

EL CONCEPTO DE “RES PUBLICAE”, I: LA NOCIÓN DE “RES”
 EN EL LENGUAJE DE LOS JURISTAS ROMANOS
 [The Concept of “res publicae”, I: The Notion of “res” in the
 Language of Roman Jurists]

JUAN DAVID TERRAZAS PONCE*
 Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile

RESUMEN

El artículo tiene como propósito discutir el concepto técnico de “res” (“cosa”) en el lenguaje de los juristas clásicos, llegando a la conclusión de que dicha expresión sólo es propia de aquellas cosas susceptibles de ser objeto de la acción reivindicatoria. Desde esta perspectiva clarificar la noción de *res*, resulta ser un paso previo y esencial para comprender a cabalidad a qué se referían los juristas cuando utilizaban la expresión “*res publicae*”.

PALABRAS CLAVE: *Res* – Clasificación de las cosas.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the technical concept of “res” (“thing”) in the language of the classical jurists. We come to the conclusion that said expression is only inherent to things susceptible to be object of the action of restitution. From this perspective, to clarify the notion of *res* is a previous and essential step to have a complete understanding of what the jurists meant when using the expression “*res publicae*”.

Keywords: *Res* – Classification of things.

* Profesor de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Andrés Bello. Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Chile. Dirección electrónica: jterrazas@unab.cl

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El *Código Civil* de Chile¹ no contiene disposición alguna que defina lo que debemos entender por “cosa”, sino que parte del supuesto que este concepto ya lo conocemos y, por lo mismo, el artículo 565 que inaugura el Libro II de dicho cuerpo legal, presenta derechamente la *summa divisio* de los bienes, distinguiendo entre cosas corporales e incorporeales².

Aun cuando anterior a la recién referida clasificación, una división fundamental del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, es la que permite diferenciar entre “bienes públicos” y “bienes privados”; y de la que se hace cargo el *Código Civil*, pero sólo luego de avanzar en sucesivas clasificaciones y tratar del derecho de dominio en particular³. En efecto, el título III del mismo libro II, pasa a ocuparse de los llamados “bienes nacionales”, los que define como “[...] aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda”⁴. A su vez, continúa el Código, estos bienes admiten una subclasificación, que diferencia entre “bienes nacionales de uso público o bienes públicos” y “bienes del Estado o bienes fiscales”⁵.

Ahora bien, la clasificación antes enunciada tiene sus raíces en la nomenclatura romana. D. 1,8,1 pr. (Gai., 2 *inst.*) la presenta en los siguientes términos: “*Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicui in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. hae autem res quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt*”.

Sin embargo, y este es el objetivo principal de este artículo, esta homogeneidad es más formal que sustancial, especialmente en lo que dice relación con las “*res pu-*

¹ Salvo indicación expresa en contrario, toda referencia al “Código Civil”, debe entenderse hecha al *Código Civil* chileno.

² No parece oportuno detenernos en las discusiones que ha suscitado la relación “cosa”-“bien”, cuestión que por lo demás, parece estar suficientemente tratada. Véanse: ROZAS VIAL, Fernando, *Los bienes* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 3 ss.; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 17 ss.

³ Artículos 565-588 del *Código Civil*.

⁴ Artículo 589.

⁵ Hay dos puntos relevantes y que aunque esencialmente semánticos no por ello dejan de tener interés: el primero, dice relación con el hecho de que la expresión “*bienes públicos*”, que naturalmente se encuentra reservada para aquellos que se oponen a los privados, en nuestra legislación hace referencia a un universo más restringido: no todas las cosas que pertenecen a “*la nación toda*” son “*bienes públicos*”, sino aquellas que además pueden ser usadas por todos los habitantes de la nación. La segunda es más compleja y tiene que ver con la esencia misma de la categoría, pues se trata de clarificar y concordar adecuadamente dos conceptos, en principio irreconciliables, pues mientras por un lado para definir los bienes nacionales se alude al dominio que recae sobre los mismos; por otro se coloca a una entidad, la nación, como titular del mismo, lo que representa un problema dado que “*la nación*” no es sujeto de derechos.

blicae”. En efecto, se puede apreciar como el *Código Civil* de Chile tiende a utilizar nociones elaboradas a propósito del concepto de propiedad jurídica individual, para explicar aquella que está dentro de los ámbitos propios del Estado y, como antes decíamos de la nación. La dificultad en la búsqueda de una adecuada noción de “cosa pública” bajo los parámetros enunciados, salta a la vista: los romanos no conocieron ni el concepto de “Estado”, ni el de “nación”.

Ahora bien, la anterior conclusión no ha de extrañar porque como muy bien reseña Serna Vallejo⁶, fue durante el siglo XIX que los legisladores y juristas procedieron a crear y redefinir conceptos, entre otros, el de “bienes públicos”, por lo que “[...] esta categoría con el significado que se le otorga en nuestros días, arranca de aquel momento”⁷. Pero, prosigue nuestra autora, aquello no quiere decir que dichos bienes no hubieran existido antes y mucho menos que estos mismos bienes no estuvieran afectos a un régimen jurídico distinto del previsto para los privados. Sólo para concluir este apartado reproducimos un párrafo de nuestra autora que permite ahorrar comentarios: “Una aproximación histórica a estos bienes públicos resulta oportuna porque el conocimiento del modo en que se llegó a establecer tal categoría permite una mejor comprensión de la legislación vigente sobre dicha materia”⁸. Nos parece que la cita previa es la mejor respuesta a algún otro que pretende ver en los elementos históricos “[...] verdaderos lastres que en alguna medida han determinado algunas confusiones doctrinales”⁹. Tal vez esta apreciación se deba a que no se han enfocado adecuadamente el contenido de estos “lastres”, aunque por formación, nosotros no utilizamos dicho lenguaje ni descalificamos de esta forma ningún aporte proveniente de la ciencia que sea.

Dado lo anterior y sin perjuicio de que este traslado de categorías modernas hacia el Derecho romano es totalmente inaceptable, creemos que el análisis de las fuentes romanas relativas a las “*res publicae*”, particularmente aquellas recogidas en el *Corpus Iuris*, resulta relevante para entender la elaboración de esta categoría en el derecho moderno¹⁰. Pese a ello no debe dejarse de lado que el investigador que discurre sobre obras del pasado, sólo puede obtener respuestas válidas si verifica la realidad social de aquella época y la confronta con la que existe en el momento que opera.

Nuestra finalidad entonces, no es reconstruir el régimen jurídico de las *res publicae* en Roma, para verificar que se trata “de lo mismo”, sino muy por el contrario, se trata de reconstruir para demostrar el genuino sentido y aplicación de la expresión “*res publicae*” a oídos romanos. Si aquello hubo de tener influencia en nuestros ordenamientos jurídicos modernos, es una cuestión que sólo se podrá afirmar a partir de este primer estudio.

⁶ SERNA VALLEJO, Margarita, *Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*, en *AHDE*, 75 (2005), pp. 967 ss.

⁷ *Ibid.*, p. 968.

⁸ *Ibid.*

⁹ VERGARA BLANCO, Alejandro, *La teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho Público*, 114 (Santiago, 1989), p. 29.

¹⁰ VASALLI, Filippo, *Premesse storiche alla nuova legge sulle acque pubbliche*, en *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), II, pp. 9 ss.

Así y lejos de lo que podría pensarse, nuestra primera parada debe ir a lo sustancial: si vamos a centrar nuestros esfuerzos en develar el concepto de “*res publicae*”, antes es necesario fijar el contenido específico y técnico de “*res*”.

II. EL CONCEPTO DE “RES”

Como destacábamos al final del apartado anterior, la primera noción que debemos fijar en términos del concepto romano es la de “*res*”. Nosotros tenemos una posición distinta respecto de aquella que representa la romanística tradicional, para la que con este término se alude a todo aquello que no es persona¹¹.

Se ha destacado por los autores¹², el hecho de que el vocablo “*res*” es uno de aquellos que más significados puede llegar a tener¹³ y es utilizado en un sinnúmero de situaciones entre las que se encuentra el concepto específico y técnico que tiene para el derecho¹⁴. Desafortunadamente, del análisis de las fuentes no podemos extraer este concepto y las conclusiones a las que se puede llegar son, por lo demás, muy poco satisfactorias, especialmente si nos referimos a los pasajes que deberían dar luces ciertas en torno a nuestra problemática¹⁵. Léase D. 50,16,5 pr. (Paul., 2 ed.): “*Rei appellatio latior est quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continent, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt*”. También D. 50,16,23 (Ulp., 14 ed.): “*Rei appellatione et causae et iura continentur*”.

Sin embargo como ha dejado en evidencia Scherillo¹⁶, la verdad es que tampoco podíamos pretender una solución a propósito de estos textos, pues ellos no fueron incluidos con la pretensión de precisar un significado general del término, sino

¹¹ GROSSO, Giuseppe, *Corso di Diritto romano. Le cose* (Torino, Giappichelli, 1941), pp. 5 ss. Lo cierto es que el *Código Civil* y la doctrina elaborada por los autores, se encuentra en esta línea, pues como lo advertíamos con anterioridad no hay norma que defina lo que debemos entender por “cosa”. Con lo que si contamos es con preceptos legales que nos entregan el concepto de “persona natural” (artículo 55) y “persona jurídica” (artículo 545). En consecuencia, no resultaría ridículo concluir que de acuerdo a nuestra legislación es “cosa” todo aquello que no sea “persona” natural o jurídica.

¹² BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano, II: La proprietà* (Milano, Giuffrè, 1966), p. 5; SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel Diritto romano* (Roma, Edit. Pietro Bonfante, 1928), pp. 11 ss.

¹³ *Vocabolurarium Iurisprudentiae Romanae*, v. “*res*”, pp. 100 ss.; MELILLO, Generoso, *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani* (Napoli, Liguori Editore, 1978), pp. 9 ss.

¹⁴ En contra, ZOZ, Maria Gabriela, *Riflessioni in tema di res publicae* (Torino, Giappichelli, 1999), p. 17, quien considera que la determinación del concepto de “*res*” no es un problema jurídico.

¹⁵ Los dos fragmentos referidos se encuentran incluidos en el título 16° del libro L del Digesto: *De verborum significatione*. BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 5 ss.; SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), pp. 13 ss.

¹⁶ SCHERILLO, Gaetano, *Lezioni di Diritto romano. Le cose. Parte Prima. Concetto di cosa. Cose extra patrimonium* (Milano, Giuffrè, 1945), p. 2; PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano* (Firenze, Barbera, 1906-1908), pp. 580 ss.; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto romano* (14ª edición, Napoli, Eugenio Jovene, 1994), pp. 162 ss.; GROSSO, Giuseppe, cit. (n. 11), pp. 10 ss.

por el contrario lo que debía entenderse con él para los efectos de la materia en los que se encuentran contextualizados.

Aquí está la raíz del problema, pues carecer de una definición exacta y técnica lleva a suscribir una de las siguientes tesis: *i)* los romanos no tenían un concepto técnico de *res*; o *ii)* por el contrario, el concepto que tenían era tan evidente que no requería de definición alguna. La romanística se ha empeñado de forma unánime por esta última posición¹⁷, pero al momento de darle contenido es donde comienza el trasvase de conceptos derivados de la dogmática moderna hacia la experiencia jurídica romana y mucha razón tiene Di Pietro¹⁸ cuando indica que la traducción correcta de una palabra no se agota, como ya hemos visto, en su significado literal, sino que hay que realizar el ejercicio de “trasladar” el sentido genuino de cómo sonaban las palabras al oído romano¹⁹.

Una muestra ejemplar de este fenómeno al que nos estamos refiriendo, la da Bonfante²⁰, ya que sostiene que con el vocablo “cosa” (que hace sinónimo de “*res*”) los romanos se referían a una entidad real, objetiva y exterior al sujeto, en contraposición a las entidades subjetivas o ideales: “Los romanos, cuando deben ser precisos, llaman “cosa” a las *res corporales* o también simplemente “*corpus*”, que no tienen significados distintos, y oponen el *corpus* o las *res corporales* a las *res* en sentido genérico o mejor dicho, a las *res incorporalis*”²¹. Pese a que estas apreciaciones están revestidas de toda lógica, si analizamos el asunto desde la perspectiva moderna, no hay que pasar por alto el hecho de que la distinción de raíz filosófica *corporale-incorporale* para su uso jurídico, sólo fue formulada hacia mediados del siglo II d. C. por Gayo²², de lo que resulta que es bastante improbable que sobre esta diferenciación se hubiera basado el concepto técnico de “*res*”, a lo menos durante la época clásica.

