniss der <res publicae in publico usu> nach römischen Recht*, Basel, 1873; MOMMSEN, *Edict Augusti über die Wasserleitung von Venafro*, in *Jurist. Schriften*, III, pp. 88 y ss.; PAMPALONI, "Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno", *BIDR4*, 1891, pp. 197 ss.; PEROZZI, *Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, in *Arch. Giur.* 53, Bologna 1894, pp. 350 y ss.; UBBELOHDE, *Continuazione alle Pandette de Glück*, libri XLIII-XLIV, trad. It., cit., pp. 462 y

nos pusieron mucho énfasis a la hora de organizar y conceptuar las mismas por considerarlas como una exigencia vital. Los romanos otorgaron a la protección del agua, sin lugar a dudas, la mayor importancia, y establecieron un sistema de normas jurídico-administrativas que conducían a un efectivo aprove-

ss.; PINELES, *Beiträge zum römischen und heutigen Wasserrechte*, Zeitschrift für Privat- und öffentlich Recht, 30, (1903), pp. 421 y ss.; SCIALOJA, *La legislazione sulle acque*, Il problema idraulico e la legislazione sulle acque, Roma, 1916; VASSALLI, *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulla acque pubbliche*, in *Acque e trasporti*, I, 1917 (Studi giuridici, II, Roma, 1939, pp. 13 y ss.); COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919; BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in Arch. Giur., p. 87, 1922 (Scritti giuridici, IV, Roma, 1926, 242 ss.); Id. *Corso di diritto romano*, II, I, Milán 1966, pp. 80 y ss.; Id. *Nota a Windscheid, Pandette*, tr. It., V, pp. 323 y ss.; Id. *Sulla nuova legge delle acque*, en Riv. Dir. Comm., p. 17, 1919 (Scritti giuridici, IV, Roma, 1926, pp. 216 ss.); BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del litus mare*, Studi in onore di S. Perozzi, Palermo 1925, pp. 269 y ss.; Id., *La categoria romana delle <servitutes>*, Milano, 1938, pp. 591 y ss.; ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, BIDR 1930, vol. XXXVIII, pp. 197 y ss.; LAURIA, *Le derivazioni di acque pubbliche*, (Annali dell'Universita de Macerata, 1932, vol. VIII, pp. 243 y ss.); GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano*" (atti Acc. Scienze de Torino, 1931, vol. LXVI, pp. 369 y ss.); Id., Recensión a Lauria, op., cit. (Arch. Giur., 1934, CXI, p. 123); Id., *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche in diritto romano*, (Scritti giuridici in onore di S. Romano, vol. IV, Cedam, Pádova, 1940, pp. 173 y ss.); LONGO, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, (Studi in memoria de U. Ratti, Giuffrè), Milán, 1934, pp. 55 y ss.; Id. *Il regime romano de le acque pubbliche*, en Rivista Italiana per le Scieze Giuridiche 1928, p. 250; SEGRÈ, *La condizione giuridica dei ponti sui fiumi pubblici e l'iscrizione C. D. del Pondel*, BIDR XLVIII, Milán 1941, pp. 17 y ss.; SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, pp. 46 y ss.; Id. *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947; Id. *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949; VEGTING, *domaine public et res extracommercium. Étude historique du droit romain français et néerlandais*. París 1947, pp. 46 y ss.; BOVE, *Acque (diritto romano)*, NNDI, Torino 1957, pp. 191 y ss.; ASTUTI, *Acque (storia)*, ED, cit., pp. 346 y ss.; SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR, cit., pp. 195 y ss.; Id. *Accedere e cedere nelle fonti classiche*, LABEO 17, 1971, pp. 169 y ss.; LANCIANI, *Le acque e gli acquedotti di roma antica*, Roma 1975, especialmente lo referente a las primeras concesiones particulares de agua, pp. 592 y ss.; PLESCIA, *The Roman law on Waters*, Index 21, cit, pp. 440 y ss.; FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., pp. 138 y ss.; GÓMEZ ROYO, *El régimen de las aguas en las relaciones de vecindad en Roma*, cit., pp. 55 y ss.; ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., pp. 89 y ss.; LAZO, *El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el Derecho Romano*, cit., pp. 65 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5ª edición p. 210; PENDÓN MELÉNDEZ, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de algunos tipos de agua*, cit, pp. 475 y ss. Sobre el Derecho de Aguas en España, véase GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA, *El derecho de aguas en España*, cit, especialmente pp. 16 y ss., donde Gallego Anabitarte destaca el derecho romano como tronco común de los diversos derechos nacionales de aguas.

chamiento de las reservas hídricas, amparando, asimismo, tanto el uso común de los ríos como los diferentes aspectos que afectaban a la higiene y la salud⁷. Como recuerda Fischer⁸, esta consideración no sólo se basaba originariamente en una ponderación más o menos pragmática, sino también en la veneración religiosa del agua que tenían la mayoría de los pueblos de la antigüedad. Asimismo, en tema de aguas, queremos hacer especial hincapié en la demostración de cómo la sensibilidad romana trasciende a las legislaciones actuales. En este sentido, nos parecen muy acertados los escritos de Gallego Anabitarte⁹ sobre el derecho de aguas en España, donde se pone de relieve que “es un hecho extraordinario, pero el derecho romano de las aguas ha estado y está presente en todos los estudios de aguas del derecho occidental. El *tronco común* del que salen el actual Derecho francés, anglosajón, alemán y español es el Derecho Romano y muy en concreto determinadas y específicas regulaciones de la Instituta de Justiniano y del Digesto”.

Así pues, una lógica consecuencia de estas argumentaciones en relación con el agua, un bien tan indispensable para la subsistencia humana, como ya lo veían los romanos, lo constituye la formulación rigurosa que aparece recogida en el primer párrafo de la Ley de Aguas de 1985¹⁰: “El agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el

⁷ Cfr. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., p. 157. Sobre la datación cronológica (siglo I o II a.C.), y los diferentes aspectos relacionados con los ríos que también preocupaban a los antiguos romanos, véase VIGANO, *Sull'edictum de fluminibus retardis*, LABEO 1969, pp. 168-177; RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, pp. 212 y ss.; Gell., N.A. 11.17.

⁸ FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., pp. 157 y ss.

⁹ GALLEGO ANABITARTE, A, MENÉNDEZ REXACH, A, DÍAZ LEMA, J. *El derecho de aguas en España*, cit., pp. 16 y ss. Las Partidas, añade este autor (p. 35), “en muchos puntos no son más que una traducción literal de las Instituta de Justiniano o de preceptos del Digesto, tal como se reciben en la Edad Media a través de glosadores y postglosadores”. Véase también el elenco de artículos del Código Civil que menciona este administrativista, en los que se puede observar el origen romano de los mismos, en relación a la clasificación de los bienes: arts. 338 y ss; 437; 1271.

¹⁰ Ley 29/1985, de 2 de Agosto, de Aguas (BOE núm. 189, de 8 de Agosto de 1985). Sobre la reforma de la Ley de Aguas de 1985 véase la Ley 46/1999, de 13 de Diciembre, que respeta en gran medida el texto principal de la antigua Ley de 1985 y las novedades de su desarrollo no afectan a la sustancia de nuestros planteamientos. Véase COLOM PIAZUELO, *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de Diciembre)*, Madrid 2000, pp. 329 y ss. Sobre la nueva Ley de Aguas de 2001 y las connotaciones analógicas véase el Texto Refundido R.D. Legislativo 1/2001, de 20 de Julio (B.O.E 176, de 24 de Julio), arts. 1 y ss.; 50 y ss.

espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos”. En los demás párrafos se señala que es un recurso unitario; (...) la disponibilidad sin degradar el medio ambiente en general y el recurso en particular; (...) la necesidad de los instrumentos jurídicos para garantizar el tratamiento unitario de este preciado bien de dominio público estatal. Y, por supuesto, los indudables aciertos de las legislaciones precedentes, impregnadas - también a nuestro modo de ver - de elementos romanos.

Como afirma Álvaro d’Ors,¹¹ “el agua, aunque se halle en una finca privada, no es objeto de propiedad; su consumo es común, sin perjuicio del *ius prohibendi* del propietario de la finca para impedir la entrada en ella sin su permiso”.

La visión romana, en cuanto a las aguas públicas y privadas, es amplísima. Nosotros, por tanto, no pretendemos profundizar en nuestra exposición en el complejo mosaico de las aguas, sino, simplemente, señalar algunos aspectos particulares, pues como ha subrayado Bove¹², ningún texto de la jurisprudencia, ni disposición normativa alguna permite separar netamente las aguas privadas de las públicas; si bien, dentro de la gama de las aguas superficiales (aguas corrientes bajo la luz del sol¹³), destacaremos parte de la disciplina jurídica que afecta especialmente a los ríos públicos.

La distinción entre aguas públicas y privadas ha dado lugar a numerosas tentativas de conciliación, que ahora no es preciso recordar en profundidad. Cabría decir con Astuti¹⁴, que no parece que existiese *ab initio* un criterio preciso, deducido por la importancia natural o por la destinación económico social, para establecer el carácter público o privado del agua o de un curso de agua. En el período más antiguo, a excepción de los grandes ríos - siempre calificados como públicos, y regularmente dejados indivisos, en la condición de *ager publicus*¹⁵, en las operaciones de *divisio* y *adsignatio* de los terrenos - puede considerarse que: las fuentes, cursos de agua menores (torrentes, arroyos, y también ríos perennes), lagos, estanques, eran considerados públicos o privados, según que el terreno en el cual estaban ubicados perteneciera legítimamente al *Populus Romanus* o a una *civitas* (municipio o colonia romana, o ciudad latina), o bien a propietarios privados. Por tanto, podría decirse, en principio, que

¹¹. ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, cit., p. 180.

¹². BOVE, *Acque (Diritto Romano)*, NNDI, cit., p. 193.

¹³. Cfr. PETROCCHI, *Acque*, NNDI, p. 191.

¹⁴. ASTUTI, *Acque*, cit., p. 350.

¹⁵. Cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, “*Ager publicus*” e “*ager privatus*” dall’età arcaica al compromesso patrizio-plebeo, Est. Homenaje Juan Iglesias, Madrid 1988, pp. 639 y ss.

todas las aguas que manaban o discurrían por los terrenos que formaban parte del *ager publicus*, que todavía no habían sido divididos o asignados a particulares, ciudadanos o latinos, conservaban la naturaleza y condición pública¹⁶. El problema asume nuevos aspectos en el pensamiento de la jurisprudencia clásica, pues, como acertadamente advierte este autor, dicha jurisprudencia intenta establecer la condición pública o privada de las aguas de forma autónoma, es decir, según criterios generales deducidos de la importancia o condición natural y la destinación económico-social. Sin embargo, la distinción aparece elaborada únicamente en relación a los cursos de agua, bien por la importancia de los mayores entre ellos, los ríos, o bien por la necesidad de limitar rigurosamente el ámbito de aplicación de los interdictos «*de fluminibus*».

En opinión de Scherillo¹⁷, el criterio sobre la publicidad de los ríos ha variado con el transcurso del tiempo. En un primer momento, como para todas las cosas públicas, la publicidad dependía del título (es considerado como público el río que discurre por un suelo público), o bien se atendía a la *vetustas*. Testimonios adecuados a esta reflexión pueden encontrarse en los escritos de los *Gromatici*:

*Frontin*¹⁸. *De contr. agror. (ed. Lachmann) 51, 3 y ss.: Multa flumina et non mediocria in adsignationem mensurae antiquae ceciderunt: nam et deductarum coloniarum formae indicant, ut multis fluminibus nulla latitudo sit relicta. Sequitur in his fluminibus artem mensoriam locum sibi vindicare, quatenus acto limite accepta finiat, qua vel aquam vel agrum vel utrumque habere debeat unus. Fuit enim fortasse ratio ratio non simplex, qua deberet quis quid deduc-*

¹⁶. Los cursos de agua comprendidos en el *ager publicus*, no *divisus* ni *adsignatus*, son públicos, Cfr., Front., de contr. Agr., 20,10: «*De locis publicis sive populi Romani sive coloniarum municipiorumve controversia est, quotiens ea quae neque adsignata neque vendita fuerint unquam aliquis possiderit, ut alveum fluminis veterem populi romani*». En general, podrían considerarse públicas las fuentes de las montañas y las partes superiores de muchos cursos de agua, incluso, como señala Astuti, *Acque*, cit., p. 350, los cursos de agua menores y no perennes, que nacían y fluían en las regiones montañosas, que pertenecían antiguamente al Estado romano, y que nunca fueron objeto de *adsignatio* durante la etapa republicana, y sólo más tarde fueron atribuidas a las *civitates*, y por lo tanto al *fiscus*, y fueron también objeto de algunas concesiones a *possessores* de grandes latifundios.

¹⁷. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., pp. 107 y ss.

