

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Consideraciones generales sobre la tutela de las res publicae y de sus usos en la experiencia romana

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/125613> since

Publisher:

Dykinson

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
GABRIEL GEREZ KRAEMER
BELÉN MALAVE OSUNA

(co-editores)

HACIA UN DERECHO
ADMINISTRATIVO
Y FISCAL ROMANO

DYKINSON

Reservados todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Colección "Monografías de Derecho Romano"

Dirección del Prof. Dr. D. Antonio Fernández De Buján

© Antonio Fernández de Buján, Gabriel Gerez Kraemer y Belén Malave Osuna (co-editores)
Madrid 2011

© Los autores

Editorial Dykinson, S. L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. (+34) 915 44 28 46 - (+34) 915 44 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>
<http://www.dykinson.es>
Consejo editorial: véase www.dykinson.com/quienessomos

I.S.B.N.: 978-84-9082-188-7
Depósito Legal: SE-3315-2011

Preimpresión:
SAFEKAT, S. L.
Belmonte de Tajo, 55 - 3.ª A - 28019 Madrid
www.safekat.com

Impresión:
PUBLIDISA, S. A.

«CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA TUTELA DE LAS RES PUBLICAE Y DE SUS USOS EN LA EXPERIENCIA ROMANA»

ANDREA TRISCUOGLIO
(Universidad de Turín)

Ante todo quisiera mostrar mi agradecimiento al profesor Antonio Fernández de Buján por haberme ofrecido la oportunidad de examinar con atención un tema que estoy estudiando con sumo interés desde hace unos años mientras preparo mis clases del curso de historia del derecho público romano; quiero también dar las gracias al profesor Gabriel Gerez Kraemer, por su valiosa asistencia en la redacción de este texto.

Una parte de dicho curso está dedicada a algunos temas típicos del derecho administrativo romano, entre los que destacan los medios de defensa de las cosas públicas y los medios de defensa del uso colectivo de las *res in publico usu* (fundamentalmente lugares). Su finalidad principal consiste en mostrar a los estudiantes que el derecho administrativo ciertamente no nace en el siglo diecinueve, sino que sus raíces se remontan a una época muy anterior¹. Bien presente lo tenían los jueces italianos, en los años sesenta del siglo pasado, cuando todavía gozaban de una preparación histórica muy superior a la actual: así, cuando discutían del problema del funcionamiento de hecho, no olvidaban mencionar en la motivación de sus sentencias el famoso caso de *Barbarius Philippus* resuelto tutelando la confianza despertada en los ciudadanos². Me parece oportuno que, por lo

¹ Lo cual reconocen ahora también los administrativistas italianos que prestan más atención en el desarrollo histórico de las instituciones: cfr. Tucci, M., *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, Milano 2008, 1 ss., 401.

² Cfr. C. Cass. it. 12 dicembre 1967, n. 2929, en *Il foro amministrativo e delle acque pubbliche* 43 (1968), I, 1, 228: «...ma tale assunto è contrario a principi fondamentali, e potrebbe dire scolastici, di diritto amministrativo...per cui anche l'attività del funzionario di fatto che si sia trovato irregolarmente preposto all'organo od all'ente pubblico, che sarebbe restato altrimenti vacante od acefalo, può essere considerata valida per quelle

menos en las aulas universitarias, la herencia que hemos recibido de Roma también en este ámbito sea siempre recordada.

Adentrándonos ya en el tema de la conferencia, desearía subrayar, ante todo, que en la experiencia romana la defensa de las cosas públicas y de los usos públicos de las mismas no se confía únicamente a la iniciativa pública, como sucede hoy en Italia, en la mayoría de los casos³, a través del ejercicio de la autotutela de la administración pública, de los medios ordinarios típicos del proceso civil (por ejemplo, el juicio posesorio)⁴, o de la iniciativa de un acusador público en un proceso penal⁵. Al contrario, en el ordenamiento romano se otorga más frecuentemente al sujeto perjudicado en el uso de las *res publicae* la facultad de actuar autónomamente mediante diversos instrumentos, tutelando también la utilidad general; a tal fin podían promoverse procedimientos entre particulares, y no sólo entre la administración pública y el particular-ofensor.

He llegado al convencimiento de que tanto estos últimos medios —que podríamos calificar de «privatísticos»— como aquellos de carácter administrativo, y la ideología que trasluce, pueden ilustrarse mejor a partir de los intereses concretos que atañen a la administración pública o al ciudadano romano, sobre todo en la época clásica. Si prestamos atención en particular al ciudadano romano *uti singulis*, observaremos que éste podía estar interesado en inhibir o paralizar ciertos comportamientos de los otros incompatibles con el uso del lugar público, suyo propio o colectivo. Podía tener interés, así mismo, en devolver los lugares públicos a su situación inicial, para permitir así su correcto uso, para él mismo y para la colectividad. Por fin, en aquellos casos en los que las posibles prohibi-

esigenze di pubblico interesse che furono riconosciute preminenti in materia sino dall'epoca del caso famoso dello schiavo Barbarius Philippus menzionato dalle Fonti romane (D. 1, 14, 3). Sobre el caso de *Barbarius Philippus* vid. recientemente, entre los administrativos, Cavallo, B., *Profilo storico di una metodica organizzazione*, en *Il funzionario di fatto* (a cura di B. Cavallo), Giuffrè, Milano 2005, 1 s.; respecto a la literatura romanística cfr. la nota bibliográfica de Cesari, L., *La nozione di funzionario di fatto: presupposti e limiti*, *Ibid.*, 38 s.; *adde* Navarra, M., *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Giappichelli, Torino 2002, 141 ss.; Rampazzo, N., *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Satura Editrice, Napoli 2008, 357 ss.