Siguiendo con lo expuesto por Bonfante, él agrega que no todas las cosas corporales son susceptibles de ser objeto de derechos reales o de derecho privado en general, sino sólo aquellas que tienen un valor económico y precisamente esta sería la razón, por la que los astros, el aire, las nubes, pese a ser cosas corporales, no tienen la categoría de *res*²³.

Como advertíamos previamente, el pensamiento de Bonfante viene en alguna medida a significar lo que ha sido el discurso tradicional de aquellos que han tratado específicamente el tema de las cosas en el Derecho Romano²⁴. Pero pare-

¹⁷ Por todos, SCHERILLO, Gaetano, cit. (n. 15), p. 2. En el mismo sentido, BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 6.

¹⁸ DI PIETRO, Alfredo, “*Res publicae*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 18 (1996), pp. 17 ss.

¹⁹ Sin perjuicio de ello, debemos reconocer que el término “*res*” se puede traducir por “cosa”, aun cuando este último vocablo no deriva de *res* sino de “*causa*”.

²⁰ BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 6.

²¹ *Ibid.*

²² Gai. 2.12. Sobre este interesante tema, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995).

²³ BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 7.

²⁴ No pretendemos hacer un repaso exhaustivo de la opinión de cada uno de los autores

ciera ser que el enfoque metodológico tiene mucho que ver con los resultados o conclusiones a las que se puede llegar. En efecto, nosotros creemos que al centrar el estudio de las instituciones jurídicas en los recursos procesales que las tutelan²⁵, ello nos permite avanzar en términos distintos: la palabra “*res*” aplicada a lo que nos interesa, se refiere a “[...] cualquier objeto constituido por materia, sea bajo una forma natural, sea bajo una forma artificial[...]”²⁶, siempre que además sea susceptible de *reivindicatio*. Si pensamos en que el *dominium*²⁷, se encuentra tan íntimamente ligado a las cosas que llegan a conformar una misma unidad, cae inmediatamente la consecuencia que lo reivindicado no es el “derecho de dominio” sino la “*res*”²⁸. Por ello, no es ilógico sostener que las cosas que son susceptibles de ser reivindicadas, son las únicas a las cuales se les puede dar el calificativo técnico de “*res*”. A las otras, se les da el mismo nombre genérico, pero no ya en un sentido técnico, sino más bien impropio, lo que lleva a Samper²⁹ a plantear que “La acción del dueño es la llamada *reivindicatio*, que procede del antiguo *sacramentum* a través del *agere per sponsionem*; por su propio carácter real, que exige la identificación en la *intentio* del objeto perseguido, su ejercicio queda limitado a las cosas estables e individualizables, lo que equivale a decir que sólo respecto de estos bienes existe verdadero dominio, ya que las cosas genéricas, fungibles o consumibles no se recuperan sino en cuanto cantidades, y siempre a través de acciones personales”³⁰.

Nuestra posición se encuentra refrendada en las fuentes y particularmente en un pasaje que se conserva en D. 34,2,27,2 (Ulp., 44 *Sab.*): “*Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in credito esset. hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit*”.

Todavía podemos agregar más en orden a lo que venimos diciendo, pues al analizar la fórmula de la reivindicatoria³¹, se llega a la conclusión de que en ella no se señala a título de abstracción que tal o cual persona ejerce el derecho

que se han pronunciado sobre el tema, sino sólo dejar en evidencia un criterio común en cuanto a la resolución del asunto. BRASIELLO, Ugo, *Corso di Diritto romano; la estensione e le limitazioni della proprietà* (Milano, Giuffrè, 1941); EL MISMO, *La proprietà nella sua estensione* (Milano, Giuffrè, 1941); LONGO, Carlo, *Corso di Diritto romano: le cose, la proprietà e suoi modi di acquisto* (Milano, Giuffrè, 1946); SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12).

²⁵ Nos hacemos cargo aquí de aquella máxima siempre enunciada, pero comúnmente abandonada: “El Derecho Romano fue concebido como un sistema de acciones”.

²⁶ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996), I, p. 429.

²⁷ DI PIETRO, Alfredo, cit. (n. 18), p. 19, señala que “La relación más absoluta que se da en el *ius* entre un hombre y una cosa es le *dominium* [...] Por *dominus* entiendo al “señor”, por lo que *dominus* es propiamente “el señorío”. CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, v. “Proprietà” (Dir. rom.), en *ED.*, 37, pp. 161 ss.

²⁸ D’ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*¹⁰ (Pamplona, EUNSA, 2004), p. 191 n. § 131.1: “[...] “*Dare rem*” significa “hacer propietario” y “*obligari re*”, “quedar obligado por la propiedad recibida”.

²⁹ SAMPER POLO, Francisco, *Derecho romano* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003), p. 130.

³⁰ En el mismo sentido, DI PIETRO, Alfredo, cit. (n. 18), p. 20.

³¹ “*Si paret rem de qua agitar ex iure Quiritium Ai. Ai. esse, neque ea res arbitrio iudicis*

de dominio sobre una cosa, sino directamente que aquella cosa “es” de dicha persona. Entonces, el ejercicio de nuestra acción supone la posibilidad de que su titular prevalezca al reclamar judicialmente como propia una cosa, respecto de otra persona que la tiene en su poder y de hecho, el primero sólo puede llamarse verdaderamente dueño en cuanto prevalece con esta acción³².

III. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS EN LAS FUENTES

Las fuentes³³ han conservado varias clasificaciones de las cosas (“res”) que se encuentran contenidas en otros tantos pasajes y en lo que dice relación con nuestra investigación, dejando de lado una serie de aquellas que resultan más apropiadas para el estudio de otras materias, como por ejemplo la clásica diferenciación entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, la que a nosotros nos interesa aparece contenida en los siguientes fragmentos, que hemos separado de acuerdo a la fuente donde se encuentra.

1. En los “*Digesta*”.

D. 1,8,1 pr. (Gai., 2 *inst.*): “*Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. divini iuris sunt veluti res sacrae et religioae. sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aluiquis heres existat, nullius in bonis sunt. hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt*”.

D. 1,8,2 (Marcian., 3 *inst.*): “*Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum quae variis ex causis cuique adquiruntur. et quidem naturali iure omnium comuna sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*”.

D. 1,8,4 pr.-1 (Marcian., 3 *inst.*): “*Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescipsit. 1. Sed flumina paene omnia et portus publica sunt*”.

D. 1,8,5 pr.-1 (Gai., 2 *rer cott.*): “*Riparum usus publicus est iure gentium sicut iposius flumis. itaque navem ad eas appellere funes ex aroboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti*

Ao. Ao. restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam Nm. Nm. condemnato. Si non paret absolvito”.

³² D’ORS, Alvaro, cit. (n. 28), p. 214.

³³ Bajo ningún punto de vista pretendemos que el elenco con el que continuamos la exposición sea una revisión exhaustiva de las fuentes en las que se pueden encontrar clasificaciones de las cosas. Sólo reproducimos aquellos que son interesantes para la discusión que llevaremos adelante y sobre los cuales la doctrina ha debatido fuertemente. Sin perjuicio de lo anterior, iremos adicionando referencias a otras fuentes cuando sea necesario.

per ipsum flumen navigare. sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: quae de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt. 1. In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipient”.

D. 1,8,6,1-5 (Marcian., 3 inst.): “Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis tirtra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus. 2. Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt. 3. Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private: si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum. semel autem aede sacra facta etiam diruti aedificio locus sacer manet. 4. Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. in commune autem sepulchrum etiam invitis ceteris licet inferred. sed et in alienum locum concedente domino licet inferred: et licet postearatum habuerit quam illatus est mortuus, religiosus locus fit. 5. Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum, sicut testis in ea re est Vergilius”.

D. 1,8,8 (Marcian., 4 reg.): “Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est. 1. Sanctum autem dictum est a sagminibus: sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret, sicut legati Graecorum ferunt ea quae vocantur cerycia. 2. In municipiis quoque muros esse sanctos Sabinum recte respondiese Cassius refert, prohiberique oportere ne quid in his immitteretur”.

D. 1,8,9 pr.-1 (Ulp., 68 ed.): “Sacra loca sunt, quae publice sunt dedicate, sive in civitate sint sive in agro. (1) Sciendum est locum publicum tunc sacrum fieri posse, cum princeps eum deducavit vel dedicandi dedit potestatem”.

D. 1,8,9,3 (Ulp., 68 ed.): “Proprie dicimus sancta, quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata: ut leges sanctae sunt, sanctione quadam confirmata: ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae. quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi deo non sit consecratum: et interdum in sanctionibus adicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur”.

Sin realizar aun un comentario respecto del contenido de los fragmentos recién reproducidos, podemos desde ya llamar la atención en el sentido de que salvo los dos últimos, todos los demás fueron tomados de obras de Gayo y de Marciano, especialmente las respectivas *Institutiones* de estos dos autores³⁴.

2. En las “*Institutiones*” de Justiniano.

Veamos ahora lo que sucede con las *Institutiones* de Justiniano, que como sabemos y aparecerá refrendado a través de esta breve enunciación, toman como modelo principal la obra de Gayo:

Inst. 2,1 pr.: “Superiore libro de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur.

³⁴ El dato no es menor, pues ambos no pueden ser considerados propiamente juristas: D’ORS, Alvaro, cit. (n. 28), pp. 93 ss.

Quaedam enim naturali iure comuna sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit”.

Inst. 2,1,1: *“Et quidem naturali iure comuna sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentos et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare”.*

Inst. 2,1,2: *“Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus”.*

Inst. 2,1,4: *“Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed propeitas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt”.*

Inst. 2,1,6: *“Universitatis sunt, nono singulorum veluti quae in civitatibus sunt, ut theatra stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum”.*

Inst. 2,1,7: *“Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae; quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est”.*

Lo que corresponde comentar preliminarmente luego de esta reproducción de pasajes de las *Institutiones* de Justiniano, es que como resulta lógico pensar, entre estos y aquellos contenidos en el Digesto, existen una serie de identidades (D. 8,1,1,1 = Inst. 2,2; D. 8,1,2 = Inst. 2,1 pr.-1; D. 1,8,4 = Inst. 2,1,1-2; D. 1,8,5 = Inst. 2,1,4).

3. En las “*Institutiones*” de Gayo:

Gai. 2,1: *“Superiore commentario de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur”.*

Gai. 2,2: *“Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani”.*

Gai. 2,3: *“Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae”.*

Gai. 2,4: *“Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictas sunt”.*

Gai. 2,8-11: *“Sanctas quoque res, velut muri portae, quidam modo divini iuris sunt. (9) Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse; nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. 10. Hae autem quae humani iuris sunt, aut publicae aut privatae. 11. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt”.*

4. Una vez que ya tenemos a la vista esta base textual, podemos extraer ciertas conclusiones básicas, que no por ello dejarán de ser importantes en el discurso posterior:

a) No existe uniformidad de criterios e incluso de contenidos, en las clasifica-

ciones de *res* que nos son dadas a conocer en las fuentes recién reproducidas.

b) Si nos vamos a lo señalado en las *Institutiones* de Gayo, esta obra se refleja la siguiente sistematización: i) existen *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonio*. Esto no es presentado como clasificación, sino como un enunciado; y ii) la *summa rerum divisio* para Gayo, es aquella que distingue entre *res divini iuris* (*res sacrae*, *res religiosae* y *res sanctae*, respecto de ellas no hay pertenencia alguna) y *res humani iuris* (*res privatae* y *res publicae*, dependiendo a quien pertenezcan).

c) Es posible concluir entonces que el criterio seguido por Gayo para la clasificación es el de la pertenencia de la cosa: si son o no susceptible de ella y de serlo, a quien pertenecen.

d) En las *Institutiones* de Justiniano, nos encontramos con una sistematización diferente. En efecto, aquí la diferenciación se presenta en los siguientes términos: i) Existen *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonio*. Pero ahora esta situación no es un enunciado, tal como ocurría en Gayo, sino una verdadera clasificación; ii) además, y de acuerdo a su pertenencia, las cosas pueden ser: *res communes omnium*, *res publicae*, *res universitatis*, *res nullius* o *res privatae*; iii) Respecto de las *res communes omnium*, éstas incluyen el aire, el mar, sus costas y el *aqua profluens*; iv) las *res universitatis*, se ejemplifican con los teatros y los estadios; y v) Se incluye dentro de las *res nullius*, esto es las cosas que no pertenecen a nadie, las *res sacrae*, las *res religiosae* y las *res sanctae*.

e) De la comparación entre esta clasificación y la contenida en las *Institutiones* de Gayo, no existe concordancia: se eliminan algunas referencias y se incluye dentro de una categoría, cosas que en la otra clasificación tenían un *status* independiente.

f) Valoremos ahora lo que nos dice el Digesto: i) Hay *res divini iuris* (*res sacrae*, *res religiosae*, *res sanctae*), respecto de las cuales no se ejerce dominio, y *res humani iuris* (*res publicae* y *res privatae*) que pertenecen a alguien, aun cuando con posterioridad se afirma la existencia de *res nullius*; ii) respecto de las cosas que tienen dueño, ellas pueden ser *res communes omnium* (aire, *aqua profluens*, mar y sus costas); *res universitatis* y *res privatae* (se reitera la situación de las *res nullius*); iii) las *res universitatis* son ejemplificadas con los teatros y estadios y se indica que ellas pertenecen a la ciudad.

g) Pero todavía no concluimos, porque Pomponio nos presenta un esquema que no está incluido en aquellos previamente consignados, pero que era seguido por los juristas: el que distingue entre *res in commercio* y *res extra commercium*, como se lee en D. 18,1,6 pr. (Pomp., 9 Sab.): “*Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius*”.