¹⁸. Cfr., entre otros, RESINA SOLA, *Frontino. De agrimensura*, Granada 1983, donde se pone claramente de relieve el valor de la obra de Frontino, la riqueza de las problemáticas técnico-jurídicas que plantean los agrimensores y la reconstrucción del tratado *de agrimensura* de Frontino.

torum etiam aquae accipere, primum quod exiguitas agrorum conditorem ita saudebat, deinde quod non erat ingratum possessori proximum esse aquae commodo, tertio quod, si sors ita tulerat, aequo animo ferendum habebat... Scio in Lusitania, finibus Emeritensium, non exiguum per mediam coloniae perticam ire flumen Anam, circa quod agri sunt adsignati qua usque tunc solum utile visum est. Propter magnitudinem enim agrorum veteranos circa extremum fere finem velut terminos disposuit, paucissimos circa coloniam et circa flumen Anam: reliquum ita remanserat, ut postea repleretur. Nihilo minus et secunda et tertia postea facta est adsignatio: nec tamen agrorum modus divisione vinci potuit, sed superfuit inadsignatus. In his agris cum subsiciva requirerentur, impetraverunt possessores a praeside provinciae eius, ut aliquam latitudinem Anae flumini daret. Quoniam subsiciva quae quis occupaverat redimere cogebatur, iniquum iudicatum est ut quisquam amnem publicum emerret aut sterilia quae alluebat: modus itaque flumini est constitutus. Hoc exempli causa regerendum existimavi. Nam et in Italia Pisauro flumini latitudo est adsignata eatenus qua usque adlababat.

Sic. Flacc. De cond. Agror. (ed. Lachmann) 157, 18 y ss.: In quibusdam regionibus fluminum modus adsignationi cessit, in quibusdam vero tamquam subsecivus relictus est aliis autem exceptus inscriptumque flumini illi tantum. Ut in Pisaurensi comperimus datum adsignatumque ut veterano, deinde reddium suum veteri possessori, flumini Pisauro tantum, in quo alveus; deinceps et ultra ripas aliquando adscriptum modus per omnes centurias per quas id flumen decurreret. Quod factum auctor divisionis assignationisque iustissime prospexi: subitis enim violentisque imbribus excedens ripas defluet, quoad etiam ultra modum sibi adscriptum egrediatur vicinorumque vexet terras. Cum ergo possessores hoc incommodum patiantur adsiduitate tempestatum, contentoque flumine alveo ripisque suis aequum videatur iniuriam passos subsequi terras usque ad alveum fluminis, has tamem terras Pisaurenses publice vendiderunt, quas credendum est proximos quosque contingentes eas emisse vicinos.

Si intentamos extraer alguna conclusión, lo primero que habremos de reconocer es que los textos que estamos analizando ponen de relieve que en el sistema del *ager limitatus*, en ocasiones, el río mismo quedaba comprendido en las parcelas asignadas, a veces quedaba excluido de la propia asignación y, en otras situaciones, se añadía al río una parte del terreno adyacente. En este sentido, como continúa Scherillo¹⁹ “se ne può ricavare che originariamente,

come si è detto, criterio decisivo per la pubblicità anche dei fiumi era il titolo, giachè altrimenti, mediante le assegnazioni, non si sarebbero potuti render privati tratti del fiume”. Por tanto, como resume este autor, el río participaba de la condición jurídica del terreno sobre el cual discurría: sería considerado público si el suelo era público, y, en caso contrario, sería privado. El transcurso del tiempo, añade este romanista, “col progressivo cedere del’ *ager publicus* di fronte all’ *ager privatus*... e col prevalere degli *agri arcifinii* di fronte agli *agri limitati*, dovette prodursi alquanto confusione in materia: onde la necessità di determinare più sicuri criteri per la pubblicità dei fiumi, e la tendenza verso la fissazione di un criterio desunto dalla condizione naturale e dalla valutazione sociale del corso d’acqua”.

El eco de este confusionismo aludido hizo que la jurisprudencia intentara dar una respuesta más clarificadora con objeto de fijar criterios que respondieran mejor a las nuevas condiciones sociales, reconociendo el uso público de los cursos de agua más grandes, y a su vez, analizando una serie de medidas administrativas que permitieran todas las posibles formas de uso de los ríos que necesitaran los ciudadanos (navegación, uso de las orillas, las derivaciones de agua etc.), con una serie de valoraciones críticas que impiden el uso excesivo y el abuso incontrolado de los cursos de agua, siguiendo, por tanto, los criterios generales que se desprenden de la condición natural y de la valoración económico-social para fijar la publicidad o el carácter privado de los cursos de agua, que, como veremos, aparece controlado también por los interdictos.

En suma, como señala Scialoja²⁰, en el derecho justiniano sólo quedan huellas de hecho del antiguo régimen territorial romano, pero no de derecho. No obstante, no debemos olvidar que la divergencia de opiniones que encontraremos en nuestro análisis no nos ha permitido disipar por completo todos los residuos de vacilación o duda, si bien, la modesta prueba a favor de la idea que nos parece esencial no se apartará demasiado de la mayor unanimidad de consenso, y podremos comprobar la destacada relevancia que se otorga al sistema de uso colectivo sobre estas aguas públicas, con algunas características coincidentes en el derecho clásico, postclásico y justiniano.

¹⁹. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit. p. 108. Por otra parte, como es sabido, algunos autores consideran más probable que la publicidad derivaría fundamentalmente del ordenamiento jurídico. Cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano, II. La proprietà, II*, cit., p. 70.

²⁰. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol.I, cit., p. 214. Sobre el procedimiento de asignación, basándose en las fuentes de los *gromatici* (Frontino, *De contr. Agr.* 51,3 a 52,13 y Sículo Flacco 157, 18 a 158,7), véase el comentario de este autor en pp. 215 y 216.

La sucesiva intervención pretoria, en consonancia con las concepciones sociales respecto al uso común que se debe otorgar a los ríos públicos, se ve reflejada en las disposiciones introducidas en los Títulos 12-15 inclusive del libro 43 del Digesto (XII, *De fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*; XIII, *Ne quid in flumine publico fiat, quod aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*; XIV, *Ut in flumine publico navigare liceat*; XV, *De ripa munienda*). Según la hipótesis de Lenel²¹, quizá en la rúbrica de nuestro título XII, “*de fluminibus*”, como anteriormente en la rúbrica XLIII, 7, “*de locis et itineribus publicis*”, nos encontramos frente a las huellas de una división de los interdictos dada en el álbum mismo²².

La utilidad pública sobre la cual oscilan las diferentes reflexiones jurisprudenciales podría considerarse como utilidad de los particulares en cuanto que son miembros del *populus*²³. Pero, conviene recordar, que las fronteras entre los dos no siempre son demasiado claras y la valoración de la experiencia jurídica acumulada, no obstante los logros conseguidos, no deja de ser compleja.

La presentación de la realidad jurídica que ofrece la rúbrica general *de fluminibus* puede contribuir al esclarecimiento de los datos contrastados hasta este momento. Así pues, a los fines de la presente indagación nos parece útil mencionar algunos textos que pueden constituir la introducción a la teoría de los ríos en derecho romano²⁴. Nos referimos al contenido de un fragmento de Marciano²⁵ (época de Caracalla y Alejandro Severo), recogido en la compilación justinia-

²¹. LENEL, *Edictum perpetuum*, 3ª edición, cit., 241 (p. 400 n. 1).

²². Definida así esta conjetura, interesa destacar que tanto UBBELOHDE (entre otros), *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, cit., p. 323, como Berger, *Interdictum*, cit., p. 1634, parece que asumen con Lenel que probablemente fueron recopilados igualmente en el edicto bajo esta misma calificación.

²³. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5ª edición cit., pp. 216 y ss.

²⁴. Cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, cit., p. 212.

²⁵. Los escritos de Marciano, como es sabido, también fueron muy aprovechados por los compiladores, especialmente el contenido de sus libros sobre *Institutiones*, si bien, aunque en su época existía una cierta tendencia jurisprudencial en cuanto a la precisión de conceptos jurídicos, no todas sus afirmaciones están exentas de un amplio debate doctrinal. En este sentido, además de la que nos antecede, podríamos recordar por ejemplo una de las ideas que más ha suscitado en la doctrina posiciones contrastadas; nos referimos a la expresión *iurisdictio voluntaria* atribuida a Marciano (D. 1,16,2 pr., lib. I *Institutionum*). Para una mejor comprensión de la expresión y las consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional, nos remitimos a unos libros de ineludible consulta a este respecto: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Madrid 1986, pp. 18 y ss.; Id. *La Jurisdicción Voluntaria*, 1ª edición, Madrid 2001, pp. 51 y ss.

nea. La reflexión jurisprudencial presenta una divergencia entre D. 1,8,4,1 y el correspondiente fragmento de las instituciones (Inst. 2,1,2): D. 1,8,4,1 (*Marcianus*, libro III *Institutionum*): *Sed flumina paene omnia et portus publica sunt*. Inst. 2,1,2: *Flumina autem omnia et portus publica sunt*.

A pesar de las numerosas y comprensibles dudas de la doctrina sobre esta alteración que ha dado mucho que hablar a los estudiosos - por un lado, Marciano destaca que casi todos los ríos y los puertos son públicos, y, en cambio, en la afirmación de las Inst. se recoge más bien el criterio de la publicidad de todos los ríos y puertos - cabría destacar con Astuti²⁶, la posibilidad de que Marciano se refiriera a *flumina* en sentido genérico, y el redactor de las Instituciones a los ríos en sentido técnico, en antítesis a los torrentes y arroyos. Para Scherillo²⁷, la antinomia es solamente aparente y la interpolación meramente formal. Basta recordar, escribe este autor, que la palabra *flumen* tiene un significado amplio y vulgar que comprende también a los torrentes, y uno más restringido, técnico, relativo solamente a los cursos de agua perennes: los compiladores de las Instituciones han entendido *flumina* en el segundo sentido, y los que elaboraron el Digesto en el primero; por tanto los dos textos vienen a decir la misma cosa. Así pues, en su opinión, “e pensabile che Marciano scrivesse *flumina omnia* (intendendo *flumina* in senso ristretto): i compilatori delle Istituzioni lo riprodussero senza varianti, mentre quelli del Digesto vi inserirono la limitazione, per ribadire che i torrenti come tali non sono pubblici”.

En las Instituciones, añade Scialoja²⁸, como consecuencia de la publicidad de los ríos, se dice que todos pueden pescar en ellos, afirmación ésta que no tiene para nosotros una importancia decisiva acerca de la publicidad de los ríos. Si solamente a esto se redujera la consecuencia de la publicidad de los ríos, sería incierta la categoría en la cual están integrados: bajo este aspecto, se consideraría público también el mar, que por el contrario es una *res communes omnium*. La ley contenida en el Digesto (D. 1,8,4,1) dice que casi todos los ríos son públicos, lo que viene a significar que existen también los ríos privados, como se desprende de todo el análisis pormenorizado del comentario al edicto que realiza Ulpiano, en su libro LXVIII, en relación a los ríos.

²⁶. ASTUTI, *Acque (storia)*, ED. cit., p. 351.

²⁷. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 110. En apariencia, advierte SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol.I, cit., p. 212, entre los dos textos existe una contradicción, pero dicha divergencia desaparece cuando se piensa que el término río puede tener varios significados.

²⁸. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol.I, cit., p. 212.

Para Bonfante²⁹, quizá es inútil someter a una crítica fácil la artificiosa conciliación propuesta cuando sobre el verdadero estado de las cosas no deberían existir dudas... “l’antinomia non è che meramente esegetica e l’interpolazione non può avere che un significato formale”. Lo cierto es, afirma también este autor, que la palabra *flumen* tiene un significado oscilante, que podría corresponder a una o a otra noción según el significado que se le atribuya a la palabra. *Flumen* significa en sentido amplio cualquier curso de agua, y en sentido más específico la palabra designa solamente los cursos de agua más considerables y además perennes: excluyendo por tanto los arroyos y los torrentes. Aspectos, que, como es sabido, se hacen visibles tanto en las apreciaciones de los antiguos escritores como en las fuentes jurídicas: *Seneca, Nat. Quaest. III, 11, 12*: «*aqua pluvia potes facere torrentem, non potest amnem aequali inter ripas suas tenore labentem, non faciunt imbres, sed incitant. 12. Paulo repetamus hoc altius, si videtur, et scies te non habere quod quaeras, cum ad veram amnium originem accesseris, flumen nempe facit copia cursusque aqua perennis*»; *Festus v. torrens (ed. Lindsay p. 483-484)*: «*Torrens significat etiam fluvium subitis imbribus, concitatum, qui alioqui siccitatibus exarescit, cuius (Müller) aquam ipsam quae fluit, flumen recte dici ait – Aelius Gallus lib. II quae ad ius pertinent: ceterum volgi consuetudine utrumque iam dici flumen, et perennem fluvium et torrentem*»; D. 39,3,2,9 (*Paulus, libro XLIX ad edictum*): *Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat. D. 43,12,1,2 (Ulpianus, libro LXVIII ad edictum)*: *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia, perenne est, quod semper fluat, ἀέναος, torrens ó χειμάρρος si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est.*

No obstante, las reservas sobre estas valoraciones nos inducen a continuar el análisis del comentario sobre el edicto del pretor realizado por Ulpiano, que, como es bien sabido, en el examen del primero de los interdictos sobre los ríos (libro 43, título XII, *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*), aparecen en los primeros fragmentos una serie de definiciones y normas jurídicas que tienen mucha importancia para todo lo concerniente a los ríos públicos en general y a sus orillas. Podríamos decir, que las afirma-

²⁹. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 72 y ss. Un sentido diverso y no del todo convincente, en nuestra opinión, le otorga Perozzi, *Istituzioni*, I, p. 598, seguido en este punto por ROBBE, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marciana*, cit., p. 675.

ciones allí referidas van a representar una especie de introducción general al derecho de las aguas relacionadas con los ríos públicos.