Si bien traída a colación a propósito de un tema distinto de la clasificación de las cosas, lo cierto es que no podemos eludir el hecho de que la distinción estuvo presente en el pensamiento de los juristas, aun cuando no fue recogido como tal en la compilación. En cuanto a su significación y aun cuando existe cierta controversia sobre el particular, de acuerdo con Guzmán Brito³⁵ ella tendría como raíz la posibilidad de que las cosas fueran objeto de tráfico jurídico.

³⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit. (n. 26), I, p. 433.

b) Si analizamos los argumentos y sistematizaciones presentadas no podemos sorprendernos de que el tema de la clasificación de las cosas, esté lleno de controversias y esfuerzos por tratar de compatibilizar las diferentes categorías expuestas en las fuentes. Todavía más llamativa es el circunstancia de que esta falta de concordancia que denunciaremos podría entenderse entre las *Institutiones* de Gayo y el *Corpus Iuris*, pues no en vano ambas obras están separadas por cuatro siglos de historia, pero este fenómeno es menos justificable entre las *Institutiones* de Justiniano y el Digesto, que como todos sabemos, datan de una misma época y forman parte integrante del *Corpus Iuris*. Esta argumentación y la respuesta que la romanística ha intentado dar a estas contradicciones y faltas de concordancia, nos motivan a exponer en la siguiente sección la opinión de aquellos autores que han marcado una tendencia a la hora de tratar de armonizar los diferentes esquemas de clasificación a los que hemos aludido.

IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN

A partir de esta base textual, la romanística a debatido en torno a la clasificación de las cosas, presente en la mente de los juristas clásicos. A continuación reproduciremos la opinión sobre el particular de aquellos autores que han marcado pauta en el análisis que estamos llevando adelante.

1. *La opinión de Bonfante.*

Creemos, que para tener una adecuada exposición de las discusiones que ha motivado la clasificación de las cosas en el Derecho Romano, nuestra primera referencia debe ser Bonfante³⁶, quien a propósito del tema que ahora nos interesa, plantea un esquema cuyos puntos más destacados los pasamos a resumir en los siguientes párrafos.

De acuerdo a los intérpretes, la primera y gran clasificación es la que diferencia entre *res in commercio* y *res extra commercium*, o también *res in patrimonio* y *res extra patrimonium*. Con una y otra no se designa exactamente lo mismo, pues la primera hace alusión más bien al aspecto dinámico de la susceptibilidad para las relaciones jurídicas; mientras que con la segunda se alude a una cuestión más bien estática: si una determinada cosa se encuentra o no actualmente incorporada a un patrimonio. Sin embargo, agrega nuestro autor, parece ser que ambas clasificaciones se encuentran en cierta medida equivocadas, ya que cuando una cosa “está fuera del comercio” esto no es indicativo de que ella no pueda ser objeto de derechos por parte de alguien y lo mismo ocurre cuando se dice que la cosa “está fuera del patrimonio”, pues ello no impide que esa misma cosa pueda

³⁶BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 7 ss. El mismo SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), p. 128, plantea que la explicación de BONFANTE, constituye la mejor obra respecto del estudio de la clasificación de las cosas. De hecho, si se analizan las obras referidas al tema, escritas a partir del primer tercio del siglo pasado, en ellas se puede apreciar una reiteración de los esquemas y contenidos del desarrollo que hacen los autores a que nos referiremos en detalle. Por todos, GROSSO, Giuseppe, cit. (n. 11).

ser adquirida con posterioridad³⁷. Sin perjuicio de esta aclaración, sigue nuestro autor, las *res extra commercium* o *extra patrimonium* en un sentido técnico, son aquellas que no pueden ser objeto de derecho respecto de privados y es dable clasificarlas en dos categorías: *res extra patrimonium divini iuris*, que comprende las *res sacrae, religiosae y sanctae*³⁸, que son aquellas en que el señorío humano cede por respeto al divino; y *res extra patrimonium humani iuris*, donde encontramos las *res communes, res publicae* y *res universitatis*³⁹, y que se encuentran sustraídas del dominio privado por motivos de orden público.

Con posterioridad y luego de esta presentación general, Bonfante pasa a analizar cada una de estas categorías y al llegar a las *res extra patrimonium humani iuris*, comienza con el estudio de las *res communes*, aludiendo que esta expresión puede ser utilizada en muchos sentidos, pero que aquel que interesa, es el de “*res communes omnium*”, es decir aquellas cosas cuyo uso es común “*omnibus hominibus*” y que se asimilan a las cosas “*iure gentium publicae*”. De acuerdo a lo generalmente aceptado, añade, se definen las *res communes* como aquellas que “*naturali iure*”, esto es por constitución física, no son susceptibles de propiedad, pero todos pueden usarlas. Al respecto resulta indicativo como tanto en las *Institutiones* de Justiniano como en el Digesto, el elenco de *res communes omnium* es el mismo: aire, *aqua profluens*, mar y sus costas. Sin embargo, la categoría en sí, es absolutamente ignorada por Gayo y por todos los otros juristas, siendo un aporte de Marciano. Todavía se puede dudar de la autoría de este maestro tardo-clásico, en el sentido de que no se trataría de una “nueva categoría” de cosa, sino simplemente de una “nueva terminología” para designar las ya conocidas *res publicae*, lo que encontraría cierto fundamento en el hecho de que el texto de Marciano recogido en el Digesto, no contiene alusión alguna a esta última categoría de cosa. Esto lleva a sostener a Bonfante que el aporte de Marciano se redujo a catalogar como *res communes omnium*, todas aquellas cosas que los otros juristas señalaban como “*res publicae iuris gentium*”⁴⁰. Incluso podría alegarse otro argumento en contra del origen clásico de la categoría: en ella se aplica explícitamente el *ius naturale* (“*naturali iure communia sunt omnium haec*”) y de acuerdo a cierta doctrina⁴¹, sólo en el derecho justinianeo se habría originado la diferenciación *ius naturale, gentium et civile*.

Para Bonfante⁴², en el periodo del derecho clásico, la terminología de *res communes omnium* sólo aparece en Marciano, pero es recogida en el derecho justinianeo tanto en las *Institutiones* como en el Digesto, que las incorporan al lado de las *res publicae populi Romani* y de las *res universitatis*. Sin embargo, su valor es absolutamente teórico, sin que tenga relevancia en la práctica jurídica⁴³.

³⁷ BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 14.

³⁸ *Ibid.*, pp. 17-50.

³⁹ *Ibid.*, pp. 51 ss.

⁴⁰ D. 1,8,4 pr. (Marcian., 3 *inst.*): “[...] *quia non sunt iuris gentium sicut litus et mare*”.

⁴¹ PEROZZI, Silvio, cit. (n. 16), pp. 66-7.

⁴² BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 61 ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 61.

Muestra de esto último, es el mismo elenco de cosas que caen en esta categoría⁴⁴: el aire podría haber sido excluido sin problemas, tal como ocurre con las nubes, los astros, la luz del sol y el firmamento, pues no tenía en la antigüedad ningún valor económico y por lo mismo, nulo valor jurídico. En cuanto al *aqua profluens*, Bonfante descarta que ella pueda considerarse sinónimo de agua de lluvia⁴⁵ y en lo que profundiza es en el error en el que habría incurrido Marciano con esta idea de incorporarla como *res communes*, pues nace de un equívoco que ha contribuido a turbar las ideas de los modernos a propósito del tema.

En efecto, de acuerdo a su opinión, el curso de agua es plenamente apropiable y puede ser objeto de dominio público o privado⁴⁶ y por lo demás, distinguir el álveo del curso de agua, haciendo común el primero y público el segundo, es un esfuerzo dialéctico vano: el álveo está en la misma condición que el *flumen*⁴⁷. La única explicación razonable para el sofisma de Marciano en el calificar como *res communis* el *aqua profluens* está en su fuente de inspiración, que no se encuentra en la opinión de los juristas, sino en criterios extrajurídicos que preconizan el principio de no negar el agua o los accesos a los cursos de agua a nadie⁴⁸.

En cuanto a la relación entre las *res communes* y las *res publicae* en el derecho justinianeo, Bonfante no cree que exista una neta y clara diferenciación entre ellas: en los límites de un Estado, señala, todo aquello que no pertenece al dominio privado, necesariamente se reconduce al vago concepto de dominio público, que se presenta de un lado como la soberanía y del otro como propiedad, según se acentúa la finalidad propia del Estado o el aspecto patrimonial y económico.

Así, *res publicae*, como la etimología indica, significa *res populi* (“*populicae*”, “*poplicae*”), esto es del *populus Romanus*. Pero con esta expresión se engloban dos conceptos: las cosas destinadas al uso público y las cosas destinadas a sostener con sus frutos los gastos del Estado. Las primeras son verdaderamente *extra patrimonium* o *extra commercium*, las segundas son precisamente *in patrimonio* o *in commercio*.

2. La opinión de Scialoja.

Nuestro autor⁴⁹ inicia su explicación de la clasificación de las cosas, planteando que la más básica de ellas es la que distingue entre *res in patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*⁵⁰. Esta distinción se encuentra fundamentada en la que presenta Gayo como la más general de todas y fue recogida en dicha calidad por Justiniano en sus *Institutiones*⁵¹. Sin embargo, una vez realizada aquella clasifica-

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 62 ss.

⁴⁵ OSSIG, Alfred, *Römisches Wasserrecht* (Leipzig, von Duncker, 1898), pp. 47 ss.

⁴⁶ BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 63.

⁴⁷ D. 41,1,7,5 (Gai., 2 *rer. cott.*).

⁴⁸ CIC., *De off.*, 1,16,51.

⁴⁹ Gai. 2,1. SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), pp. 121 ss.

⁵⁰ Sostiene este mismo autor que la diferenciación se reconoce tanto en las *Institutiones* de Gayo, como en las de Justiniano, como asimismo en D. 1,8, en el título *De divisione rerum et qualitate* y en múltiples otros pasajes del Digesto como los incluidos en el título *De acquirendo rerum dominio*, D. 41,1. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, cit. (n. 12), p. 121.

⁵¹ Inst. 2,1, pr.

ción, esta última obra se separa del criterio gayano e introduce una distinción que es propia de Marciano y que diferencia entre *res communes omnium*, *res publicae*, *res universitatis* y *res nullius*. Entonces, mientras para Gayo, la primera distinción es aquella que presenta el binomio *res in nostro patrimonio-res extra nostrum patrimonium*, para luego seguir con aquella que diferencia entre *res divini iuris* y *res humani iuris*, terminando con la clasificación entre *res nullius*, *res publicae* y *res privatae*; en las *Institutiones* de Justiniano nos encontramos con una distinción diferente: *res communes*, *res publicae*, *res universitatis* y *res singulorum*, haciendo entrar las *res divini iuris* como una categoría de *res nullius*⁵².