II. RÍOS PÚBLICOS Y RÍOS PRIVADOS

Conforme a la fundamental distinción entre ríos privados y ríos públicos, teniendo presente cuanto se ha dicho, consideramos conveniente hacer mención de algunas de las afirmaciones más específicas de Ulpiano que reflejan la posible dicotomía del término río. En este sentido, el jurista no duda en destacar expresamente la existencia de ríos privados en contraposición a los ríos públicos y sus consecuencias jurídicas.

Como podremos observar el jurista usa frecuentemente las anáforas, es decir, esas figuras de dicción que consisten primordialmente en repetir algo de forma consciente. Podríamos decirlo de otra forma: el uso frecuente de las anáforas con objeto de hacer hincapié en una palabra o en un concepto. Sobre este uso cabría decir que facilita la posibilidad de conducir su pensamiento haciendo que los lectores centren su atención en la expresión público, pero en cuanto al concepto de río parece que llega a la expresión de una idea a través de una serie de rodeos que dan al conjunto cierta confusión. Pero si esto, hasta cierto punto, es comprensible, no lo es, en cambio, que admitamos que esta inhibición en cuanto a la precisión no fomente la posibilidad de extraer la esencia de una idea en cuanto a la publicidad. No podemos eliminar la crítica de una exposición llena de logros parciales, pero sí podemos atrevernos a difundir las consignas que contribuyen a moldear la idea de público en cuanto a los ríos.

Entre los textos más significativos que ponen de relieve la existencia de ríos privados, cabría citar los siguientes³⁰: D. 43,12,1 (3,4,10) (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): ...3. *fluminum quaedam publica sunt, quaedam non*³¹ ...4. *Hoc inter-*

³⁰ Cfr. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 107; ROBBE, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marcianea*, cit., pp. 659 y 660.

³¹ Sobre la desestimación de algunos autores de la existencia de una separación neta entre ríos privados y ríos públicos, tiene escrito GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 137 n. 1, en contra de VASALLI, *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, en *Acque e trasporti*, 1917 p. 13, (ahora puede verse también en *Studi giuridici*, II, Milán 1960, pp. 9 y ss.) una apreciación que nos parece interesante: "Il Vassalli, in relazione alla sua tesi, vuol negare che nel concetto di Ulpiano esista un'antitesi piena e perfetta tra fiumi pubblici e privati, in quanto il termine *privato* conserva il suo significato di "appartenente ai privati", mentre il termine *pubblico* avrebbe acquistato quello di "destinato all'

dictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum... 10... nec pertinet ad hoc interdictum, si quid in privato factum sit, ne quidem si in privato flumine fiat: nam quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat.

Afirmaciones jurisprudenciales que no ofrecen la menor duda: algunos ríos son privados y otros no; el interdicto referido (D. 43,12,1), sólo será aplicable a los ríos públicos, pues como indica el jurista, no tendrá eficacia en relación a los ríos privados, que no presentan diferencias sustanciales respecto a los demás lugares privados; por las mismas consideraciones, añade el juriconsulto, la ineficacia del interdicto contra todo lo que se haya hecho en lugar

uso publico". Ai fiumi privati, che potrebbero anche essere perenni, non si applicherebbe il regime degli interdetti, ma ciò non escluderebbe che vi fosse qualche tutela delle pubbliche utilità, a cui il fiume di proprietà privata potrebbe essere destinato. Però l'argomento che il Vasalli vuol trarre dal fatto che Ulpiano dice *fluminum quaedam publica sunt quaedam non*, ha scarso valore, e l'interpretazione del Vasalli, per quanto acuta, va contro al significato più naturale e spontaneo del passo, che appunto contrappone i fiumi privati a quelli pubblici, che ha definito". Cfr., el breve, pero interesante comentario de Grosso, sobre este mismo autor en p. 134 n. 1. Contra la tesis de Vasalli cfr., BONFANTE, *Corso II*, cit., p. 89. En nuestra opinión, parece evidente que existen supuestos en los que basándose en la utilidad pública se pueda extraer un beneficio para la colectividad. Es decir, podría darse la posibilidad de que un río privado, parezca público debido a la circunstancia de uso público en la praxis; si bien, no nos parece demasiado acertado extraer de estas motivaciones consecuencias que puedan amparar la idea de negar la sustancial diferencia entre río privado y río público formulada por Ulpiano, que, como hemos visto, responden al significado más auténtico de las expresiones que él mismo utiliza de forma tajante; y no sólo nos referimos a la expresión *fluminum quaedam publica sunt, quaedam non*, sino al resto de las expresiones mencionadas en el fragmento citado arriba, que, a nuestro juicio, no ofrecen lugar a dudas. En suma, por el hecho de que un río privado pueda ser de uso público en determinadas circunstancias, la separación nítida y jurídica entre ríos privados y ríos públicos resulta obvia, y no por ello se le debe atribuir a los ríos privados la calidad de cosa pública, con todas sus implicaciones. A este respecto, nos parecen interesantes las palabras de ASTUTI, *Acque (storia)*, cit., pp. 356 y ss., cuando en su comentario crítico a la ya mencionada por nosotros tesis de Vasalli, (aunque también destaca su interés) escribe: "... non ha invece fondamento testuale l'affermazione che l'idoneità o soggezione all'uso pubblico potesse conferire la qualità di *res publicae* a beni di proprietà privata. In ispecie, se l'espressione *flumen publicum* fosse stata veramente assunta ad indicare soltanto la destinazione al pubblico uso, è chiaro che ciò avrebbe determinato, per necessaria conseguenza, la caduta dell'originaria e tradizionale distinzione fra fiumi pubblici e privati, concernente l'appartenenza e non l'uso: mentre i testi della giurisprudenza classica, conservati nella compilazione giustiniana, confermano l'esistenza di fiumi privati, e l'espressione *flumen privatum* conserva pur sempre il significato univoco di fiumi di proprietà privata". Cfr. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, pp. 1 y ss. En contra de otras afirmaciones análogas de Vasalli, véase LONGO, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, (Pubb. Studi in memoria di Umberto Ratti, Milano, 1933), y en Ricerche Romanistiche, Milán 1966, pp. 149, n. 1 y ss., pp. 156, n. 13 y ss.

o río privado. Repeticiones ulpianas que encuentran acogida también cuando comenta el interdicto: *ut in flumine publico navigare liceat* (D. 43,14), concretamente en el fragmento 1.2: *Si privata sunt supra scripta, interdictum cessat*.

Los textos referidos atestiguan la existencia de ríos públicos y ríos privados y un régimen de defensa diferente. La clave que nos permite perseverar en este criterio, la podemos extraer fácilmente del análisis terminológico de los instrumentos que tutelan el uso público de los ríos públicos, que se encuentran recogidos, como dijimos más arriba, en el libro 43 del Digesto, en los títulos que van del 12 al 15 inclusive³². En todos ellos, a la hora de destacar la aplicación del interdicto, se utiliza siempre, específicamente, la expresión ríos públicos. Por tanto, se puede deducir sin lugar a dudas, que parece clara, por interpretación en sentido contrario, la existencia de ríos privados; nadie puede negar el hecho innecesario de añadir a los ríos el término público, si los ríos privados no existieran. Esta previsión la explica acertadamente Scialoja³³, resaltando la necesidad que sintieron los Romanos de añadir *publicum* al término *flumen* (es decir, el adjetivo *publicus* al sustantivo *flumen*), cuando querían hablar de ríos públicos. Además, como añade este autor, resulta significativo la notable insistencia terminológica en este sentido (*flumen publicus*), en los textos de la compilación a los que ya nos hemos referido en párrafos anteriores.

No se nos ocultan las dificultades que puede llegar a entrañar el esclarecimiento sobre el debatido problema del agua corriente (*acqua profluens*³⁴), que,

³² Véase más específicamente: D. 43,12,1 pr., *Ne quid in flumine publico...*; D. 43,12,1,19, *Quod in flumine publico...*; D. 43,13,1 pr., *in flumine publico...*; D. 43,13,1,11, *Quod in flumine publico...*; D. 43,14,1 pr., *Quo minus illi in flumine publico...*; D. 43,15,1 pr., *Quo minus illi in flumine publico...* En suma, se puede observar que en todos los textos de estos títulos, el pretor o el jurisconsulto, cuando tratan los ríos públicos, encontramos siempre añadido el adjetivo público.

³³ SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, p. 214. Cfr. ROBBE, *La differenza sostanziale fra res nullius e res nullius in bonis e la distinzione delle res pseudo-marciana*, cit., p. 660.

³⁴ Ya en el siglo pasado también se le concedía una gran importancia a la elaboración de un concepto ajustado sobre *acqua profluens*. Cfr. ÜBBELOHDE, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, cit., pp. 330 y ss. No resulta, por tanto, extraño que esas mismas ideas hayan encontrado un eco doctrinal que indujera a completar el desarrollo de estos planteamientos en los últimos años, con mayor profundidad; si bien, a nuestro juicio, las posibles cuestiones que se presentan tienen en sí el reflejo de una evolución histórica que nos lleva a creer que no deberíamos separarnos demasiado de la idea de otorgar una prevalencia al análisis del conjunto de todos los elementos que constituyen los ríos; sin otorgar, por tanto, una especial relevancia, en principio, al estudio del agua corriente, con carácter independiente. Cfr., sobre *acqua profluens*, entre otros: ASTUTI, *Acque (storia)*, cit., p. 356; SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., p. 217.; ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., pp. 89 y ss.

como es sabido, constituye uno de los ejemplos sobre el que se han elaborado más conceptos, y que ha servido a muchos autores como punto de partida para mostrarnos con mayor claridad toda la disciplina jurídica que posteriormente afectaría a los ríos. Sin embargo, a este respecto, compartimos la opinión de Scialoja³⁵, entre otros, que advierte que cuando nosotros hacemos referencia a ríos no nos centramos exclusivamente en la corriente de agua, sino en el complejo de todos los elementos que lo constituyen. De los numerosos conceptos que se han ofrecido sobre *acquae profluens*, añade este autor, resulta muy difícil escoger uno que excluya de su ámbito el agua del río. Por tanto, se podría decir con Burdese³⁶, “L’acqua corrente (*acqua profluens*) del fiume, indipendentemente dall’essere questo privato o pubblico, è elencata, secondo l’opinione, di origine extragiuridico e pressochè isolata, di Marciano ripresa nelle Istituzioni giustinianee, nella categoria delle *res communes omnium* (cfr. fr.2, 1, D, *de divisione rerum et qualitate*, 1, 8; & 1, Inst., *de rerum divisione*, 2, 1)”: pero en realidad, como afirma Burdese, el agua corriente no está sujeta a un régimen particular distinto del régimen del curso de agua al que pertenece.

No obstante, el uso común del agua corriente no parece que haya sido desatendido en el mundo romano³⁷, como podría desprenderse de las imprecisiones conceptuales que aporta la doctrina sobre el *acqua profluens*, basándose en los confusos textos que no aclaran suficientemente la definición en cuanto a su régimen jurídico. Si bien, parece claro que en la mayoría de los supuestos se reflejan ciertas asimilaciones que destacan el aspecto comunal (de uso común) y, con matices que engloban al lugar por donde discurren, público.

La aparente indefinición se complica aún más en Las Partidas, como pone de relieve Gallego Anabitarte³⁸, - en su tratado sobre el Derecho de Aguas en Es-

³⁵ SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, cit., p. 217, “Avendo dunque riguardo soltanto all’acqua profluens, il fiume si potrebbe considerare come una res communis omnium (no como lo integran algunas fuentes cuando hablan de las *res in publico usu*, indicando los ríos, en la categoría *publicae iuris gentium* o *iure gentium*, -cfr., la ya mencionada obra de ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 90)-; ma in realtà quando noi diciamo «fiume» non ci riferiamo solo alla corrente, ma al complesso di tutti gli elementi che lo costituiscono”. Sobre la definición de *acqua profluens*, véanse las, a nuestro juicio, confusas y menos afortunadas observaciones de ÜBBELOHDE, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, cit., pp. 339 y ss.; 343 y ss..