De acuerdo a nuestro autor, la distinción de *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*, resulta de un criterio que aparece remarcado con el adjetivo “*noster*”, que indicaría pertenencia a un patrimonio privado. En consecuencia, sólo la primera categoría de cosas enunciadas pueden llegar a estar incluidas en el patrimonio de una persona. Aclarado este punto, Scialoja enfrenta la situación de la relación habida entre la clasificación que estamos viendo y aquella representada por las *res in commercio* y *res extra commercium*⁵³, marcando como principio que entre ambas existe, en la práctica, un paralelismo que hace que su asimilación sea razonable, pues casi todas las cosas que están fuera del patrimonio, también están fuera del comercio. Sin embargo, agrega la distinción *res in commercio-res extra commercium*, guarda relación con la susceptibilidad o no de la cosa de ser, en abstracto, capaz de transferirse de un patrimonio a otro; en cambio, aquella de *res in patrimonio-res extra patrimonium*, se refiere a la concreta pertenencia o no de la cosa a un determinado patrimonio⁵⁴.

Dejando de lado este asunto, Scialoja asume el análisis de las *res extra patrimonium*, que de acuerdo a su criterio y pese a ser las menos importantes, son aquellas que dan lugar al mayor número de subclasificaciones. Así, siguiendo las *Institutiones* de Justiniano, se encuentran entre las *res extra patrimonium* aquellas que se denominan *res communes omnium*, caracterizadas por el hecho de que no son susceptibles de relaciones patrimoniales privadas. Ahora bien, esta categoría no está incluida dentro de las mencionadas por Gayo y sólo la encontramos en Marciano, desde donde la toma Justiniano como una clase diferente de las *res publicae*. Precisamente, esta exclusividad en cuanto a su mención por parte de Marciano induce a Bonfante, como ya hemos tenido oportunidad de ver, a sostener que se trata de una creación de este maestro tardo-clásico y que en el derecho justiniano no tiene valor práctico alguno. Scialoja⁵⁵, critica particularmente la posición de Bonfante en cuanto a la utilidad de la clasificación, pues argumenta que la diferenciación entre *res publicae* y *res communes omnium* no es ociosa, dado que se trata de dos categorías distintas, toda vez que el uso de las últimas es mucho

⁵² SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), p. 123.

⁵³ La clasificación presentada, no aparece ni en las *Institutiones* de GAYO, ni en las de JUSTINIANO, ni en Título “*De divisione rerum et qualitate*” del Digesto, pero es recordada en varios fragmentos de éste último, como por ejemplo en D. 18,1,31,1 (Paul., 33 ed.), que se refiere a la compraventa.

⁵⁴ SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), p. 125.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 128 ss.

más general de aquel que puede darse a las primeras, las que incluso pueden ser sustraídas de dicho uso general, pues son del Estado.

Todavía más, en este mismo orden de cosas, una primera y fundamental observación que es necesaria hacer para dilucidar adecuadamente la incógnita consiste en determinar el significado literal de “*publicus*” y de “*communis*”, pues no siempre son usados en el mismo sentido: “*publicus*”, indica aquello que es perteneciente al *populus Romanus* en cuanto Estado; en cambio “*communis*”, se usa con acepciones diversas, como por ejemplo para indicar la coparticipación de varias personas en una misma cosa, o para señalar la sujeción de una cosa al uso popular, en cuyo caso se confunde con “*publicus*”⁵⁶. En las fuentes jurídicas y extrajurídicas, a veces se utilizan indistintamente ambas expresiones y ello ha confabulado en contra de una correcta comprensión.

Por último, el argumento fundado en el pasaje contenido en D. 43,8,3 pr. (Cel., 39 *dig.*), en el que Celso dice que desde su punto de vista, las costas del mar son un territorio sujeto al *imperium* del Estado romano y, por lo tanto *res populi Romani*, de lo que ha deducido Bonfante que en el derecho clásico éstas son consideradas *res publica*, puede descartarse, pues si bien no es dable negar aquello, lo cierto es que el jurista autor del fragmento señala claramente que la sentencia refleja su opinión personal, lo que se puede interpretar en el sentido de que esta no era la común en lo demás juristas.

En suma, la diferenciación *res publicae-res communes omnium*, no es inútil, pues se refiere a cosas distintas: de las *res communes*, se puede servir cualquier persona, y el Estado no puede impedirlo, pues no le pertenecen; en cambio las *res publicae* son del Estado y este ente podía impedir la utilización de las mismas⁵⁷.

Dejando de lado toda esta polémica y algunas otras a las que no nos hemos referido por exceder las finalidades de este trabajo, como por ejemplo, las vinculadas a las *res divini iuris*, Scialoja pasa a considerar, de acuerdo a las *Institutiones* de Gayo y de Justiniano, las *res humani iuris*, las cuales se subclasifican dependiendo de si son objeto de propiedad privada o no: en este último caso se dice de ellas *res publicae*. Al respecto, nuevamente refiere la discusión en relación a la utilización del adjetivo “*publicus*” y los varios significados que puede asumir en el mundo del derecho y luego de realizar un repaso de las fuentes jurídicas, epigráficas y literarias, llega a la conclusión de que el significado fundamental de la expresión “*res publicae*” es de “cosa del pueblo romano”, pero en una primera etapa de evolución, que es coincidente con el periodo republicano y los primeros años del Imperio no se hacía una gran distinción entre las categorías de cosas públicas: las que nosotros llamamos “fiscales” y las destinadas al uso público, se confunden en un misma especie. La razón de esto se encontraría en el concepto mismo de Estado, que era diverso de aquel que se tuvo en el Derecho Romano del último periodo y todavía más del que tenemos modernamente: en realidad en el derecho antiguo la relación jurídica se consideraba más bien con el *populus Romanus* y si

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 130.

⁵⁷ SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), p. 132.

se quiere, esto podía quedar reflejado en la máxima “el Estado es el *populus*”, que no tiene personalidad propia⁵⁸.

3. *La opinión de Archi.*

Para este autor⁵⁹, en el Derecho Romano existe una primera y gran clasificación, en base a la cual las *res* se califican de acuerdo a si son o no susceptibles de derechos por parte de los privados: así se puede distinguir entre “*res in nostro patrimonio*” y “*res extra nostrum patrimonium*”. Además, estas últimas se pueden subdistinguir en *res extra patrimonium divini iuris* y *res extra patrimonium humani iuris*⁶⁰. Ahora bien, en su opinión la doctrina se ha preocupado especialmente de precisar las vinculaciones que esta distinción tiene con otra, que también aparece en las fuentes: *res in commercio* y *res extra commercium*, pero ha dejado de lado el cuestionamiento respecto de si las palabras de Gayo y las contenidas en las *Institutiones* de Justiniano, aun siendo las mismas, tienen idéntico significado, particularmente por el hecho de la innegable evolución del derecho durante los casi cinco siglos que separan ambas obras y las exigencias de la formulación justinianea, que requiere de una técnica jurídica más refinada⁶¹.

Efectivamente, Bonfante⁶² señala que la distinción de las cosas según son o no susceptibles de relaciones jurídicas privadas, refiere más bien a la diferenciación entre *res in commercio* o *res extra commercium*, pues ella indica un situación dinámica en la que se analiza la susceptibilidad o no de relaciones jurídicas; en cambio, con la diferenciación que permite distinguir entre *res in nostro patrimonio* o *res extra patrimonium*, se analiza el fenómeno desde una óptica estática⁶³. Esta misma idea se encuentra en el pensamiento de Segre⁶⁴, pues él indica que la distinción a que estamos atendiendo (*res in nostro patrimonio* y *res extra patrimonium*) se refiere a las cosas como objeto o no de derechos de personas privadas. Al no ser una cosa objeto de derecho cuyos titulares sean particulares, está fuera del patrimonio de los mismos, como queda de manifiesto en las mismas *Institutiones* de Gayo⁶⁵; en las disposiciones correspondientes de las *Institutiones* de Justiniano y en el Digesto⁶⁶, todas ellas en las que se hace depender de dicho factor el que una cosa sea *divini iuris*, o bien, *humani iuris*; pertenezca a la categoría de las *res communes omnium* o a la de *res publici iuris* y, por último, que la cosa no esté en la categoría de las *publicae*, sino de las *privati iuris*.

En suma, estos dos insignes romanistas han fundado el significado de la

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 212 ss.

⁵⁹ ARCHI, Gian Gualberto, *La “summa divisio rerum” in Gaio e in Giustiniano*, en *SDHI*, 3 (1937), pp. 5 ss.

⁶⁰ Gai. 2,1; Inst. 2,1, pr.

⁶¹ ARCHI, G. G., cit. (n. 59), p. 7.

⁶² BONFANTE, P., cit. (n. 12), p. 10.

⁶³ Tal vez, si se podría pensar en una relación que en términos filosóficos se presenta en la relación potencia-acto.

⁶⁴ SEGRE, Gino, *Corso di Diritto romano. Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali* (Torino, G. Giappichelli, 1930), p. 19.

⁶⁵ Gai. 2,2 ss.

⁶⁶ D. 1,8,1,2 (Gai., 2 *inst.*).

distinción ya sea en la susceptibilidad de relaciones jurídicas privadas respecto de una cosa (Bonfante), o en el hecho de que actualmente sea objeto de derechos de particulares (Segrè); pero en lo que ambos están de acuerdo es que el criterio de diferenciación es exactamente el mismo en Gayo que en Justiniano, lo que no es más que la *communis opinio* de la romanística. En esta misma línea de desarrollo encontramos a Scherillo⁶⁷, para quien la clasificación que distingue las *res in nostro patrimonio* de las *res extra nostrum patrimonium* es fundamental para Gayo, pero en su caso establece una clara diferenciación de criterios respecto de aquella otra que distingue entre *res in commercio* y *res extra commercium*, pues en este último caso, dicho criterio sería la aptitud específica de la cosa para ser objeto de negocios jurídicos patrimoniales. Establecido este principio y comparando el contenido del texto gayano con aquel que se refiere a la clasificación de los interdictos⁶⁸, termina por contradecirse, pues aclara que la distinción fundamental es aquella que diferencia entre *res divini iuris* y *res humani iuris*, indicando que las primeras serían en el concepto de Gayo, aquellas que pertenecen a la divinidad y se distinguen en *sacrae* y *religiosae* y las segundas, públicas o privadas, dependiendo de si pertenecen al *populus Romanus* o a un privado. Sigue argumentando que claramente el criterio diferenciador está marcado por la pertenencia concreta de la cosa, lo que quedaría demostrado, entre otros indicios por la dificultad que tiene Gayo para encuadrar entre las *res divini iuris*, aquellas que caen en la categoría de *sanctae*, cuya pertenencia a la divinidad es menos evidente y por la inserción de las *res nullius* entre las *res humani iuris*, para comprender aquellas cosas que no pertenecen ni al *populus Romanus* ni a los privados⁶⁹.

Archi⁷⁰, discute la posiciones previamente enunciadas, especialmente las de Bonfante y Segrè, en términos de que la diferenciación entre *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*, no significan lo mismo para Gayo que para Justiniano. El punto de partida para probar su tesis es simple: el trabajo no debe agotarse en tratar de conciliar la clasificación gayana con la justiniana, sino por el contrario en develar las divergencias entre ambas. Con este propósito y analizando en primer lugar las *Institutiones* de Gayo, nuestro autor se declara totalmente contrario a fijar como la primera y más radical clasificación de las cosas, aquella que distingue entre *res in nostro patrimonio* o *res extra nostrum patrimonium*, y que luego de aquello, sólo estas últimas pueden ser *divini* o *humani iuris*. Muy por el contrario, entre ambas clasificaciones existe una relación de subordinación y se encuentran estrechamente ligadas: si se lee atentamente los pasajes respectivos (Gai. 2,1-2), sin tomar en cuenta la clasificación justiniana, resulta evidente que la diferenciación entre las *res humani iuris* y las *res divini iuris*, no puede ser mirada como una simple subclasificación de una categoría general que sería la de *res extra patrimonium*. Todavía más, si aceptáramos esta tesis, como hemos dicho seguida por la mayoría de la doctrina, resultaría imposible hacerla conciliar con

⁶⁷ SCHERILLO, Gaetano, cit. (n. 15), p. 29.

⁶⁸ D. 43,1,1 pr. (Ulp., 67 ed.).

⁶⁹ SCHERILLO, Gaetano, cit. (n. 15), p. 32.

⁷⁰ ARCHI, Gian Gualberto, cit. (n. 59), pp. 7 ss. De aquí y en más reproducimos brevemente las principales consideraciones de este autor.

el pasaje *Gai.* 2,10, dado que si las *res humani iuris* fuesen una clase de cosa no susceptible de relaciones jurídicas privadas, resulta imposible entender que a su vez, puedan ser públicas o privadas.

Precisamente en este orden de cosas, Archi⁷¹ propone interpretar a Gayo en los siguientes términos: él parte de una consideración de hecho, cuando dice que las *res* son *in nostro patrimonio* o no y con ello no entiende hacer una clasificación jurídica, sino fijar una premisa de hecho que sirve para introducir la *summa divisio* jurídica, la que finalmente está contenida en el §2.

Estas consideraciones previas, permiten desde ya descartar ciertas opiniones, pues claramente dejan en evidencia, por ejemplo, las deficiencias de la equiparación del binomio *res in nostro patrimonio-res extra patrimonium* con aquel de *res in commercio-res extra commercium*⁷². Efectivamente, las fuentes se refieren de frente a determinados problemas, a la comerciabilidad o no de las *res*, pero esta distinción no supone una división de las cosas en el sentido en que el asunto es enfrentado por Gayo⁷³.

Aportando más argumentos en favor de su tesis, Archi⁷⁴ recurre a fuentes extrajurídicas, particularmente Macrobio⁷⁵, en los que se refiere a la opinión de Trebacio que manifiesta un concepto muy similar al de Gayo⁷⁶, lo que permite asumir que la distinción que hace Gayo en sus *Institutiones*, con una terminología más precisa, no es producto de la elaboración de la jurisprudencia que le es contemporánea, sino de una anterior, que ya deja ver la idea de que la *res extra patrimonium* son aquellas que están sustraídas a la disponibilidad humana⁷⁷.

Otro tanto se puede agregar del concepto de “*res publicae*”, al que se refiere *Gai.* 2,11, pues él se suele interpretar en el sentido de que las cosas públicas son aquellas que pertenecen a todos, lo que pareciera contraponerse al hecho de que no pertenecen a un privado⁷⁸. El texto refleja su real sentido si se aclara a su vez el contenido del término “*universitatis*” para los clásicos y además el hecho de las dificultades que debieron enfrentar los juristas para fijar la situación jurídica de las *res publicae* y la naturaleza de la relación entre ellas y los *cives*, respecto de los cuales se decía que éstas eran “*communes*”. Esta dificultad a la que aludimos se hace más profunda si conectamos las ideas anteriores con el hecho de que los romanos entendían la *universitas* de *cives* como una colectividad concreta y no como una unidad abstracta⁷⁹. Lo difícil entonces, radica en tratar de concebir esta relación entre los *cives* y este tipo de cosas y la solución que encontraron representa un gran

⁷¹ *Ibíd.*, p. 8.

⁷² BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 13 ss.

⁷³ ARCHI, Gian Gualberto, cit. (n. 59), p. 10.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Saturnalia*, 3,2; 3,4.

⁷⁶ Hace una contraposición entre *res* que son “*in hominum usum proprietatemque*” y *res* que no lo son.

⁷⁷ En cierta medida, ARCHI se nos adelanta al indicar que la doctrina a discutido mucho respecto de supuestos, sin discutir realmente el genuino sentido de las expresiones “al oído romano” como diría DI PIETRO. Véase, ARCHI, Gian Gualberto, cit. (n. 59), p. 11.

⁷⁸ BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 69.

⁷⁹ ARCHI, Gian Gualberto, cit. (n. 59), p. 12.

avance: se trata no de una *res communis pro parte* (como ocurría en las relaciones privadas), sino de una *res communis universitatis* (= *res publicae*), esto es respecto de una colectividad de personas.

Por último, si se analiza la clasificación contenida en las *Institutiones* de Justiniano⁸⁰, no se encontrará ninguna alusión a la distinción entre *res humani iuris* y *res divini iuris*; sino que muy por el contrario, la división protagónica es la que diferencia entre *res in nostro patrimonio* y *res extra patrimonium*⁸¹. Entonces, parece ser que lo que está detrás de las clasificaciones sucesivas, es el hecho de que hay *res* que pertenecen a los privados y otras que no, cayendo estas últimas en la categoría de *res nullius* o de aquellas que son de todos (*res communes omnium; res publicae; res universitatis*)⁸².

4. Los aportes de Zoz.

Esta autora⁸³ plantea un *status quaestionis* que resume adecuadamente lo que hemos visto hasta ahora: la distinción básica de las cosas (*summa rerum divisio* como dice Gayo) en relación a la condición jurídica, elaborada por la jurisprudencia romana parece fundada en un criterio positivo de pertenencia o de aptitud de ésta para ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales⁸⁴. De hecho esta misma noción aparece reflejada en el Digesto, específicamente en D. 1,8,1 pr. (Gai., 2 *inst.*).

La primera distinción que hace se sobrepone a la contenida en el fragmento de Gai. 2,2 y esto lleva a algunos autores a sostener que la diferenciación entre *res divini iuris* y *res humani iuris* y de estas últimas en *publicae* y *privatae*, se deberían a un viejo manual que habría tomado Gayo y que él trata de concordar con la distinción entre *res quae in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium habentur*. La misma sobreposición es mantenida por los compiladores en Inst. 2,1 pr.⁸⁵.

Después de haber distinguido entre las *res in nostro patrimonio* y las *res extra nostrum patrimonium*, Gayo inicia la clasificación fundamental⁸⁶ de las cosas diferenciando entre las *res divini iuris* y las *res humani iuris*. Las primeras son de derecho divino y se subdividen en *res sacrae* y *res religiosae*, según sean consagradas a los dioses superiores o bien a los inferiores, integrándose una última categoría,

⁸⁰ Inst. 2,1 pr.

⁸¹ SEGRÈ, insiste en este caso que la clasificación depende de si la *res* es objeto o no de derechos para privados. Véase, SEGRÈ, Gino, cit. (n. 64), p. 19.

⁸² ARCHI, Gian Gualberto, cit. (n. 59), p. 14.

⁸³ ZOZ, Maria Gabriela, cit. (n. 14), pp. 20 ss.

⁸⁴ No hay una interpretación única respecto del pasaje de Gayo en cuestión: algunos, como SEGRÈ, Gino, cit. (n. 64), pp. 20 ss.; SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), pp. 123 ss.; GROSSO, Giuseppe, cit. (n. 11), p. 44; señalan que la distinción que hace indica la pertenencia actual y concreta al patrimonio de cualquiera; otros, en cambio, señalan que ella indica la posibilidad o actitud para formar parte de un patrimonio (BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 10 ss.).

⁸⁵ FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette* (Milano, Società Editrice Libreria, 1953), pp. 226 ss.

⁸⁶ Esta misma clasificación se encuentra subyacente en pasajes de ULPIANO y PAULO, a propósito de la distinción de los interdictos desde el punto de vista del objeto: D. 43,1,1 pr. (Ulp., 67 *ed.*); D. 43,1,2,1 (Paul., 63 *ed.*).

que corresponde a las *res sanctae*. Precisamente, una referencia a este último tipo de cosa, en cuanto que el criterio puesto en la base de la clasificación gayana para algunos autores⁸⁷, es aquel de la pertenencia concreta a cualquiera, resultaría también de la dificultad que tuvo Gayo para encuadrarlas entre las *res divini iuris*; pues aquí la relación con la divinidad es menos evidente y por ello las *res sanctae* son definidas por el jurista como aquellas que “*quodammodo divini iuris sunt*”.

Las *res humani iuris*, por su parte son *publicae* o *privatae*; las primeras parecen ser *nullius in bonis*, pero se estima que son de la misma *universitas* como *populus Romanus*, esto es de todos; mientras las segundas pertenecen a los privados⁸⁸.

Indudablemente, una clasificación de la *res* parcialmente diversa de la precedente es aquella que se encuentra contenida en D. 1,8,2 pr.-1 (Marcian., 3 *inst.*): no se mencionan aquí las *res publicae*⁸⁹, pero incluye un elenco de cosas que se denominan llama *res communes omnium*: aire, *aqua profluens*, mar y sus costas. Ellas por derecho natural son destinadas al uso común de los hombres y no pueden estar en patrimonio particular alguno, siendo su uso permitido a todos.

A su vez, otra división de las cosas algo diferente es aquella contenida en las *Institutiones* de Justiniano (Inst. 2,1 pr.), dado que aquí se presenta una síntesis de opinión referida a Gayo y Marciano y en la que Justiniano parece siempre inspirado en el criterio de la pertenencia o de la actitud de la cosa para ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales⁹⁰.

En el grupo de las cosas *extra patrimonium*, más allá de las *res publicae* citadas, tenemos las *res universitatis* (las “cosas de la ciudad” según Inst. 2,1,6); las *res omnium communes*, cosas que no pertenecen al Estado ni a la ciudad, ni a los particulares, porque están destinadas al uso de todos los hombres, y las *res nullius*. Esta distinción ha suscitado muchas dificultades para los intérpretes, ya que el problema fundamental está representado por la ambigüedad de los términos usados en el texto, que denso en contradicciones, no ha encontrado una solución pacífica, al punto que incluso se ha dudado hasta de la autonomía de las *res communes omnium*. Parte de la doctrina⁹¹, derechamente se ha mostrado en contra de la categoría de las *res communes*, afirmando que la tricotomía era una teoría aislada (sobre la base de Marciano) literaria o un agregado bizantino.

Probablemente, como ya se ha visto, Justiniano asumió en el título I del libro II tanto la división de Gayo como la de Marciano, sin tratar de concordar una y

⁸⁷ SCHERILLO, Gaetano, cit. (n. 15), p. 32.

⁸⁸ ZOZ, Maria Gabriela, cit. (n. 14), p. 22.

⁸⁹ Se nota además que Marciano en D. 1,8,4,1, da el apelativo de “*publicus*” a los ríos y a los puertos. Esto hace pensar que MARCIANO distingue la categoría de las *res publicae* tanto de las *res communes omnium* como de las *res universitatis* y que tal vez, un “*quaedam publica*” se haya surpimido del elenco de D. 1,8,2 pr. como consecuencia de la obra de un copista. No compartimos la tesis de BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), p. 54) quien afirma que MARCIANO comprendía entre las *res communes* todas las cosas que para los otros juristas eran indicadas como *publicae iure gentium* (VASALLI, Filippo, cit. n. 10, p. 21).

⁹⁰ ZOZ, Maria Gabriela, cit. (n. 14), p. 24 ss.

⁹¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, cit. (n. 16), p. 171; BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 51 ss.; BIONDI, Biondo, *Condizione giuridica del mare e del “litus maris”*, en *Studi in onore di Silvio Perozz nel XL anno del suo insegnamento* (Palermo, Castiglia, 1925), pp. 259 ss.

otra. Todo esto lleva a enfrentar varias dificultades para reconstruir el régimen romano, también a la luz de la falta de certeza y de las oscilaciones del pensamiento de los juristas frente a ciertos criterios generales⁹².

Estas mismas conclusiones de Zoz, las aprovecharemos para indicar la situación de las *res divini iuris*, que aunque no son punto central de nuestra discusión, no resulta inapropiado dedicarles unos breves párrafos: ya sabemos que las cosas que no pertenecen al patrimonio de los particulares, pueden estar en esta condición porque son *divini iuris* o porque, siendo *humani iuris*, son sustraídas de dicha situación (pueden ser *res communes* o *res publicae*).