³⁶ BURDESE, *Flumen*, NNDI, cit., p. 415.

³⁷ Cfr. ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª edición, cit., p. 180.

³⁸ GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH A., DÍAZ LEMA, M., *El Derecho de aguas en España*, cit., p. 35. No obstante esta matización que hemos recogido de los comentarios de este autor, cabría recordar con él que “El fundamento jurídico teórico de esta materia

pañá, "...justamente una de las diferencias esenciales entre Las Partidas y el Derecho Romano es que las primeras sólo consideraron como *cosas comunes* (Partida III, Título XXVII, Ley III) que «pertenecen a todas las criaturas el aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera», mientras que en Derecho Romano (Instituta Libro II, Título I, epigráfe I) dice: «et quidem naturali iure sunt omnium haec: aer, aqua profluens et mare, et per hoc litora maris». Y la diferencia, como señala este autor, es trascendental porque el *aqua profluens* es el agua que corre, que fluye, y éste es un bien común a todas las criaturas, mientras que en Las Partidas este bien queda reducido al agua llovediza. Esta curiosa diferencia ha marcado el Derecho español de Aguas, patrimonializándolo –al no ser comunes o públicas las aguas corrientes - hasta su moderna configuración a mitad del siglo XIX”.

El análisis de todos los elementos que constituyen el río será una de las claves que nos permita comprender mejor el alcance efectivo de todas las figuras que podemos encontrar en el enunciado de los textos de Ulpiano, en su comentario a este primer interdicto (D. 43,12); especialmente, nos referimos a los primeros párrafos en los que, como decíamos, podemos encontrar una interesante introducción a este respecto, con especial hincapié, en la serie de conceptos y afirmaciones que se encuentran recogidos en los once primeros fragmentos de este interdicto mencionado, que contribuirán en gran medida a la determinación del ámbito de aplicación de este interdicto.

Representa un interés especial, en este sentido, el estudio de la primera disposición interdictal en relación a los ríos, por la que el pretor protege la navegación libre en los ríos públicos, y, con esta finalidad, prohíbe que se haga o introduzca en río público o en su orilla cosa alguna por la cual se haga peor para las naves el tránsito o el estacionamiento.

En suma, se prohíbe todo aquello que de alguna forma pueda entorpecer, perturbar o dificultar la libre navegación fluvial, consentida a todos los posi-

se encuentra en los textos correspondientes de la Instituta de Justiniano y en el Digesto y muy en concreto la división entre cosas comunes: el aire, el agua corriente, el mar y sus riberas, frente a determinados bienes que el Derecho Romano calificó específicamente de públicos, como son los ríos y los puertos, las vías públicas y los caminos públicos”. Aspecto que puede verse más pormenorizadamente tratado en los capítulos anteriores. Sobre las Partidas véase además, ARIAS BONET, *Derecho marítimo en las Partidas*. RDM. 99. 1966. pp. 91-108; CAMACHO EVANGELISTA, *De las fuentes romanas de las Partidas*. I. Partida, RDN. 15. 1966, pp. 7-67; Id. *Acursio y las fuentes romanas de las Partidas*. Atti di studi accursiani. III. Milano. 1968. pp. 1067-1081; Id. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso X el Sabio*. Studi. Grosso. V. Torino. 1972. pp.475-516; PÉREZ MARTÍN, *Fuentes romanas en la Partidas*. Glossae, Revista de Historia del Derecho europeo. 4. 1992, p. 237.

bles usuarios, reprimiendo mediante este interdicto todas las actividades mencionadas que puedan menoscabar el buen estado de los ríos públicos para la navegación³⁹.

El motivo que inspira este interdicto, lo constituye la tutela de la navegación fluvial y, como señala Di Porto⁴⁰, por tanto, dada la particular importancia de la misma para el transporte de personas y cosas en aquellos tiempos, de la tutela del transporte por vía fluvial, y, en última instancia el tráfico comercial. En D. 43,12,1 pr.⁴¹ (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*) encontramos la referencia a esta orden del magistrado: *Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius inmittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.*

III. CONCEPTO DE RÍO PÚBLICO Y CONTINUACIÓN DE LA REVISIÓN DEL TÍTULO XII DEL LIBRO XLIII DEL DIGESTO, CON ESPECIAL REFERENCIA A D. 43,12,1,12, SOBRE LA DEBATIDA EXTENSIÓN INTERDICTAL (VÍA ÚTIL), DE LABEÓN A LOS RÍOS NO NAVEGABLES

A los fines de la presente indagación nos parece fundamental abordar el concepto de río, pues, como consecuencia del modo no del todo feliz en que está tratado en los diferentes fragmentos que manejaremos, ha dado lugar a una viva controversia que ya evidenciaba Ubbelohde⁴² en sus escritos.

³⁹. Aunque no hayamos encontrado directamente un texto jurisprudencial - en este supuesto específico, pues, como se verá, sí aparece en otros fragmentos que trataremos más adelante: Cfr., por ejemplo, D. 43,14,1,1 - que parangone directamente esta posibilidad, con los matices conocidos, en relación a las vías, esto no supone que nosotros podamos obviar la analogía respecto a la tutela del uso común de las vías públicas; basta una simple observación de los textos citados en páginas anteriores para deducir las verdaderas proporciones analógicas a la que nos referimos.

⁴⁰. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, cit., pp. 100-101 y 83.

⁴¹. Acerca de este título interdictal cfr., BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, 2ª edición, cit., pp. 270 y ss.

⁴². Cfr. UBBELOHDE, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, cit., p. 325. Si bien, como es sabido, se trata de uno de los fragmentos más reconocidos por la doctrina de manera ejemplar en cuanto a la brevedad de los términos y la trascendencia como guía para desarrollar el asunto, que, como podremos observar, a dado lugar a las mencionadas polémicas. Véase, además, SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1953 reimpresión, p. 196.

Estamos, pues, ante uno de los temas en los que se puede observar que algunas apreciaciones de los juristas se disuelven en lo genérico. La complejidad de realizar una aproximación conceptual con un perfil definido resulta evidente. A pesar de contar con las explicaciones de Ulpiano, gran aportador al derecho público y administrativo, como ponen de relieve sus estudios monográficos sobre diferentes *officia* imperiales⁴³, y del que se puede decir que pocas parcelas han escapado de su curiosidad jurídica, y de otros juristas que también se expresan a este respecto, sin que conozcamos con seguridad que tuvieran la especialización que requiere el tema de aguas; aunque en el caso de Casio Longino se sepa que era un gran conocedor de esta materia y aparece citado con frecuencia por los agrimensores⁴⁴.

⁴³. Cfr. CUENA, *Textos de Derecho Romano*, (AAVV: Domingo –dir.–, Churruga, De los Mozos, Gómez Carbajo, Gómez-Iglesias, Linares, Mentxaca, Varela), ed. Aranzadi, Pamplona 2001, p. 364.; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* 2ª edición, (München 1967) p. 245. Véase, también, sobre este jurista, SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 106 y ss.

⁴⁴. Como uno de los ejemplos más conocidos cabría citar a Hyginio, De gen. contr.124,11ss.: *Circa Padum autem cum ageretur, quod flumen torrens et aliquando tam violentum decurrit, ut alveum mutet et multorum late agros trans ripan, ut ita dicam, transferat, saepe etiam insulas efficiat, Cassius Longinus, prudentissimus vir, iuris auctor, hoc statuit, ut quidquid aqua lambiscendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet; si vero maiore vi decurrens alveum mutasset, suum quiusque modum agnosceret, quoniam non possessoris negligentia sed tempestatis violentia abreptum apparet <...>*. Cfr. VASSALLI, *Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, cit., p. 5, comenta de Casio que era un jurista "versatissimo in materia di acque". En el mismo sentido se expresa SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 109 n. 3; ASTUTI, *Acque (storia)*, cit., p. 351. Véase más recientemente, con una frase similar (versatissimissimo in materia di acque), ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit. p. 92 n. 279. Sobre este jurista, en general, véase un resumen en CUENA, *Textos de Derecho Romano*, cit., p. 356. Entre otros autores que también han abordado el tema explícitamente BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensores romani comparate a quelle del Digesto* (Verona - Padua 1897) pp. 331 y ss., ed. anast. Roma 1968, pp. 73 y ss.; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, cit., p. 130; Id. *Historia del Derecho Romano*, trad. de la 4ª edición a cargo de Miquel, Barcelona 1991, pp. 122 y ss.; D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Cassio Longino*, Nápoles, 1969; SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 120; BRETONI, *Storia del diritto romano*, Bari, 1997, pp. 256 y ss.; BONFANTE, *Diritto romano*, Milán 1976, rist. corr. a cura di Giuliano Bonfante, e di Grifò, pp. 61 y ss.; ORESTANO, v. Cassio Longino Gaio, Nov. Dig. Entre los textos del Digesto en los que se recogen expresiones de este jurista relacionadas con las aguas, cabría recordar, entre otros, además del mencionado por nosotros, D. 43,12,1,3, los siguientes: D. 39,3,1,19, *Cassius quoque scribit, si aqua...*; D. 33,7,12,16; D. 17,2,52,12; D. 12,7,2 etc. Con mayor polémica sobre las posibles alteraciones cabe recordar D. 39,3,1,8-11. No obstante, el texto objeto de nuestro estudio (D. 43,12,1,3) no se caracteriza por una crítica generalizada en este sentido, por lo que podemos deducir que refleja una visión clásica a este respecto.

Reflexiones que nos hacen comprender, en parte, que el aparente confusio- nismo jurisprudencial no difiera en esencia; si bien, intentaremos trazar los pun- tos de confluencia que nos permitan, con un esfuerzo más ajustado, intentar acomodar todos los criterios y los perfiles más característicos del tema en examen.

Ulpiano, en el exordio de su comentario a este interdicto, fiel a las aporta- ciones aclaratorias que también caracterizaban las introducciones realizadas por este jurista en tema de vías, comienza con una aparente definición de río, pero en realidad, como puede observarse, se limita a contraponer la esencia conceptual de los arroyos respecto a la de los ríos. No obstante, de estas afir- maciones ulpianeas ya se pueden extraer algunos elementos que sirven para vertebrar con mejor criterio la idea de río.

Nuestro jurista nos dice que los principales elementos diferenciadores en- tre los arroyos y los ríos, lo constituyen el tamaño o magnitud y la estimación de los vecinos. Es decir, en nuestra opinión, extiende la condición abstracta: tamaño, magnitud, medidas, sin precisiones demasiado nítidas, y la considera- ción que de esa corriente de agua tengan los habitantes de los alrededores, o los que habitan a lo largo de la orilla; abstracción que nos parece, quizá, dema- siado compleja, pero que de alguna forma parece que intenta ajustarse a los rasgos que denota la nueva concepción que, como hemos señalado más arriba, destaca, como algo más aconsejable para la época, según las previsiones de la jurisprudencia clásica, deducir el criterio de la publicidad de la naturaleza física de los cursos de agua integrada por la valoración social⁴⁵, o, como señala Fernández De Buján, A.⁴⁶, los que tuvieran reconocida tal cualidad en función de las especiales circunstancias geográficas o singular valoración social.

En este segundo supuesto reflejado por Ulpiano, podemos encontrar tam- bién algunos flecos de abstracción y parcialidad⁴⁷, si bien, como escribe Ubbe-

⁴⁵. Cfr. BURDESE, *Flumen*, NNDI, cit., p. 415.

⁴⁶. FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Ro- mano en Europa*, cit., p. 210.

⁴⁷. De parecer aparentemente contrario, entre los autores que han examinado el tema desde puntos de vista diversos o más generales, LONGO, *Il regime romano delle acque pub- bliche*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, cit., p. 250, si bien, el mismo autor des- pués de destacar el orden y el valor lógico desarrollado por Ulpiano en esta fase, en el que pa- rece normal que el primer contraste, para definir la idea de río con mayor rigor, sea entre *rivus* y *flumen*, y poder conseguir así una noción que no tenga visos oscilantes, destaca el re- sultado de la explicación de Ulpiano como concepto o como límites entre los cuales debería estar asumido el concepto. Una lectura atenta, no deja de ofrecer datos significativos, en nuestra opinión, que favorece la entrada a las conjeturas y oscilaciones.

lohde⁴⁸, parece claro que el jurista no podía eximirse de hacer esta observación lingüística al comentario del edicto. Recuérdese que el examen de los interdictos concernientes a las *viae publicae* muestra que el lenguaje que utilizan las leyes, en ocasiones, hace referencia a un término cuyo significado no coincide con el más usual.