La tutela de la *res divini iuris* además presenta aspectos comunes a aquella de las *res publicae*: en ambas la vigilancia pública no basta y por ello el Edicto contempla una serie de interdictos prohibitorios y restitutorios que tienden a impedir los daños y actos vandálicos⁹³. Veamos ahora cada una de estas categorías:

a) *Res sacrae*: son las cosas dedicadas a los dioses superiores, así consagradas y consideradas (Gai. 2,4). Se trata de cosas que han sido objeto de *consecratio* o *dedicatio*, son inmuebles (templos, bosques o jardines sacros) o muebles (artefactos de culto), que a través de un acto religioso y público conjunto, adquieren tal calidad y sin este acto no devienen en sacra⁹⁴. La cosa consagrada y destinada a ser tal a perpetuidad, puede perder este carácter a través de una ceremonia opuesta a la consagración, la *exconsecratio* o *profanatio*, seguida de la cual deviene en profana, esto es susceptible de uso por parte de los hombres.

Las *res sacrae* están constituidas por los templos, bosques o jardines sacros, altares (Gai. 2,4-5) que no son susceptibles de ingresar en el patrimonio de nadie y tampoco de negocios jurídicos patrimoniales y privados. Por lo tanto, no se admite la *reivindicatio* respecto de ellas⁹⁵ y para tutelarlas interviene el pretor con la creación de dos interdictos: uno prohibitorio, *ne quid in loco sacro fiat*⁹⁶ y uno restitutorio, *quod factum erit ut restitatur*⁹⁷.

b) *Res religiosas*: están constituidas por el lugar de la sepultura o la urna que contiene las cenizas del difunto, conforme la disposición del propietario: en pocas palabras son los objetos destinados a la conservación y ornamento del muerto⁹⁸. Para transformar en religiosa una cosa es suficiente un acto de voluntad del privado, como la disposición del cadáver o de las cenizas hecha por el propietario o por otro con su consentimiento⁹⁹.

Cuando la sepultura es hecha con la intención de dar al muerto una sede definitiva y está fuera del *pomerium*, ella pasa a ser un lugar religioso. En esta materia no son más aplicables las reglas comunes de la sucesión hereditaria, sino que se

⁹² Zoz, Maria Gabriela, cit. (n. 14), p. 26.

⁹³ D. 43,6,1 pr. (Ulp. 68 ed.); D.43,8,2,19 (Ulp., 68 ed.).

⁹⁴ D. 1,8,6,3 (Marcian., 3 inst.).

⁹⁵ D. 6,1,23,1 (Paul., 21 ed.).

⁹⁶ D.43,6,1 pr. (Ulp., 68 ed.)

⁹⁷ D. 43,1,2,1 (Paul., 63 ed.); D. 43,8,2,19 (Ulp., 68 ed.).

⁹⁸ Gai. 2,4.

⁹⁹ Gai. 2,6; D. 1,8,6,4 (Marcian., 3 inst.).

siguen las reglas sucesorias particulares, la *lex sepluchri* dispuesta por el fundador y a falta de ellas el derecho se transmite por vía agnaticia.

El régimen de las *res religiosas* es similar a aquel de las *res sacrae* porque ellas son *nullius in bonis* no susceptibles de ser parte del patrimonio de un privado o de negocios patrimoniales¹⁰⁰.

c) Las *res sanctae*: estas cosas son aquellas que no siendo ni *sacrae* ni *religiosae*, están excluidas de las relaciones humanas y no pueden ser impunemente violadas por el hombre; si lo hace queda expuesto a sanciones graves¹⁰¹. El elenco de las *res sanctae* comprende los muros y puertas de la ciudad y en general las fortificaciones permanentes. Ellas eran puestas bajo la protección de una divinidad con una *sanctio*.

Ya en el derecho clásico el concepto no era claro y por ello, Gayo las define como “*quodammodo divini iuris*”. Lo más probable es que Justiniano haya conservado la categoría como un homenaje a la tradición¹⁰².

V. SISTEMATIZACIÓN

Como puede apreciarse y aun cuando existe un número importante de fuentes que tratan de modo explícito la clasificación de las “*res*”, la romanística, reflejada en los autores previamente citados, es todo menos que pacífica al momento de ordenar la sistemática en torno al tema. Efectivamente, nos encontramos con diversas formas de percibir el criterio en virtud del cual se hacen las respectivas clasificaciones, falta de consenso en torno a la clasicidad de la categoría de las *res communes omnium* de Marciano y también en cuanto a la utilidad de ella en el derecho justiniano, sólo por nombrar algunas. Nos parece razonable hacer un breve repaso de lo expuesto, con la finalidad de concluir y aceptar o rechazar las sistemáticas antes expuestas:

1. En el caso de la opinión de Bonfante, ella podría ser reducida a lo siguiente:

a) Existen dos clasificaciones fundamentales: *res in commercio-res extra commercium* (inspirada en un criterio dinámico de tráfico jurídico de las cosas) y *res in nostro patrimonio-res extra nostrum patrimonium* (inspirada en un criterio estático de pertenencia actual de la cosa a una persona).

b) Sin perjuicio de que las dos clasificaciones previas, no obedecen exactamente al mismo criterio diferenciador, pueden ser asimiladas y en este contexto la *res extra nostrum patrimonium*, serían todas aquellas que no pueden estar bajo *dominium* de privados.

c) A su vez, estas *res extra nostrum patrimonium*, se subclasifican en dos categorías: *divini iuris* (*res sacrae, religiosae y sanctae*) y *humani iuris* (*res communes, publicae y universitatis*).

¹⁰⁰ D. 6,1,23,1 (Paul., 21 *ed.*); D. 11,7,6,1 (Ulp., 25 *ed.*); D. 41,2,30,1 (Paul., 15 *Sab.*); D. 43,24,13,5 (Ulp., 71 *ed.*);

¹⁰¹ D. 1,8,8 pr. (Marcian, 4 *reg.*); D. 1,8,9,3 (Ulp., 68 *ed.*).

¹⁰² Zoz, Maria Gabriela, cit. (n. 14), p. 31.

d) Las *res communes omnium*, son aquellas cuyo uso es común a todos los hombres, es decir aquellas que los juristas denominaban “*iure gentium publicae*”.

e) Gayo y todos los juristas clásicos ignoran esta categoría, la que es propia de Marciano, no en cuanto a su creación sino en lo que dice relación con su denominación: precisamente ese es el aporte de este maestro tardo-clásico, dar un nuevo nombre a las *res publicae iuris gentium*, pero no en crear una categoría que ya estaba en mente de los juristas.

f) Justiniano, recoge esta categoría, pero lo cierto es que ella sólo tiene un valor teórico y ninguna importancia práctica.

2. Para Scialoja, la cuestión es distinta:

a) La distinción básica para los romanos es entre *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*, cuyo criterio diferenciador es la pertenencia a un patrimonio privado. Con ella comienza Gayo sus explicaciones y finalmente es la recogida por Justiniano.

b) Pero luego de esta primera aproximación a la clasificación gayana, Justiniano se separa de ella, pues en sus *Institutiones* se diferencia entre *res publicae*, *res universitatis* y *res singulorum*, desapareciendo las *res divini iuris*, que quedan integradas en la categoría de *res nullius*.

c) En relación a las *res communes omnium*, este autor señala que ellas, dada su propia naturaleza no son susceptibles de relaciones jurídicas patrimoniales privadas. Esta categoría sería obra de Marciano, pero su utilidad en el derecho justinianeo está lejos de ser inexistente: muy por el contrario, se trata de cosas sustraídas de todo tipo de relación patrimonial, a diferencia de las *res publicae* que pertenecen al Estado (*populus Romanus*), cuyo uso además puede prohibirse por esta entidad.

3. Las principales conclusiones de Archi son las que pasamos a indicar:

a) La gran clasificación es aquella que distingue entre *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*. Estas últimas se dividen en *divini iuris* y *humani iuris*.

b) Pese a que Gayo y Justiniano utilizan la misma nomenclatura, el significado de las expresiones no es coincidente y por lo mismo, la labor de la romanística no puede tender a conciliar ambas clasificaciones, pues ello resulta ser imposible. En efecto, no resulta siquiera razonable intentar la concordancia de dos estratos que aun cuando utilizan las mismas palabras, quieren significar con ellas, realidades absolutamente distintas.

c) Así, en las *Institutiones* de Gayo no existe la tan pretendida clasificación de *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*. Esto es sólo un enunciado para hacer la presentación de la clasificación: *res humani iuris* y *res divini iuris*.

d) El concepto de *res publicae*, debe entenderse no como contrario a aquellas cosas que pertenecen a un privado, sino que en su real contenido dan cuenta de aquellas cosas que son comunes a una colectividad de personas (*res communis universitatis*). No se trata, entonces, de un problema de titularidad o señorío respecto de este tipo de cosas, sino de las facultades que la comunidad tiene sobre ellas.

e) A diferencia del esquema presentado más arriba, en las *Institutiones* de Justiniano, la clasificación entre *res humani iuris* y *res divini iuris* es reemplazada por la que distingue entre *res in nostro patrimonio* y *res extra nostrum patrimonium*.

f) Entonces, detrás de esta clasificación lo que se encuentra es que hay cosas que pertenecen a privados y otras que no, siendo estas últimas de dos categorías: *res nullius* o aquellas que pertenecen a todos (*res communes omnium*; *res publicae* y *res universitatis*).

4. Por último, el aporte de Zoz es el siguiente:

a) La jurisprudencia romana toma como criterio fundamental para las clasificaciones de cosas que hemos visto, la pertenencia o aptitud de la cosa para ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales.

b) La clasificación fundamental para Gayo es aquella que distingue entre *res divini iuris* y *res humani iuris*.

c) Dentro de las *res divini iuris*, están las *res sacrae*, *res religiosae* y con mayor dificultad, las *res sanctae*.

d) Por su parte las *res humani iuris* son *publicae* o *privatae*. Las primeras pertenecen a todos, entendido ello como *populus Romanus*; mientras las segundas pertenecen a los privados.

De lo analizado previamente, creemos posible establecer que el discurso de la romanística en cuanto a la clasificaciones de las cosas, se encuentra “contaminado” por dos factores que son reflejo, a su vez de un error metodológico: el intento de trasladar categorías modernas al Derecho Romano. En efecto, producto de este hecho, sea intencional o no, se pretende que la noción de Estado que tenemos en la actualidad, es la misma que tenían los romanos, lo que finalmente afecta el contenido de la expresión “*res publicae*” y, otro tanto ocurre con el caso del concepto de “cosa”, pues se le entiende genérico y no técnico. Por ello, para nosotros resulta imprescindible desprenderse de estos dos “contaminantes” para luego tener una idea cabal y correcta de la clasificación de las cosas en el Derecho Romano.

VI. AUSENCIA DE LA NOCIÓN DE ESTADO

Nuestro discurso todavía debe estar mediatizado por último factor: la noción de Estado y su influencia en el concepto de “*res publica*”. Al respecto algo nos dicen aquellos autores a los que nos referíamos en la sección anterior, particularmente Scialoja¹⁰³, quien asegura que en el periodo más remoto del Derecho Romano, esto es previo a la época imperial, el significado correcto de la expresión “*res publicae*” es “cosas del pueblo romano”, del *populus Romanus*, referido este no como un ente abstracto, sino como la comunidad entera. Otro tanto nos aporta Archi¹⁰⁴, al afirmar que los romanos entendían la “*universitas*” de *cives* como una colectividad concreta y no como una unidad abstracta, por lo que las “*res publicae*” son aquellas que pertenecen a dicha colectividad. Pero pese a estas

¹⁰³ SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), pp. 212 ss.

¹⁰⁴ ARCHI, Gian Gualberto, cit. (n.59), p. 12.

previsiones, la romanística en términos generales, suele pasar por alto este asunto, que aun cuando excede en demasía las finalidades y objetivos propios de nuestra investigación, no podemos obviar.

En orden a lo que hemos señalado coincidimos plenamente con d’Ors¹⁰⁵, en el sentido de que el *populus Romanus* se encuentra constituido por los *cives* y que su unidad sigue un criterio personal y no territorial: “[...] comprende la totalidad de los ciudadanos”¹⁰⁶, por lo que la utilización del término “Estado” resulta ser absolutamente impropia para designar la *res publica* romana¹⁰⁷. Sin embargo, debemos tener presente, tal como ha destacado Orestano¹⁰⁸, que para la mentalidad romana sólo existe algo que muy impropriamente denominaremos “personalidad jurídica”, en aquellas entidades activas en relaciones jurídicas, cuya permanencia no depende de la subsistencia de los actuales integrantes: esto se da en el caso del *populus Romanus* y dicha personalidad se materializa en la existencia de un patrimonio público, conclusión de no menor importancia para nuestros fines¹⁰⁹. Interesantísima, en este mismo sentido es la aclaración de Guzmán Brito¹¹⁰ en el sentido de que las cosas que pertenecen al *populus Romanus* se denominan “*res publicae populi Romani*”, forman el “*aerarium*” y aun cuando respecto de ellas se realizan actos propios de tráfico jurídico, estos no se encuentran sujetos al *ius*, por lo que no es posible un *iudicium privatum*, en que una de las partes sea el *populus*. Continúa nuestro autor con una descripción que para nosotros es fundamental: “Durante el principado comienza a formarse una nueva hacienda, que recibió el nombre de *fiscus Caesaris*. Su dueño no es el *populus*, pero tampoco el príncipe considerado como persona particular, sino él en cuanto tal, como si se dijera que está atribuido al cargo, de modo que a su muerte pasa no a sus herederos privados, más al nuevo príncipe [...] El *fiscus* terminó por absorber al *aerarium*”¹¹¹.

¹⁰⁵ D’ORS, Alvaro, cit. (n. 28), pp.52 ss.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁷ En el mismo sentido se manifiesta GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit. (n. 26), I, p. 422: “Como varias veces se ha indicado, el *populus Romanus* es la corporación jurídicamente capaz por antonomasia. Se entiende por tal la totalidad de los *cives Romani* y no un ente abstracto distinto de ésta, equivalente a lo que es nuestro moderno ‘estado’, que constituye una persona jurídica”. DI PIETRO, Alfredo, cit. (n. 18), p. 21, sigue la misma línea: “Lo que sí es totalmente ajeno a Roma es la noción moderna de Estado. Dicho de manera muy abreviada y simple, decir que la *res publica* romana era el Estado romano, es confundir totalmente lo conceptos, puesto que esta hablando de cosas muy diferentes y hasta opuestas”. Tal vez, si un antecedente interesante respecto de esta misma idea sobre la que venimos insistiendo la tenemos en LONGO, Giannetto, “*Utilitas publica*”, en *Labeo*, 18 (1972), pp. 7 ss.

¹⁰⁸ ORESTANO, Riccardo, *Il problema delle persone giuridiche in Diritto romano* (Torino, G. Giappichelli, 1968).

¹⁰⁹ Esta misma “personalidad jurídica” se termina por reconocer a todas las otras ciudades que tienen una organización similar a la de Roma, pues ellas cuentan con un patrimonio y actúan jurídicamente respecto de él a través de los magistrados o *actores*. Véase, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit. (n. 26), I, pp. 425 ss. Con una rica bibliografía sobre el particular, Véase, GIUFFRÈ, Vincenzo, “La “*res publica*” dei “*municipia*”, en *Labeo*, 43 (1997) 3, pp. 480 ss.

¹¹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit. (n. 26), I, pp. 422 ss.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 425.

Aun se puede distinguir una tercera figura, el *patrimonium Caesaris*, es decir, lo bienes propios del emperador, pero considerado como una persona privada, que están sujetos al régimen jurídico de cualquier otro particular, incluso desde el punto de vista sucesorio¹¹².

La idea de “Estado”, por lo menos en el sentido moderno de la expresión, tal como hemos tenido oportunidad de reseñar, es ajena a la mentalidad romana y ello trae necesarias consecuencias en el régimen de las cosas que tienen el carácter de públicas, tal como lo ha destacado muy apropiadamente Di Pietro¹¹³, al que seguimos de aquí y en más: en la Roma antigua el *populus* estaba compuesto por aquellos que se juntaban para decidir lo que “concernía a todos”. Y aquí se encuentra el punto esencial de la discusión, pues si nosotros hacemos el ejercicio de modificar el concepto hacia la dirección indicada, incluso aquella definición de Ulpiano contenido en D. 1,1,1,2 (Ulp., 1 *inst.*) y referido al *ius publicum*¹¹⁴, cobra un sentido muy diferente: no se trata de buscar una vinculación con el “Estado romano”, por lo demás inexistente, sino de concebir un nexo con un elemento distinto: “*Ius publicum* es aquello que se refiere a la situación (*status*) de las cosas que conciernen a todos”¹¹⁵.

Entonces, continua Di Pietro, podemos dar un nuevo sentido también a la expresión “*res publicae*”, que refleje fielmente el significado que para los romanos tenía: “Las vías, los caminos, los puentes, el Foro, el Circo, las fuentes, los ríos, sus riberas [...] todas ellas eran *res publicae*, en tanto y en cuanto que afectaban al *populus* mismo [...] a los ciudadanos mismos. Son por tanto las ‘cosas de nosotros’, y es por ello que cualquiera podía utilizarlas, siempre y cuando no se afectara el uso común[...] Es muy destacable cómo los juristas romanos, se preocuparon por armonizar la propiedad privada, las *res publicae* y el uso que cualquier ciudadano podía hacer de ellas. A éstas habría que agregar, por un cierto carácter análogo, aquellas otras cosas que resultan comunes para todos, por un principio de *ius naturale*, como lo afirman los bizantinos: *res quae naturali iure communia sunt* (Inst. 2,1,pr.-1), tales como el aire, el agua (*aqua profluens*) y el mar, como el uso de sus riberas (fundamentadas en el *ius gentium*; Inst. 2,1,5)”¹¹⁶.

Esta es la razón por la que resulta tan impropio, como hemos reiterado ya en variadas ocasiones, el tratar de traducir “*res publicae*” de una forma literal, sin tomar en consideración lo que hemos señalado en cuanto a la búsqueda del real significado de la expresión. Termina Di Pietro con una aseveración que no hace más que validar lo que ya anotado: “Piénsese la distancia jurídica que existe

¹¹² Sustancialmente, la misma descripción realiza D’ORS. Véase, D’ORS, Alvaro, cit. (n. 28), p. 572: “La caja pública es el *aerarium*. En la época imperial, el Príncipe tiene distintas cajas (*fisci*), que tienden a concretarse en dos fondos separados: i) el del patrimonio familiar del Emperador (*patrimonium*), que actúa con propia personalidad jurídica en las relaciones privadas, y ii) la caja propiamente imperial (llamada paradójicamente *res privata*), que sigue un régimen de carácter más público que jurídico-privado, y fue absorbida por el *aerarium*. *Fiscus* se dice, en época imperial, de este fondo público”.

¹¹³ DI PIETRO, Alfredo, cit. (n. 18), pp. 22 ss.

¹¹⁴ “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanum spectat*”.

¹¹⁵ DI PIETRO, Alfredo, cit. (n. 18), p. 22, hace una traducción parcialmente semejante..

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

entre decir que estas *res* eran del *populus*, es decir, de todos ‘nosotros’ en cuanto integrantes de la *civitas* (o de todo el género humano, para las ‘cosas comunes’) y lo que establecerá más tarde el derecho modernista, al prescribir que los romanos llamaban *res publicae*, son en cambio ‘bienes públicos del Estado [...]’¹¹⁷.

VII. CLASIFICACIÓN DE LAS “RES”. UNA (RE)VISIÓN CRÍTICA

Una vez despejados estos factores “contaminantes” a los que nos referimos en los apartados anteriores, corresponde plantear una clasificación de las *res* que sea acorde ello. Para estos efectos fijaremos ciertas premisas iniciales:

a) La distinción básica de las cosas, *summa rerum divisio*, que se encuentra en Gayo está fundada en la aptitud de las mismas para ser objeto de las relaciones jurídicas patrimoniales¹¹⁸. La idea aparece en D. 1,8,1 pr. (Gai., 2 *inst.*); Gai. 2,1-4; Gai. 2,8; y es del todo concordante con la noción técnica de *res* a la que hemos adherido.

b) La clasificación posterior, permite diferenciar entre *res divini iuris* y *res humani iuris* y a su vez, estas últimas en *res publicae* y *res privatae*. Ahora bien, esta misma calificación la podemos encontrar subyacente en pasajes de Ulpiano y Paulo, los que a propósito de los interdictos, utilizan la misma matriz¹¹⁹.

c) En el caso de Marciano y el texto tomado de sus *Institutiones* e incorporado en el Digesto (D. 1,8,2 pr.-1), se enuncia una nueva sistemática: no son mencionadas las *res publicae* y se agregan las *res communes omnium*, cuyo elenco aparece también incluido en dicho texto (aire, *aqua profluens*, mar y sus costas).

d) Todavía una clasificación diferente encontramos en las *Institutiones* de Justiniano, pues dentro de las cosas *extra patrimonium* se encuentran las *res publicae*, las *res universitatis*, las *res communes omnium* y, finalmente las *res nullius*.

Nótese como, salvo el texto de Marciano, la presencia de la categoría de *res publicae* resulta central y para Gayo, particularmente decidora pues la contrapone con la de *res privatae*. Por su parte en las *Institutiones* de Justiniano, se las incorpora dentro de aquellas calificadas como *extra patrimonium* y acompañadas por las *res universitatis*, las *res communis omnium* y las *res nullius*. Debemos, entonces tratar de explicar estas oscilaciones y de ver la posibilidad de coordinar estas tan distintas formas de clasificar.

Para lo efectos antes enunciados, conviene ahondar en las ideas expuestas previamente, pero ahora desde una óptica que permite reflejar nuestro pensamiento: las fuentes indican como *res publicae* aquellas cosas que tienen una íntima vincula-

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ No hay una interpretación única respecto del pasaje de Gayo en cuestión: algunos [SEGRE, Gino, cit. (n. 64), pp. 20 ss.; SCIALOJA, Vittorio, cit. (n. 12), pp. 123 ss.; GROSSO, Giuseppe, cit. (n. 11) p. 44] señalan que la distinción que hace indica la pertenencia actual y concreta al patrimonio de cualquiera; otros en cambio señalan que ella indica la posibilidad o actitud para formar parte de un patrimonio, independientemente de si integran uno en la actualidad [BONFANTE, Pietro, cit. (n. 12), pp. 10 ss.] o importando cual de las dos tesis expuestas, sea finalmente aceptada, lo cierto es que ambas reconducen a la idea de “cosas que pueden pertenecer a alguien”, es decir, que son reivindicables.

¹¹⁹ D. 43,1,1 pr. (Ulp., 67 *ed.*); D. 43,1,2,1 (Paul., 63 *ed.*).

ción con el *populus Romanus* (que por cierto son las que más propiamente reciben esta denominación)¹²⁰; las *res communes omnium*; y las cosas privadas que están sujetas al uso público¹²¹. La cuestión no es menor, porque los términos “*publicus*” y “*communis*” son usados indistintamente por los juristas de la época clásica, lo que lleva a ser cuidadosos al momento de interpretar los textos, evitando las simples traducciones literales y caminando más bien por el sendero de indagar respecto del verdadero significado en cada fragmento en particular¹²².

Debemos agregar que en la época imperial conjuntamente con el *aerarium populi romani*, se instituye el *fiscus* que absorbe lentamente los bienes provenientes del primero¹²³; esto trae como consecuencia que las *res in patrimonio populi* ingresen a la esfera del fisco y se conviertan en *res in patrimonio fisci*, distinta de las *res in usu publico*¹²⁴. Sólo las primeras son objeto de disfrute y cambio¹²⁵, y pueden pasar al patrimonio de los privados.

Por lo tanto, etimológicamente *res publicae* no significa otra cosa que *res populi*, de las fuentes se evidencia que ese término es usado sea para los bienes abiertos al uso público, sea para los bienes *in pecunia populi* o *in patrimonio fisci*¹²⁶ que dan algún rédito (como la tierra, los esclavos públicos y el dinero). Ahora, sólo los primeros son verdaderamente *extra patrimonium* y *extra commercium*, mientras los segundos son *in patrimonio* o *in commercio*¹²⁷.

Las *res publicae*¹²⁸ no están todas sujetas a un mismo régimen jurídico y al interior de la categoría podríamos individualizar las *res publicae* en sentido estricto como aquellas que están vinculadas como “concernientes” al *populus Romano* y de ellas pueda hacer uso, por regla general, cualquier ciudadano¹²⁹. La razón del por qué estas cosas están excluidas del dominio privado, se encuentra en la

¹²⁰ Este mismo nombre, se da por extensión a aquellas cosas que mantienen la misma relación con los municipios o las colonias.