La parte esencial del fragmento que atestigua la interpretación de Ulpiano, de la que no podemos extraer una respuesta absolutamente definitiva, aparece en el contenido de D. 43,12,1,1 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium*⁴⁹.

No basta para responder a esta cuestión aducir simplemente estos condicionantes, haría falta algo más para fortalecer esta hipótesis de Ulpiano. No obstante, el jurista de Tiro (Fenicia), continúa su labor explicativa dividiendo los ríos en perennes y torrenciales: son perennes los que siempre corren, y torrenciales los que corren en invierno. Aún así, como añade este jurisconsulto, no por el hecho de que se seque durante una época estival alguno de los que corría de forma permanente deja de ser considerado como perenne.

El tenor literal del precepto referido, aparece recogido en el siguiente texto de la compilación: D. 43,12,1,2 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia, perenne est, quod semper fluat, ἀένναος, torrens ὁ χειμάρρος si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est.*

De las reflexiones de Ulpiano a este respecto, es decir, del contenido de los dos últimos párrafos transcritos, han dado cuenta de forma explícita nume-

⁴⁸. UBBELOHDE, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, cit., p. 329 y n. 3^a.

⁴⁹. Sobre la *existimatio circumcolentium* y su importancia, cfr., entre otros, Scherillo, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 111; BONFANTE, *Corso*, II, cit., pp. 90 y ss. Restándole importancia a la misma se muestran OSSIG, *Römisches Wasserrecht*, Leipzig, 1898, pp. 5 y ss.; HESSE, *Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinen Rechten*, en JDP, 7, 1865; PLESCIA, *The Roman law on Waters*, Index 21, 1993, p. 440. Véase, PENDÓN MELÉNDEZ, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de algunos tipos de agua*, cit., pp. 495 y ss. No pretendemos quitar importancia al criterio de los habitantes y al tamaño de la corriente de agua, pues como advierte LONGO, *Il regime romano de le acque pubbliche*, cit., p. 250, podría ser un error, si bien, en nuestra opinión, se daría, quizá, demasiado margen a los posibles intereses privados si los consideramos como criterios absolutamente definitivos.

rosos estudiosos, si bien, existen algunos aspectos que, en nuestra opinión, se han obviado con frecuencia y en los que al parecer no se ha reparado suficientemente.

Algunos autores, probablemente desde la conocida alusión de los ríos bajo la perspectiva de publicidad *iuris gentium*, han abordado la introducción ulpiana en D. 43,12,1 destacando la definición de río público directamente, sin plantearse por un momento si los dos primeros fragmentos de Ulpiano se dirigen especialmente a resolver esta cuestión. Es decir, las partes esenciales de los textos referidos se dedican a establecer, por una parte, las diferencias existentes entre los ríos (no se especifica río público) y los arroyos. Asimismo, en el segundo párrafo, se aprecia una distinción entre río (no menciona público expresamente) perenne y torrencial; haciendo hincapié en que una sequía sobrevenida en época de estío no implica que un río perenne pierda su condición como tal. En suma, en orden a la concepción de río mantenida hasta el momento por Ulpiano, solamente advertimos como elementos preeminentes: la magnitud, la estimación social y la perennidad.

La sistemática seguida por este jurista, en la mayoría de las ocasiones anteriores, ha puesto de relieve su preocupación por resolver las cuestiones que puede suscitar la interpretación del interdicto objeto de examen, es decir, totalmente acondicionadas al mismo; si bien, en este supuesto planteado, a pesar de las múltiples respuestas doctrinales que aprecian una lógica regularidad expositiva, nos planteamos varios interrogantes. Si tomamos como punto de partida el enunciado del interdicto (D. 43,12,1 pr.), resultaría fácil pensar que lo que debería completarse por las reflexiones ulpianas, a los efectos de aplicación del mismo, sería la idea, más o menos razonada, de río público. Lógica consecuencia de la expresión pretoria original: *Ne quid in flumine publico* (...). En este contexto, los comentarios de Ulpiano ejercen una influencia en parte de la doctrina que conduce a señalar, analizando el conjunto de las valoraciones de este jurista, que el eje sobre el cual gira la consecuencia más preeminente, con objeto de diferenciar los ríos públicos y los ríos privados, lo constituye la perennidad.

Para llegar a esta afirmación más concluyente, cabría decir que en la mayoría de las ocasiones no parece que se haya reparado suficientemente, a nuestro juicio, en la posible evolución dubitativa de Ulpiano a este respecto.

El jurisconsulto ha comenzado su exposición de forma complementaria, por lo que hemos podido observar, él habla de río, pero no de río público, lo di-

ferencia de los arroyos y los torrentes⁵⁰, pero continúa su planteamiento sin decir nada sobre ríos públicos. Asimismo, añade el concepto de perennidad para los ríos (sin introducir el término público), a diferencia de los torrentes. Por unos instantes, podríamos pensar que está formulando una simple definición, que podría ser técnica, geográfica, social o en sentido general, de la idea de río; pero no una diferenciación o definición que nos permita comprender mejor el alcance efectivo de las dos figuras: río público y río privado, para distinguir claramente el campo aplicativo al cual se extiende el interdicto, y la adecuada misión protectora del uso colectivo de los ríos públicos.

Aún hay que añadir algo más; se puede aducir, por tanto, que de los textos analizados hasta el momento, no surge claramente el carácter esencial sobre la publicidad de los ríos. Podría pensarse que está implícito, si bien, a nuestro modo de ver, Ulpiano no parece iniciar esta exposición con una introducción

⁵⁰. Cfr., en general, SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, cit., p. 214; BONFANTE, *Corso*, op. cit., I, pp. 74 y ss., donde pone claramente de relieve que esta diferencia no significa que todos los torrentes sean privados; SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 109, los torrentes son públicos o privados según el título; GROSSO, *Corso de diritto romano. Le cose*, cit., pp. 131 y ss.; PEROZZI, *Istituzioni*, 2, Milán (1947), pp. 601-602, n. 7, el cual advierte que la distinción entre *rivus* y *flumen* de D. 43,12,1,1, tiene importancia exclusivamente en relación al interdicto que Ulpiano comenta en esta sede, que, al servir para proteger la navegación, no parece demasiado lógico que se introduzcan los cursos de agua más pequeños por no reunir las condiciones idóneas para la misma; SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I, cit., pp. 110 y ss., que afirma que el criterio de la perennidad no es suficiente por sí sólo para determinar la publicidad de un curso de agua, ya que no todo curso de agua perenne como tal es público, sino que es preciso que se trate de un curso de agua considerable; OSSIG, *Röm. Wasserrecht*, Lipsia, 1898, pp. 117 y ss.; UBBELOHDE, *Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs*, cit., pp. 328 y ss., utilizando testimonios clásicos de la práctica romana en relación al aluvión y al *alveus relictus*, pone de relieve que los arroyos han sido tratados del mismo modo que los ríos más grandes. En este sentido, añade este autor, que si los arroyos, en el concepto romano, fuesen ríos privados, es decir, que los cauces suyos fuesen propiedad privada de los aledaños, no habría surgido de ningún modo la pregunta sobre a quién le debe corresponder el *alveus relictus* de un arroyo. La conclusión de este romanista, puede quedar así sintetizada: el fragmento referido proporciona una prueba convincente de que los *rivi perennes* constituyen solamente una subespecie de los *flumina publica*, jurídicamente no bien distinguida por los romanos. Por tanto, para este autor, la observación tiene más bien un significado fundamentalmente lingüístico y no simultáneamente jurídico; GLÜCK, *Commentario*, cit., pp. 463 y ss. Véase, asimismo, algunas de las argumentaciones diferenciadoras entre torrentes y ríos transmitidas por autores extrajurídicos: Fest. v. torrentes: *Torrentis significat etiam fluvium subitis imbribus concitatum, cuius aquam ipsam quae fluit, flumen recte dici ait Aelius Gallus lib. II quae ad ius pertinent: ceterum volgi consuetudine utrumque iam dici flumen, et perenne fluvium et torrentem*. Cfr. Séneca, *Nat. quaest.*, 3, 12; Isid., *Etym.*, 13, 12.

suficientemente creativa y original. Una serie de datos, a este respecto, podrían facilitarnos los apoyos que corroboren nuestras observaciones.

El jurista acude al sistema de citas para intentar establecer con mayor acierto la connotación más específica que pueda determinar, con aquiescencia jurisprudencial histórica, la diferencia entre río público y río privado. No obstante, aunque Ulpiano asume la opinión de Casio, discípulo de Masurio Sabino, avalada por el conocido proculeyano Celso (*filius*)⁵¹, miembro del *consilium* de Adriano, en la que se justifica la publicidad de los ríos con la perennidad, como veremos *infra*, no se desprende absolutamente de sus titubeos o indecisiones: *videtur esse probabilis*⁵².

Con un comentario sutil, Scherillo⁵³ muestra su extrañeza y no considera admisibles las supuestas reservas de Ulpiano al tomar esta determinación -reservas que, como es sabido, gran parte de la doctrina las ha puesto de relieve en sus investigaciones-, y nos dice que no resultaría nada ilógico que un jurista versadísimo en tema de aguas como Casio contribuyera a fijar un criterio general para establecer la publicidad de los ríos.

A nuestro juicio, las escasas argumentaciones de Scherillo a este respecto, no empañan de forma considerable nuestra convicción de lo contrario. Es decir, para nosotros *videtur esse probabilis* no debería suscitar dudas sobre la posible reserva ulpianea. Scherillo, con la finalidad de negar la posible duda de Ulpiano a este respecto, habla de la inexistencia de huellas en las Pandectas

⁵¹ Cfr. CUENA, *Textos de Derecho Romano*, (repertorio de juristas romanos), cit., p. 359 y bibliografía allí referida; KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, trad. 4ª edic. Miquel, cit., p. 126; SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 210 y ss. Sin relevancia demasiado directa o indirecta sobre el tema que nos ocupa pueden verse los siguientes textos: D. 41,1,30,1; D. 39,3,6,7; D. 19,1,38,2; D. 8,6,12; D. 8,1,9. Finalmente véase la aprobación de la opinión casiana en D. 43,12,1,3. Como podemos observar, el reconocimiento de Celso a este respecto, simplemente se limita a corroborar la postura clásica sin introducir ningún elemento nuevo que se aproxime en mayor medida a las nuevas exigencias sociales en las que se desenvuelve (siglo siguiente al del jurisconsulto Casio). A este propósito, hubiera sido muy útil contar con las motivaciones que indujeron a estos juristas a llegar a esta solución, pero, como es sabido, no solían ser muy frecuentes. En este sentido, véase entre otros, CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, 1996, (trad. Gutierrez - Masson), pp. 39 y ss.

⁵² Cfr. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 132; BONFANTE, *Corso*, cit., p. 74; VASALLI, *Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, cit., p. 5. Argumentaciones contrarias pueden verse en SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 109 n. 3.

⁵³ SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 109 n. 3.

en otro sentido, incluso, en su opinión, dado el acuerdo en esta materia entre los seguidores de las dos escuelas opuestas, no parece probable.

Para nosotros, basta con echar una simple mirada retrospectiva al tema de interdictos; especialmente los comentados por este jurisconsulto en los títulos que van del 7 al 15 del mencionado libro 43, para comprobar que cuando Ulpiano recoge afirmativamente las concepciones formuladas por otros juristas lo hace de forma directa y sin introducir, en la mayoría de los supuestos, ninguna frase dubitativa (cfr., por ejemplo: D. 43,8,2,3; D. 43,8,2,6; D. 43,8,2,13; D. 43,8,2,26; D. 43,8,2,28; D. 43,8,2,41; D. 43,12,1,12; D. 43,12,1,16; D. 43,12,1,17; D. 43,12,1,22 etc.); incluso cuando el jurista intenta destacar la veracidad de una afirmación de otro jurisconsulto argumentando su convicción, no duda, por ejemplo, en utilizar la siguiente frase: *ut mihi videtur vera Labeoni* (D. 43,8,2,42). Es decir, arguye que le parece verdadera la opinión de - en este supuesto- Labeón; o bien, ... *non est iniquum, ut Labeo ait...* (D. 43,13,1,13). En suma, conforme a estos textos⁵⁴, parece evidente que no debemos asumir aquellas apreciaciones doctrinales que descartan la posible reserva de Ulpiano en este sentido.

A este propósito, y antes de entrar en el siguiente argumento, nos parece útil recordar la expresión ulpiana contenida en D. 43,12,1,3: la opinión de Casio, compartida por Celso, -respecto a la perennidad como criterio general para determinar la publicidad de un río- “parece ser la más probable o admisible”.