¹²¹ ZOZ, Maria Gabriela, cit. (n. 14), p. 66.

¹²² Incluso se debe tomar en cuenta también, el hecho de que el periodo republicano y hasta inicios del Principado, no existe una gran diferenciación entre las *res usu publico destinate* y aquellas *in patrimonio* o *in pecunia populi*.

¹²³ DE MARTINO, Francesco, *Storia della costituzione romana* (Napoli, Eugenio Jovene, 1972-1990), IV, pp. 803 ss.; VASALLI, Filippo, *Concetto e natura del fisco*, en *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), III, pp. 58 ss.; JONES, A.H.M., *The “aerarium” and the “fiscus”*, en *Studies in Roman Government and Law* (Oxford, 1968), pp. 106 ss.

¹²⁴ VASALLI, Filippo, *Sul rapporto tra le “res publicae” e le “res fiscales” in Diritto romano*, en *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), II, pp. 5 ss.

¹²⁵ D. 18,1,6 pr. (Pomp., 9 Sab.).

¹²⁶ D. 43,8,2,4 (Ulp., 68 ed.).

¹²⁷ ZOZ, Maria Gabriela, cit. (n. 14), p. 68.

¹²⁸ Casi imperceptible para la romanística ha sido el hecho, como ha demostrado SARGENTI Manlio, *Le “res” nel Diritto del tardo impero*, en *Labeo*, 40 (1994), pp. 309 ss., que la sistematización de las cosas durante el siglo IV y V de nuestra era, a nivel de constituciones imperiales, no recoja ninguno de los criterios aceptados en el periodo clásico. En efecto salvo la excepción de las *res publicae*, no existen muestras de recepción de las clasificaciones que hemos venido anunciando.

¹²⁹ D. 43,7,1 (Pomp., 30 Sab.); D. 43,8,2,22 (Ulp., 68 ed.). Nos referimos aquí a la situación habida en el periodo clásico.

falta de idoneidad para el mismo o en un específico acto que trae aparejada esta consecuencia: *publicatio*.

A la categoría de las *res publicae* en sentido estricto pertenecen los puertos¹³⁰, a los que algunos juristas agregan las costas¹³¹ y los ríos perennes¹³². Estas cosas son utilizadas por los privados *iure civitatis*¹³³. Se entiende claramente que estén sustraídas de la apropiabilidad de los privados, a fin de asegurar la especial destinación de uso y goce a favor de la colectividad organizada por los ciudadanos. Sólo en cuanto ellos participan de aquella sociedad política pueden utilizar las *res publicae* y de usar los remedios de defensa del interés sobre la *res* misma, remedios fundados sobre el *imperium* del magistrado (*interdicta*)¹³⁴.

Ahora bien, hay un segundo tipo de cosa, que de alguna manera puede confundirse con la categoría recién enunciada: se trata de aquellas que *naturalis ratio* son comunes a todos: las *res communis omnium*. Son cosas que no requieren la inclusión en el *populus* para usar de las mismas y como consecuencia de ello no es posible siquiera regular o prohibir dicho uso¹³⁵.

Todavía más, tenemos una tercera clase, las *res universitatis*, categoría construida por la jurisprudencia para indicar las cosas pertenecientes a los entes locales. El mismo Gayo¹³⁶, divide las *res humani iuris*, en *res publicae* y las *res privatae*, diciendo de las primeras: “*nullius videtur in bonis esse*”, pero “*ipsius universitatis esse creduntur*”, que equivale a decir que no pertenecen al patrimonio de ninguno, dado que se consideran “universales”. Por su parte Marciano¹³⁷, contrapone a las *res singulorum* la *res communes omnium* y la *res universitatis*, las que tal como se desprende de D. 1,8,6,1 (Marcian., 3 *inst.*), son las *res civitatis* o *civitatum*, según el sentido normal y corriente del término *universitas*. Si tomamos todo este complejo y revisamos la teoría presentada por este maestro tardo-clásico debemos dejar por sentado que él conocía las *res communes*, lo mismo que las *res universitatis* y lo más probable entonces, es que no haya podido ignorar la categoría de la *res publicae*, entendiéndola como diversa de aquella representada por la de *res communes omnium*. No es descartable entonces, que el fragmento D. 1,8,2 (Marcian., 3 *inst.*) haya sufrido una manipulación, consistente en la supresión de la referencia a las *res publicae*, pero cuyo origen debemos fijar más en un descuido de un copista que en la voluntad de los compiladores.

Precisamente aquí podemos conectar con las *Institutiones* de Justiniano¹³⁸, las que además de las *res communes*, incluye en el elenco respectivo a las *res publicae* y la *res universitatis*.

¹³⁰ D. 1,8,2,1 (Marcian. 3 *inst.*); D. 1,8,4,1 (Marcian., 3 *inst.*); D. 50,16,17 (Ulp., 10 *ed.*); D. 50,16,59 (Ulp., 68 *ed.*); Inst. 2,1,2.

¹³¹ D. 43,8,3 pr. (Cel., 39 *dig.*).

¹³² D. 1,8,4,1 (Marcian., 3 *inst.*); D. 43,12,1,3 (Ulp., 68 *ed.*); Inst. 2,1,2.

¹³³ D. 43,8,2,2 ((Ulp., 68 *ed.*).

¹³⁴ Evidentemente, no podría plantearse la posibilidad del ejercicio de la reivindicatio, pues sería demandarse uno mismo.

¹³⁵ D. 1,8,2 pr.-1 (Marcian., 3 *inst.*); Inst. 2,1,1.

¹³⁶ Gai. 2,10-11.

¹³⁷ D. 1,8,2 (Marcian., 3 *inst.*).

¹³⁸ Inst. 2,1.

Una última cosa: creemos que se encuentra suficientemente demostrado a propósito de una serie de fragmentos¹³⁹ que en el pensamiento de algunos juristas de la época clásica se encontraba la noción de aquella categoría que Marciano¹⁴⁰ finalmente terminará por denominar *res communes omnium*: en efecto, respecto del mar y sus costas, estos eran definidos como *res publicae*, pero con la adición de que su uso era reconocido como común a todos los hombres y que por ello se encuentran dentro de la categoría de los *res publicae iuris gentium*. Es decir, que hacia la época de Marciano en la jurisprudencia debió haber existido, desde hacía algún tiempo la contraposición entre este tipo de cosas y las *res publicae*, pues parece convincente la opinión de Zoz¹⁴¹, en el sentido de que de otra forma no hubiere sido necesario delinear la naturaleza pública de los puertos, pues si el mar tenía dicha naturaleza se le hubiere aplicado por extensión la categoría de *res communes omnium*. Así, el fundamento de la publicidad de las *res publicae iuris gentium* debe buscarse en la configuración natural y en la relación socio económica, mientras que para las *res publicae* es dado por un título particular de destinación o la finalidad para la que sirven.

Para resumir lo dicho podemos afirmar conjuntamente con Guzmán Brito¹⁴², que “[...] la distinción *in patrimonio-extra patrimonium* no es propiamente una distinción o clasificación de las cosas, sino la expresión de un criterio aproximativo para introducir la verdadera división en cosas de derecho divino, que no están en un patrimonio, y de derecho humano, que sí lo están, o que lo están ‘en la mayoría de los casos’ (*plerumque*), como párrafos más adelante Gayo (2,9) se ve obligado a reconocer”¹⁴³.

En las sucesivas clasificaciones, el hilo conductor de las mismas nos lleva a determinar que el criterio en el que se sustentan es el de la pertenencia, lo que en el Derecho Romano equivale a decir la posibilidad de que la cosa sea reivindicada. Entonces, si miramos la problemática desde aquella perspectiva podemos simplificar el asunto en los siguientes términos:

a) Hay cosas que pertenecen a privados (reivindicables).

b) Hay cosas que no pertenecen a privados (no reivindicables): en este grupo encontramos las *res nullius* (que eventualmente pueden llegar a pertenecer a un privado) y aquellas que conciernen a todos (las que están integradas por las *res publicae*, las *res universitatis* y a las que Marciano agrega las *res communes omnium*).

[Recibido el 25 de mayo y aprobado el 30 de julio de 2010].

¹³⁹ D. 1,8,5 pr.-1 (Gai., 5 *rer. cott.*); D. 8,4,13 pr. (Ulp., 6 *opin.*); D. 18,1,51 (Paul., 21 *ed.*); D. 39,2,24 pr. (Ulp., 81 *ed.*); D. 41,1,14 (Nerat., 5 *membr.*); D. 41,3,45 pr. (Pap., 10 *resp.*); D. 43,8,4 (Scaev., 5 *resp.*); D. 43,8,3,1 (Cel., 39 *dig.*).

¹⁴⁰ Nos referimos específicamente a este tema en la sección siguiente.

¹⁴¹ Zoz, María Gabriela, cit. (n. 14), p. 79.

¹⁴² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit. (n. 26), I, pp. 432 ss.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 432.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto romano* (14ª edición, Napoli, Jovene, 1994).
- ARCHI, Gian Gualberto, *La “summa divisio rerum” in Gaio e in Giustiniano*, en *SDHI.*, 3 (1937).
- BIONDI, Biondo, *Condizione giuridica del mare e del “litus maris”*, en *Studi in onore di Silvio Perozz: nel XL anno del suo insegnamento* (Palermo, Castiglia, 1925).
- BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano, II: La proprietà* (Milano, Giuffrè, 1966).
- BRASIELLO, Ugo, *Corso di Diritto romano; la estensione e le limitazioni della proprietà* (Milano, Giuffrè, 1941).
- BRASIELLO, Ugo, *La proprietà nella sua estensione* (Milano, Giuffrè, 1941).
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, v. “Proprietà” (Dir. rom.), en *ED.*, 37.
- D’ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*¹⁰ (Pamplona, EUNSA, 2004).
- DE MARTINO, Francesco, *Storia della costituzione romana* (Napoli, Eugenio Jovene, 1972-1990), IV.
- DI PIETRO, Alfredo, “*Res publicae*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 18 (1996).
- FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette* (Milano, Società Editrice Libreria, 1953).
- GIUFFRÈ, Vincenzo, “La “*res publica*” dei “*municipia*””, en *Labeo*, 43 (1997) 3.
- GROSSO, Giuseppe, *Corso di Diritto romano. Le cose* (Torino, Giappichelli, 1941).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996), I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995).
- JONES, A.H.M., *The “aerarium” and the “fiscus”*, en *Studies in Roman Government and Law* (Oxford, 1968).
- LONGO, Carlo, *Corso di Diritto romano: le cose, la proprietà e suoi modi di acquisto* (Milano, Giuffrè, 1946).
- MELILLO, Generoso, *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico económico dei giuristi romani* (Napoli, Liguori Editore, 1978).
- ORESTANO, Riccardo, *Il problema delle persone giuridiche in Diritto romano* (Torino, G. Giappichelli, 1968).
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto romano* (Firenze, Barbera, 1906-1908).
- ROZAS VIAL, Fernando, *Los bienes* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- SAMPER POLO, Francisco, *Derecho romano* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003).
- SARGENTI Manlio, *Le “res” nel Diritto del tardo impero*, en *Labeo*, 40 (1994).
- SCHERILLO, Gaetano, *Lezioni di Diritto romano. Le cose. Parte Prima. Concetto di cosa. Cose extra patrimonium* (Milano, Giuffrè, 1945).
- SCIALOJA, Vittorio, *Teoria della proprietà nel Diritto romano* (Roma, Edit. Pietro Bonfante, 1928).
- SEGRÈ, Gino, *Corso di Diritto romano. Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali* (Torino, G. Giappichelli, 1930)...

- SERNA VALLEJO, Margarita, *Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*, en *AHDE.*, 75 (2005).
- VASALLI, Filippo, *Concetto e natura del fisco*, en *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), III.
- VASALLI, Filippo, *Premesse storiche alla nuova legge sulle acque pubbliche*, en *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), II.
- VASALLI, Filippo, *Sul rapporto tra le "res publicae" e le "res fiscales" in Diritto romano*, en *Studi giuridici* (Milano, Giuffrè, 1960), II.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *La teoría del dominio público: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho Público*, 114 (Santiago, 1989).
- ZOZ, Maria Gabriela, *Riflessioni in tema di res publicae* (Torino, Giappichelli, 1999).