D. 43,12,1,3 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.*

Que los ríos pueden ser privados o públicos, como dice Ulpiano, resulta obvio en la mayoría de las afirmaciones ya aludidas por nosotros en páginas precedentes; no obstante, es la definición de Casio, aprobada por Celso, (juristas anteriores a Ulpiano, siglo I y II respectivamente), a la que acude este jurisconsulto para adherirse a ella, y es la que le facilita en gran parte la fundamental distinción; si bien, puede parecer un tanto obvia, pero sin aclarar suficientemente la forma y estructura jurídica definitiva, es decir, demasiado simple, o excesivamente tradicional como criterio general: Casio define que se considera río público el que sea perenne.

⁵⁴. Pues, como es sabido, existen otros textos fuera del contexto interdictal de los títulos que abordamos en nuestro estudio, que pueden ser objeto de interpretaciones diversas.

Otro argumento que puede favorecer nuestra alegación inicial lo puede constituir el estudio de los diversos textos de Ulpiano, en los que se puede observar que - y solamente a partir de este momento (D. 43,12,1,3) - los argumentos que refuerzan el ámbito de aplicación del interdicto *ne quid in flumine publico* se encuentran con mucha frecuencia, tanto en los fragmentos del título citado, como en los diferentes títulos y fragmentos a los que nos referiremos más adelante.

En efecto, parece que a partir de este momento Ulpiano se encuentra más legitimado para oponer la fuerza del interdicto, en relación a los ríos públicos, utilizando con insistencia algunos de los siguientes términos: *flumina publica...*; *in publico flumine...*; *fluminis publicis...*; *in flumine publico, etc.*

Con todas estas consideraciones no se han querido exigir unas estimaciones completamente acertadas, sino más bien señalar algunos flecos de incertidumbre que podrían pasar desapercibidos al estudioso, sobre todo, teniendo en cuenta las acertadas afirmaciones de Grosso⁵⁵, al tratar el referido texto de Ulpiano (D. 43,12,1,3), en las que nos dice que la determinación de este criterio (son públicos los ríos perennes), aparece por obra de una elaboración jurisprudencial progresiva, no exenta de incertezas.

En relación a los ríos privados y la existencia de los ríos públicos, podríamos añadir algo más. En sentido contrario a las matizaciones de una parte de la producción científica, cabría decir que en un río privado podrían coexistir varios de los elementos citados a la hora de definir los ríos, es decir, la perennidad, la magnitud o las circunstancias geográficas, y la estimación social. Criterios muy elásticos que pueden acomodarse a diversas circunstancias con gran facilidad. A este propósito, podemos traer a colación un ejemplo propuesto por Grosso⁵⁶, en el que nos dice que todo depende precisamente de la variedad de los lugares y de las diferentes necesidades de los habitantes. Así pues, nada impide que según estas necesidades sea considerado público (p.e. un arroyo), y sea valorado como río un curso de agua pequeño. Por tanto, las valoraciones de las diferentes corrientes de agua que se desenvuelvan en estos contextos referidos, en las que confluyan la mayoría de los elementos señalados, pueden sin lugar a dudas ser oscilantes.

⁵⁵ GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 132. Sobre los diversos significados de *flumen* y los distintos criterios posibles en relación a la perennidad, véase también KARADGE-ISKROW, *Les choses publiques en Droit Romain*, París, 1928, pp. 52 y ss.

⁵⁶ GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 145.

Parece, pues, evidente que por razón de la materia que estamos tratando, exista una cierta proclividad en los estudiosos con la intención de encontrar una definición que nos resuelva la problemática de la publicidad de los ríos, respecto a la ineludible existencia de ríos privados. En otras palabras, cuando se habla de los ríos se mencionan varias circunstancias, perennidad, condiciones geográficas y valoración social; si bien, salvo el criterio de la perennidad definido por el biznieto de Servio Sulpicio Rufo, Casio, para determinar la publicidad de un río, los demás no dejan de ser tan elásticos y oscilantes como ya hemos advertido.

La aparente confusión puede provenir de la vertebración formulada por Ulpiano, a la hora de extraer elementos que contribuyan a dibujar el perfil de río en sentido técnico-general (magnitud, estimación de los habitantes y perennidad), y la consiguiente alusión que se suele realizar por los intérpretes, apoyándose en la afirmación casiana, en la que se pone de relieve expresamente que es la perennidad el elemento principal para diferenciar el río público del privado. La mezcla referida, conjeturable, sí, pero no por ello deja de iluminar nuestras pretensiones investigadoras acumulando elementos suficientes que nos permitan conocer mejor el verdadero campo de aplicación de nuestro interdicto.

Es de advertir, que aunque el sistema trazado por Ulpiano se pueda mostrar quebradizo por doquiera en algunas ocasiones, las fuentes nos dejan abierto el camino que puede corroborar estas ideas. A este respecto, nos parece que se hace preciso recordar un texto de Paulo que puede ser también muy revelador:

D. 43,12,3 (Paulus, libro XVI ad Sabinum): Flumina publica, <quae semper⁵⁷ fluunt> ripaeque eorum publicae sunt.

Merece también destacarse que en opinión del gran sistematizador Paulo, son públicos los ríos que siempre corren. Es digno de resaltar que cuando Ulpiano, en D. 43,12,1,2, define la perennidad en relación a los ríos, destaca como perenne el que siempre corre. Perenne viene a significar continuo, incesante, que no se interrumpe, o bien, como habitualmente se dice en tema de

⁵⁷ Como es sabido, la integración de la *Vulgata* es unánimemente compartida. En este sentido Cfr. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 136 n. 1, en relación a D. 43,12,3 pr., “dove però si dovrebbe inserire colla *Vulgata*, *semper fra quae e fluunt*”; SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., p. 109; Labruna, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, cit., p. 57 n. 72.

ríos, que siempre corren (aunque como puede observarse Ulpiano en D. 43,12,1,2, todavía no hace referencia a la publicidad).

No parece existir una diferencia esencial entre la afirmación de Paulo y la de Ulpiano cuando avala, con mayores visos de probabilidad, la afirmación de Casio, corroborada por Celso, en D. 43,12,1,3, en la que se advierte la tendencia a plasmar como idea inequívoca de lo esencial el criterio de la perennidad a la hora de considerar la publicidad fluvial: es río público, dice Cassio, el que sea perenne; son públicos, afirma Paulo en sus comentarios a Sabino, libro XVI, los ríos que siempre corren.

La perennidad resulta, a los ojos de cualquier intérprete, la causa física o geográfica que parece justificar la publicidad de los ríos, sin embargo, como acertadamente escribe Scialoja⁵⁸, la definición de río público basada en la perennidad no debe considerarse como una cosa certísima y universalmente admitida.

La dificultad aparece en términos concretos al observar que no se debería de tratar de una simple determinación geográfica, sino también social, cuya finalidad consistiría en el establecimiento de las normas a las que tienen que estar sometidos los diferentes cursos de agua. Ulpiano se funda en la autoridad de Casio y de Celso, añadiendo que tal definición debe aprobarse. Quizá lo hizo adrede o le faltaba convicción. Lo que resulta evidente es que semejante afirmación -incompleta a nuestro modo de ver- satisfizo, con cierta cautela, la necesidad de Ulpiano de proseguir argumentado el campo de aplicación del interdicto referido.

En resumen, podría decirse, que Ulpiano había plasmado una descripción más o menos técnica del concepto de río, y algunos datos combinados -por su elasticidad interpretativa- que le permitirían, a pesar de las posibles dudas, continuar su exposición con el menor número de incertidumbres posibles a la hora de hablar de ríos públicos, y poder reflejar así la eficacia más pormenorizada del interdicto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*. Sin embargo, no deja de llamar la atención que en esta avanzada época ulpiana, con los grandes logros de la administración pública, el jurista no aludiera ni de forma soslayada a una posible determinación por elenco o, incluso más fácil, introduciendo como criterio complementario a la perennidad la estimación, no ya específicamente sólo de los habitantes del entorno en general, sino la de las autoridades o magistrados competentes.

⁵⁸ SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol. I, cit., p. 213.

En este sentido, podríamos añadir, que resulta igualmente extraño que tras el análisis de una jurisprudencia muy anterior a él, no reflejara un criterio más creativo y preciso que nos permitiera eliminar parte de las incertezas y vacilaciones a este respecto. No obstante, como hemos podido observar, la cautela de Ulpiano, a pesar de valorar con cierta exclusividad definitoria la publicidad de los ríos, asumiendo las previsiones clásicas de Casio y Celso, en la que se destaca la perennidad con carácter preeminente, corroborada por una afirmación pauliana en D. 43,12,3, aspiraba a acentuar una realidad más exacta, es decir, acondicionada a las necesidades de la época; como se puede deducir de la información que nos transmite Ulpiano y la relevancia que le otorga a las singulares circunstancias geográficas y valoraciones sociales para reconocer la condición de río público⁵⁹.

Así pues, a nuestro modo de ver, en orden a la concepción clásica de río público, cabría decir que Ulpiano parece que adopta una postura ambigua no exenta de prevención. Quizá el planteamiento de Ulpiano, siguiendo un criterio excesivamente clásico (la perennidad), lo que perseguía era mantener una idea simplificadora de la publicidad fluvial, que no se apartara en exceso de las afirmaciones jurisprudenciales que encuadraban a los ríos dentro de los bienes de uso público, como las vías públicas. Lo que le impedía a este jurista conformar un criterio más pormenorizado que pudiera contribuir a cercenar de alguna forma el libre uso y aprovechamiento de los mismos; si bien, a pesar de las conjeturas que hemos expresado, tendríamos que revisar sus explicaciones, pues, la ambigüedad, a nuestro modo de ver, persiste.

Teniendo presente cuanto se ha dicho, no nos parece acertado negar que el criterio de la perennidad, desde Casio (siglo I), haya prevalecido como el más adecuado para la jurisprudencia posterior, si bien, en tan largo proceso (hasta Ulpiano, siglo III) podría echarse de menos que no se haya ajustado nítidamente a los perfiles más característicos de una época más avanzada, donde parece que juegan un papel muy relevante otras estimaciones que podrían ser más aconsejables desde la perspectiva jurídica, no desde la visión exclusivamente natural, para determinar la publicidad de un río; especialmente, teniendo en cuenta que se trata de un criterio geográfico, bastante simple y obvio a la hora de definir un río -que podría considerarse como una tentativa incompleta- pero que la aparente simplicidad o excesiva clasicidad del mismo puede tener una trascendencia jurídica enorme. Si bien, no tiene porque tratarse de fases contradictorias, pues revelan una misma voluntad unificado-

⁵⁹. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano y recepción de Derecho Romano en Europa*, 5ª edición, cit., p. 210.

ra, lo que podría provocar una aparente confusión en la realidad jurídica del momento.

Afinada la capacidad de adaptación, el jurista severiano no tardó en acomodarse a las condiciones de los criterios prefijados. Por tanto, parece lógico que Ulpiano decida aclarar que este interdicto se refiere exclusivamente a los ríos públicos, pues si el río fuera privado la normativa que resuelve su tutela sería análoga a la utilizada para los demás lugares privados: D. 43,12,1,4 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Hoc interdictum ad flumina publica pertinet; si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum, nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.*

No es difícil comprender el origen de esta formulación, pues, como dice el jurisconsulto, un río privado no presenta diferencia alguna con los demás lugares privados. El régimen jurídico particular se limita, por tanto, a los ríos públicos.

En el mismo sentido se expresa Ulpiano en D. 43,12,1,10:

(libro LXVIII ad edictum): Item si amnis aliquid circumeat, sciendum est, eius manere, cuius fuit; si quid igitur illic factum est, non est factum in publico flumine; nec pertinet ad hoc interdictum, si quid in privatum factum sit, ne quidem si in privato flumine fiat; nam quos fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat.

No está sujeto a este interdicto lo que se haya hecho en lugar privado (...) porque lo que se hace en un río privado, afirma Ulpiano, es lo mismo que si se hiciera en otro lugar privado.

El reconocimiento de la perennidad como llave que permite distinguir mejor la publicidad de un río nos puede parecer insuficiente, como hemos puesto de relieve, pero quizá tampoco podría rellenarse esta aparente singularidad añadiendo como circunstancia absolutamente determinante que puede contribuir a ello, la valoración de la navegabilidad.

Como es sabido, el análisis de esta circunstancia mencionada por el pretor, ha llevado a algunos investigadores a incluir, como aspecto complementario a la hora de determinar la publicidad de los ríos, la navegabilidad.

Una atención particularizada de la inagotable riqueza casuística contenida en las fuentes nos permite deducir que la interpretación de Ulpiano, confir-

mando la afirmación de Labeón (D. 43,12,1,12), parece que puede extenderse también a los ríos no navegables⁶⁰. Por consiguiente, podríamos decir que no se trata de un requisito determinante para establecer la publicidad de los ríos. Si bien, esta consideración doctrinal no deja de ofrecernos datos con verdaderos tintes aproximativos a una realidad digna de estimación, pues son nume-

⁶⁰. Si nos ajustamos exclusivamente al sentido literal de la primera parte del fragmento no tendríamos que plantearnos ninguna duda, pues, como afirma Ulpiano, el pretor no prohíbe todo lo que se hace en un río público o en la orilla, sino lo que perjudique la navegación y la estancia; sin pronunciarse, por tanto, sobre otro tipo de protección que favorezca el disfrute común de los ríos. Asimismo, al finalizar la primera parte del pasaje, afirma que este interdicto se refiere solamente a los ríos públicos que son navegables, y no se refiere a los demás: D. 43,12,1,12 (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*): *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet* (...). A continuación, el mismo jurista completa la segunda mitad del párrafo señalando la opinión de Labeón en estos términos: Pero, escribe Labeón, que no es injusto que también competa el interdicto útil si se hiciera algo en río no navegable de modo que se seque, o se impida la corriente del agua, para que no se haga violencia a quien quiera restablecer en su primer estado (quitando, demoliendo o limpiando lo hecho), a arbitrio de un hombre bueno, la obra que se haya hecho en el cauce del río o en la orilla, empeorando tanto el paso como la corriente del río: *Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exerescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit*. Cabría decir, por tanto, que el interdicto útil pretende favorecer otros usos comunes de los ríos públicos, aunque no sean navegables, y que tampoco nos resulta nada extraño la intención pretoria y jurisprudencial para lograr estos efectos, centrándonos, fundamentalmente, en lo bien asumida que tenían la idea de *utilitas publica*. En este sentido nos parece muy revelador el contenido de los siguientes textos de Ulpiano, D. 43,8,2,2: (*Hoc interdictum*)...*tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc respicitur. loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet...*; D. 43,13,1,2: *Pertinet autem ad flumina publica, sive navigabilia sunt, sive non sunt*. Como acertadamente señala NÖRR, *I giuristi romani: Tradizionalismo o progresso?*, trad. Talamanca, BIDR 84, 1981, p. 33, desde un punto de vista antropológico se podrían inclinar más al tradicionalismo, pero desde el punto de vista del derecho, que es el que nos ocupa, habría que clasificarlos posiblemente en una línea progresista. Labeón se muestra en ocasiones como un poliédrico innovador (cfr., del mismo autor, p. 10). En palabras de este romanista (p. 33), el nacimiento de la jurisprudencia romana representa una revolución científica, en el sentido de Thomas Kuhn –una revolución en una ciencia ya existente-. Algunos aspectos que podrían estar en consonancia con estas ideas podrían desprenderse de la extensión propuesta por Labeón (D. 43,12,1,12), a los ríos no navegables del interdicto previsto para tutelar los ríos navegables (D. 43,12,1 pr.). Véase a este respecto p. 14 del mismo estudioso.

rosos los textos jurisprudenciales que pueden inducir a esta apreciación: p.e, en D. 43,12,1 pr., no cabe la menor duda que la actividad protegida principalmente es la navegación: *Ait Praetor: ne quid in flumine publico ripave eius facias, ne quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quostatio iterve navigio deterior sit, fiat*; En D. 43,12,1,12, el pretor no prohíbe todo lo que se hace en un río público o en la orilla, sino todo aquello que puede perjudicar a la navegación: *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fiat, coercoet Praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat*. Si nos centramos en una interpretación exclusivamente literal del tenor del precepto objeto de análisis, tendríamos que reconocer que el interdicto se refiere a los ríos públicos que son navegables. Sin embargo, como se recoge en el texto, Labeón extiende este interdicto -útil- a los ríos que no son navegables. Es bien sabido que esta parte del fragmento referido ha sido objeto de numerosos análisis por parte de la doctrina, y, en una exposición de síntesis, podríamos decir que se ha defendido tanto la clasicidad del texto objeto de nuestro estudio como la posible interpolación. En este sentido, cabría recordar que Berger⁶¹, habla del limitado formulario de Labeón, a propósito de D. 43,12,1,12 y 18, en relación al 17, y la torpe recopilación repetitiva de los antecedentes, que quizás surgió a través del cambio de la glosa a un lugar inapropiado. A nuestro juicio, aunque para Berger parezca claro que tiene que tratarse de ríos navegables, no parecen mal encauzadas las afirmaciones que Labeón nos transmite, independientemente de la ubicación de las mismas, que es lo único que al parecer advierte este autor con carácter dubitativo (vielleicht). Asimismo, podríamos añadir, que el mismo Berger hace alusión a la extensión labeoniana del interdicto en cuestión a los ríos no navegables, pero no alude en ningún momento a la falta de autenticidad de esta afirmación. En suma, podría decirse que se trata más bien de una observación soslayada de Berger que no desmonta en profundidad la afirmación de Labeón, que podría parecer suficientemente confirmada.

La opinión de Di Porto⁶², parece avalar nuestra predisposición inicial, en relación a D. 43,12,1,12 y D. 43,12,1,18, al decir que en estos textos se advier-

⁶¹. BERGER, *Interdictum*, cit., p. 1635.

⁶². DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. I. Il ruolo de Labeone*, cit., p. 99 y n. 319. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pp. 164 y ss., considera - en contra de las argumentaciones de BONFANTE, *Corso di diritto romano II. La proprietà*, cit., p. 86, y las apreciaciones de ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, en St. Raneletti II, 1931, pp. 301 y ss., poniendo en duda la esencia del fragmento de D. 43,12,1,12 - que la interpolación del párrafo es simplemente formal. Conserva la mejor prueba, señala este autor, de la perdurabilidad de la tutela privada (como hace notar Scherillo *Lezioni di diritto romano. Le Cose*, p. 151, siguiendo a Branca), y justifica

te el interés de Labeón por la defensa del ambiente fluvial: con ambiente fluvial, escribe este autor, “intendo, evidentemente, riferirme alle condizioni naturali dei fiumi- sia pubblici che privati...-: del loro corso, della loro portata, delle loro sponde, rive, e così via”. Las interesantes y numerosas hipótesis formuladas por este romanista⁶³ son muy ilustrativas a este respecto, y los resultados de su investigación, a nuestro juicio, no sólo van más allá de las apreciaciones de Branca, sino que en mayor medida se acercan a nuestra idea; si bien, a los fines de nuestra investigación nos interesa destacar ahora que, con independencia de la exactitud o de la imprecisión del texto, parece que Ulpiano ha preferido ampliar la restrictiva tutela pretoria (referida sólo a los ríos públicos navegables), con la expresión labeoniana en la que se pone de relieve que no parece injusto que también se aplique interdicto (útil, según el controvertido tenor literal), (especial), según señala Branca, al advertir esta pequeña interpolación formal⁶⁴, dirigido a tutelar el uso común. Asimismo, cabría decir que los presupuestos serían análogos, y que no parecería demasiado acertado desestimar a la ligera la intención tanto de Ulpiano, al asumir una gama muy superior de tutelas interdictales posibles, como de Labeón, que con su acertada previsión podría abarcar más ampliamente –al margen de la interpretación que se le dé a su formulación- la tutela del, en palabras de Di Porto, ambiente fluvial.

A este respecto, parece acertado recordar con este autor, que Labeón, en su formulación extensiva no añade el adjetivo *publicus* al sustantivo *flumen*, es decir, no especifica la naturaleza pública del mismo, lo que en el marco de las diferentes hipótesis planteadas por Di Porto, puede dar lugar a numerosas interpretaciones que, como él mismo señala, no habían sido advertidas por la

la clasicidad y genuinidad de la segunda parte del fragmento -con argumentaciones convincentes también para Labruna, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, p. 61 n. 86 - dirigida a tutelar el uso público de los ríos públicos navegables y no navegables. Labeón, señala Branca, “sostanzialmente ribadisce la necessità inderogabile di proteggere quel cittadino che con la forza voglia ridurre in pristino l’opera dannosa all’integrità stessa del fiume (iter cursus fluminis). Dunque non si tratta d’un mezzo restitutorio, come in D. 43,13,1,11 cit., ma d’una vera e propria legittimazione, ottenuta attraverso uno speciale interd., del contegno di chi si fa ragione da sè”. Por tanto, para este autor, el término útil sería interpolado porque al parecer el interdicto concedido por Labeón sería totalmente diverso.

⁶³. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. I Il ruolo di Labeone*, cit., pp. 104 y ss., y 107 y ss.

⁶⁴. Meras redacciones nuevas que no significan innovaciones bruscas en la sustancia, como han señalado algunos autores, al hablar de las innegables alteraciones que podríamos encontrar en algunos textos y que tienen un carácter puramente formal. Cfr. RICCOBONO, *Punti di vista critici e ricostruttivi*, AUPA, 12, 1929, pp. 19 y ss.; Id. *Fassi e fattori dell’evoluzione del diritto romano*, «Mélanges Cornil» 2, París, 1926, pp. 237 y ss.

doctrina. De cualquier forma existen varios aspectos que parecen menos cuestionables, a pesar de las posibles lagunas interdictales y las afirmaciones jurisprudenciales coincidentes, en su totalidad o en parte, o supuestamente contradictorias, que se podrían sintetizar en una preocupación pretoria por la tutela de la navegación en los ríos públicos, atendiendo, por tanto, a la protección de todos los elementos que conforman la vía fluvial, y las continuas afirmaciones jurisprudenciales que contribuyen al desarrollo de las mencionadas previsiones interdictales; concretando y ampliando la posible tutela, inspirada en unos principios que ponen de relieve la proclividad benéfica y extensiva de los juristas, con objeto de conseguir que la tutela abarque a todos aquellos elementos que requieran una atención especial; para hacer realidad, en definitiva, el uso público de las cosas públicas.

En este sentido, no podemos negar que las apreciaciones de Labeón en D. 43,12,1,12, constituyen un ejemplo de singular relevancia en el marco de la protección fluvial, independientemente de que la colocación del fragmento aparezca, como afirma Sargenti⁶⁵, fuera del lugar en el contexto del comentario ulpiano al edicto *ne quid in flumine publico*; lo que también induce a este autor a suponer que el fragmento no ha sido insertado por los compiladores justinianos, sino más bien por los editores y reelaboradores postclásicos de la obra de Ulpiano, que lo trajeron, o bien de otro lugar de la obra misma, en el cual el jurista se ocupaba expresamente de este interdicto, o de una obra diferente de la cual no se conservan huellas.

Las observaciones mencionadas no restan valor a nuestras consideraciones generales, pues el mismo romanista, (Sargenti), antes de llegar a esta conclusión, habla de los ríos navegables y no navegables, sin pronunciarse por una solución concreta.

Partiendo de muchas explicaciones particulares de las fuentes y de la doctrina ya referida, hemos podido ver, como resultado de la indagación, que nuestras observaciones se podrían compartir claramente con algunos autores, de los que ahora nos interesaría destacar a Di Porto⁶⁶, y a Fischer⁶⁷. El primer romanista mencionado, no deja de resaltar lo determinante que es para Ulpiano el pensamiento de Labeón, al que recurre insistentemente en numerosos fragmentos, además cuando habla de este jurisconsulto augusteo que, como hemos señalado, extiende o amplía el interdicto *ne quid in flumine publico ri-*

⁶⁵. SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, BIDR vol. LXVIII, Milán 1965, p. 265.

⁶⁶. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, cit., pp. 82 y ss.

⁶⁷. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., pp. 140 y ss.

pave eius fiat, quo peius navigetur a los ríos públicos no navegables, destaca, acertadamente, en nuestra opinión, la sensibilidad de Labeón a la hora de afrontar lo que pueda suponer una protección más efectiva en relación al estado natural de los ríos. Cabría añadir, asimismo, que nos parecen muy atinados los argumentos utilizados por este autor para extraer el auténtico pensamiento de Labeón, en el que incluso se podría apreciar en sus testimonios (barajando otra conjetura) una misma preocupación de fondo (por ejemplo, contrastando D. 43,12,1,12 y D. 43.12.1,18), y las numerosas hipótesis planteadas por este estudio de las que en este momento nos interesa destacar: que la previsión labeoniana se refiere no sólo a los ríos públicos sino también a los privados, navegables o no. En suma, como hace notar Di Porto⁶⁸, “non si può escludere, infatti, l’ipotesi che sia stata proprio la presa di posizione, autorevole, di Labeone a sollevare il problema. Ad evidenziare le lacune della disciplina interdittale esistente, volta esclusivamente alla tutela della navigazione sui fiumi. A porre l’accento sull’esigenza di salvaguardare lo stato dei fiumi (attraverso la tutela di un uso comune degli stessi che non li danneggi)”. En fin, destacando como eje fundamental, la idéntica filosofía que inspiran las supuestas coincidencias sustanciales o parciales, entre las previsiones pretorias y labeonianas. No debemos olvidar, que la expresión extensiva de Labeón en D. 43,12,1,12, destaca el entorpecimiento que puede provocar cualquier construcción que pueda secar el río o impedir el flujo normal de las aguas, aunque el río no sea navegable. Incluso, en uno de los fragmentos de Labeón (D. 43,12,1,18), más criticados por la doctrina, como vimos en páginas precedentes, podrían encontrarse, entre las hipótesis señaladas por Di Porto⁶⁹, aspectos que ponen de relieve una preocupación análoga de fondo. Es decir, no se trataría de una simple repetición superflua del primero, lo que podría hacerlo menos criticable. Por tanto, como señala este romanista, si se considerase efectiva la hipótesis en la que se destaca que el interdicto configurado por Labeón en la segunda parte de D. 43,12,1,12, hace referencia no sólo a los ríos públicos, sino también a los privados (navegables y no), entonces entre D. 43,12,1,12 y D. 43,12,1,18 no existiría coincidencia de contenidos –el primero se referiría a todos los ríos, el segundo sólo a los públicos-. Así pues, representarían dos segmentos o dos pasajes de un mismo pensamiento, pero no una simple y abreviada reiteración.

⁶⁸. DI PORTO, *La tutela della saubritas fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di labeone*, cit., p. 113.

⁶⁹. DI PORTO, *La tutela della saubritas fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di labeone*, cit., p. 110.

No obstante, Fischer⁷⁰, prefiere no participar totalmente de la suposición de Di Porto, sobre la ampliación del ámbito de aplicación del interdicto, para proteger el curso natural del río; si bien, este autor, destaca claramente en su estudio la estrecha relación entre ambos interdictos, donde se advierte que la prohibición de algunas acciones no sólo favorecen la navegación, sino también otros usos comunes del río. Así pues, para Fischer, no parece descabellado suponer que Labeón hubiera visto esta trascendencia y también haya reconocido que el edicto propuesto por el pretor, aunque originariamente sólo debía servir para la protección de la navegación, sin embargo, tiene también un efecto reflejo para otros usos comunes (bañarse, lavarse, suministro de agua etc.); aspectos que no son inusuales en otros interdictos, como, por ejemplo, el mencionado por Ulpiano *ne quid in loco publico* (D. 43,8,2,2). Podríamos intentar aclarar que -aunque para este autor no resulte completamente admisible que se utilice la expresión “extensión o ampliación” del interdicto a los ríos no navegables- al mencionar este aspecto, parece que se está refiriendo probablemente a la innecesaria ampliación o extensión del interdicto como tal, puesto que del interdicto mismo se desprende una protección de forma indirecta, involuntaria, o, según su propia denominación, como un efecto reflejo, respecto a los demás usos comunes. En suma, Fischer da por supuesto que Labeón ha reconocido abiertamente que mediante el interdicto también se protegían otros usos comunes.

A nuestro juicio, esta afirmación podría intentar justificar, en cierto sentido, que no sea lo más indicado hablar de una ampliación o extensión del interdicto pretorio en sentido propio, por parecer innecesaria ante estas premisas referidas; no obstante, esto no implica que a la exposición labeoniana en la que se detallan aspectos fundamentales del uso general, en relación a los ríos no navegables, tengamos que restarle algún valor. No parece improbable que Labeón haya preferido concretar -ante la abstracción que supone una protección basada especialmente (salvo lo contemplado en el interdicto pretorio) en los efectos directos, involuntarios, indirectos o como efecto reflejo- con mayor precisión, confirmando explícitamente la aplicación del interdicto útil a los ríos no navegables, con objeto de protegerlos contra toda acción que produjera la desecación u obstaculizara su curso.

Otra hipótesis que podría plantearse acerca del discutido y desconcertante fragmento contenido en D. 43,12,1,18, puede extraerse de la observación de Labruna⁷¹, cuando resalta lo absurdo que sería pensar que Labeón haya queri-

⁷⁰. FISCHER, *Umweltschützende Bestimmungen im Römischen Recht*, cit., n. 753, p. 141.

⁷¹. LABRUNA, *Vim fieri veto. A lle radici di una ideologia*, cit., p. 61.

do admitir la posibilidad de conceder nuestro interdicto, destinado a impedir el *facere* y el *immitere* que perjudique la navegabilidad (*latu sensu*) de un río (público), también cuando la navegabilidad no existe. Una explicación del autor, en cierta medida compartida con otros romanistas como ya hemos visto, y que resulta bastante lógica, especialmente, si nos centramos exclusivamente en el tenor literal de uno de los pasajes de Ulpiano (D. 43,12,1,15: *Deterior statio itemque navigio fieri videtur...*), donde el jurista severiano, transmite, a modo de ejemplo, las actividades más destacadas en relación, fundamentalmente, con la navegación: alteraciones del nivel del agua y de las dimensiones del cauce del río que empeoren la navegación. Hemos visto que Ulpiano refleja con gran fidelidad, en numerosos pasajes, explícitamente, la intención pretoria en su enunciado interdictal. Si bien, también hemos comprobado que este jurista recurre con mucha frecuencia al jurisconsulto augusteo. Esta recurrencia a Labeón, promotor de una visión jurisprudencial que contempla una dilatada tutela a todo lo concerniente a los ríos públicos, navegables o no, tampoco aparece desacreditada expresamente por Ulpiano, más bien, cabría pensar, que la asume. Ulpiano no pretende desconectarse de esta posible extensión en sentido amplio, pero tampoco parece querer distanciarse totalmente de la previsión pretoria inicial. Quizá, estas apreciaciones, consigan poner de relieve una de las hipótesis posibles comentadas por Di Porto⁷², ya referidas por nosotros en páginas anteriores, de la que se podría deducir la tendencia labeoniana (apoyada en parte por Ulpiano) a evidenciar las lagunas de la disciplina interdictal. Probablemente en D. 43,12,1,18 - al margen de su autenticidad relativa, como ha puesto de relieve parte de la doctrina, o la escasa influencia del mismo, según la conjetura que barajemos-, el jurista augusteo esté pensando en la idea de río público en su conjunto, por lo que quizá no deberíamos centrarnos en contrastarlo minuciosamente con los fragmentos ulpianos que, indudablemente, destacan la navegación en sentido amplio como única actividad protegida. Podríamos pensar, por tanto, en otra de las probables hipótesis, ya comentadas por Di Porto⁷³, al observar el discurso del jurisconsulto augusteo en D. 43,12,1,18, del que se desprende expresamente que Labeón se refiere a los ríos públicos (*Sed et si in flumine publico...*), y en D. 43,12,1,12, que no recoge el término río público, parece que podría hacer referencia a todos los ríos, pero, que, en nuestra opinión, quizá le sirviera para dar satisfacción a una velada demanda muy creciente respecto a la tutela fluvial.

De la redacción del texto (D. 43,12,1,12) podría inferirse, a primera vista, una especie de excepción, sin embargo, también pueden encontrarse otros tex-

⁷² DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, cit., p. 113.

⁷³ DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, cit., p. 110.

tos que corroboran una tendencia similar o contienen una referencia expresa: *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat, vel aquae cursus impediatur, utile interdictum, ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit.* En D. 43,13,1 pr., cuando Ulpiano comenta el interdicto *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter qua fluat, atque uti priore aestate fluxit*, el jurisperito añade en D. 43,13,1,2, que se refiere a los ríos públicos, tanto los navegables como los que no lo son: *Pertinet autem ad flumina publica, sive non sunt.*

Cabría, pues, aducir, en nuestra opinión, que aunque la navegabilidad sea tutelada de forma precisa en la mayoría de los textos interdictales y jurisprudenciales⁷⁴ como ya dijimos, encontramos referencias suficientemente explícitas que nos impiden afirmar que pueda constituir el elemento complementario clave para llegar a conclusiones que nos induzcan a pensar, con parte de la doctrina⁷⁵, que constituye el segundo aspecto condicionante para determinar la publicidad de los ríos.

Puesto que en estos interdictos se trata solamente de la navegación, parecería claro que tiene que tratarse de ríos navegables; de todas formas, como hemos podido observar en el fragmento (D. 43,12,1,12), Labeón apuesta por un interdicto útil en relación a los ríos no navegables⁷⁶.

Por otra parte, podríamos añadir algo más. Se ha afirmado por la doctrina que la navegabilidad constituye la segunda condición para determinar la pu-

⁷⁴ Cfr., además, D. 43,12,1,14; D. 43,12,1,15; D. 43,12,1,19; D. 43,14,1,1; D. 43,15,1,2.

⁷⁵ Cfr. LOZANO CORBI, *La legitimación popular en el Derecho Romano Clásico*, Barcelona 1982, pp. 176 y ss., y bibliografía referida en la obra.

⁷⁶ Sobre las diversas posiciones doctrinales respecto a las posibles interpolaciones, véase: BERGER, *Interdictum*, p. 1635; DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. Il ruolo de Labeone*, cit., p. 99 y n. 319; BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., pp. 164 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, cit., p. 86; ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici in diritto romano*, en St. Raneletti II, 1931, pp. 301 y ss. (Id. BIDR 1930, vol. XXXVIII, pp. 197 y ss.; Id. *Studi di Diritto Romano*, vol. II, (Cose-Diritto Reali – Posseso), Milán 1941, pp. 71 y ss.; SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le Cose*, p. 151; LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, p. 61 n. 86.

blicidad; idea bastante sugerente para completar nuestro estudio; sin embargo, se nos plantean otros interrogantes a este respecto. La navegabilidad es una forma de utilización posible de los ríos públicos (no una definición), pero no la única actividad que se protege mediante este interdicto, sino también el estacionamiento, y no por ello se extrae la idea de que si no albergara el río los requisitos necesarios para satisfacer estas necesidades no podríamos pensar que estamos hablando de un río considerado como público. En otras palabras, la posibilidad del estacionamiento o la estancia sólo implica una determinada forma de utilización, que no sería relevante para dar connotaciones de publicidad a un río, como tampoco lo sería el tránsito del navigio, a pesar de que ambos aspectos aparecen protegidos en la orden interdictal.

En definitiva, considerar la navegabilidad como segunda condición para determinar la publicidad de un río, apoyándonos en el fragmento mencionado (D. 43,12,1,12), podría parecer asumible; sin embargo, la navegación define más bien una forma de utilización de un río (que puede ser público o privado), que el necesario referente específico para elaborar el concepto más ajustado a la idea de río público; sobre todo, pensando que el carácter de publicidad que pueden tener los ríos está jurisprudencialmente relacionado de forma exclusiva con la perennidad y, en ningún caso, parece referirse a su posible utilización como aspecto esencial para determinar la oportuna publicidad o el concepto. No obstante, somos conscientes de la tendencia jurisprudencial, en la mayoría de los fragmentos referidos, a establecer un estrecho vínculo entre la navegabilidad y la publicidad. Por otra parte, piénsese en la combinación que se pretende redactar para determinar el concepto de río público: río público es el que sea perenne (definición física o geográfica de río), y navegable (una de las posibles formas de utilización de un río, sea público o privado).

Resulta evidente que el tenor del interdicto (D. 43,12,1 pr.) parece estar pensado exclusivamente para los ríos que sean navegables, sino no tendría sentido, como hace notar Betancourt⁷⁷, "...únicamente las construcciones en los navegables pueden entorpecer la navegación o el estacionamiento de los navigios o barcas. Por tanto, como prosigue este autor más adelante, al tratar el fragmento contenido en D. 43,12,1,12, (...) "en un río público no navegable no se entorpece, por sustracción de la materia, la navegación. (...) Sin embargo, aunque el río público sea no navegable, lo que sí puede entorpecer, si se construye algo en el río o en su orilla, es el curso de las aguas; incluso hasta puede determinar que se seque". Nuestro autor, basándose en D. 43,12,1,12, (donde, como es sabido, se observa la polémica cuestión del interdicto útil que propo-

⁷⁷. BETANCOURT, *Derecho Romano Clásico*, 2ª edición, cit., pp. 271 y ss.

ne Labeón), habla de la existencia de otro interdicto complementario decretal vetatorio, cuya fórmula sería: “*Quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgari restituere viri boni arbitrato possit, vim fieri veto*”. En definitiva, lo que se pretende es que no se impida con violencia que alguien pueda quitar, demoler, limpiar o restituir aquella obra hecha en el cauce del río o en su orilla que entorpezca o pueda entorpecer el tránsito o la corriente del río. Por tanto, sería ilógico negar que la navegación constituye el principal fundamento de la protección interdictal en los preceptos contenidos en el presente título, incluso existen afirmaciones jurisprudenciales contundentes⁷⁸: ...«*Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet*», pero, aunque el texto (D. 43,12,1,12) no se pudiera reconstruir con plena seguridad, no parece que existan razones suficientes, ni siquiera implícitas, que nos permitan alterar nuestra línea de pensamiento que considera la navegabilidad una forma, bien protegida, de utilización de los ríos públicos, pero que no tiene un alcance tan efectivo como para convencernos de que puede constituir uno de los elementos fundamentales en el momento de precisar la publicidad de un río.

⁷⁸. D. 43,12,1,12 pr. (*Ulpianus*, libro LXVIII *ad edictum*).