³ Cfr. recientemente Centofanti, N., *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Giuffrè, Milano 2007, 367 ss., 468 s.; sin embargo, se reconoce también un mínimo espacio para iniciativas de los particulares (por ejemplo, los concesionarios) en el campo de la tutela posesoria: cfr. Cod. civ. it., artículo 1145; *Id.*, *op. cit.*, 418 s.

⁴ Cfr. Cod. civ. it., artículo 823, 2°; Casetta, E., *Compendio di diritto amministrativo* 9.ª ed., Giuffrè, Milano 2009, 111.

⁵ Puesto en marcha, por ejemplo, para sancionar una invasión de lugares públicos: cfr. Cod. pen. it., artículo 653.

ciones u órdenes de hacer del magistrado fuesen inútiles para él, su interés podía consistir en el resarcimiento de los daños (utilizo el término «resarcimiento» en sentido amplio, incluyendo también elementos de penalidad). Estas eran las tres formas previstas de tutela «privatística» de los usos colectivos: la inhibitoria, la restitutoria y la resarcitoria. Creo que este triple esquema expositivo puede ser adecuadamente empleado también para ilustrar los medios de defensa de carácter administrativo.

Trataré además de poner en evidencia, allí donde las fuentes lo permitan, la presencia de distintas reglas, respecto de una misma institución, en los ámbitos publicístico y privatístico. En tal caso, estaríamos autorizados para plantear la existencia de un sector normativo especial que los romanistas tendríamos que reconstruir, y que podríamos llamar «derecho administrativo romano»⁶. Se trata de una especialidad que puede justificarse atendiendo a la prevalencia del interés público sobre el privado. Añado rápidamente que la misma especialidad se puede constatar en otros campos, como por ejemplo en el contexto del contrato de mutuo (cuyo régimen difiere también, según nos hallemos en el ámbito público o privado).

1. Tutela inhibitoria

Entre los remedios de carácter inhibitorio, que persiguen impedir la persistencia de actividades perjudiciales para el uso colectivo de un lugar público, destaca en primer lugar la *operis novi nuntiatio iuris publici tenendi gratia*, así como la importante distinción labeoniana suscrita por Ulpiano, que nos ha llegado a través del Digesto de Justiniano⁷. El problema jurídi-

⁶ Sobre el problema de la existencia de un derecho administrativo romano vid., entre las contribuciones más recientes, Bove, L., *Le leges libthinariae e gli appalti pubblici*, en *Libthina e dintorni. Libthina e i laci sepolcrali. Le leges libthinariae campanae. Iura sepolcromni: vecchie e nuove iscrizioni* [Atti dell'XI Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie], Edizioni Quasar, Roma 2004, 109 (a propósito de la famosa opinión de F. Schulz sobre la falta de un tratado de derecho administrativo romano); Pergami, F., *Il controllo di legittimità degli atti amministrativi nel diritto romano della tarda antichità*, en *Atti Accademia Romanistica Costantiniana* (XV Conv. Internaz.), ESI, Napoli 2005, 417 ss.; Fernández de Buján, A., *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y Arbitraje* 10.ª ed., Thomson-Civitas, 2007, 237 ss.; Crió, G., *Il compito del romanista*, en *Ridom* 2008 [www.ridom.uclm.es], en particular 25 ss. Cfr. también las conferencias de Fernández de Buján, A. y de Blanch Nougues, JM. presentes en estas actas.

⁷ D.2.14.7.14 (Ulp. 4 ad ed.): «Si paciscas, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pacionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur. Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiaris operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. Et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam lesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et

co, reducido a lo esencial, es el siguiente: se inicia una edificación aparentemente ilícita, frente a la cual el legitimado interpone la *manutio operis novi* con objeto de impedir temporalmente que aquella prosiga. Es válido el posterior pacto, conforme al cual el autor de la *manutio* se compromete a no proseguir el procedimiento puesto en marcha con la *manutio*? Inter viene aquí la distinción introducida por Labeón: si la *manutio* se hizo para defender una cosa privada (pensemos en el supuesto de un propietario de una casa privada titular de un *ius altius non tollendi* frente a su vecino que empieza a sobreeificar), entonces el interesado es libre de pactar la renuncia a su iniciativa; si, al contrario, la intimación se hizo (por el *quisvis de populo*) para defender un interés colectivo («*de re publica*»), entonces para Labeón la solución es diferente: el pacto de renuncia es inválido. El procedimiento iniciado con la *manutio* debe proseguir, no puede ser interrumpido. ¿Por qué Labeón opinó así? Cabe pensar que la razón sea la siguiente: cuando el *quisvis de populo* actúa *de re publica*, planteando la legitimidad de una construcción sobre suelo público (pensemos en una obra que impide su paso y el de los demás particulares por la vía pública), no protege sólo su propio interés sino también el de la colectividad. En ese momento, está defendiendo una *utilitas publica* que no puede ser sacrificada con un posterior pacto de renuncia. Dicho de otro modo: al actuar en interés de la colectividad, se convierte en su representante y el procedimiento ya no queda a su disposición. Nos encontramos, entonces, ante un régimen característico, cuya especialidad — frente al *ius privatum* — es consecuencia de la preeminencia del interés público.

La intimación de una nueva obra empezada sobre el suelo público no era, por otro lado, el único remedio de carácter inhibitorio. También lo era el interdicto, popular⁸, «*Ne quid in loco publico fiat*», prometido por el pretor, como nos recuerda Ulpiano en su comentario *ad edictum*⁹. Aquí a quien se impedía el uso de un lugar público como consecuencia de acciones o inmisiones realizadas por otros sin poder para ello, podía dirigirse al pretor para que ordenase el cese de esas actividades perjudiciales. En el párrafo dos del texto, Ulpiano subraya que este es un remedio beneficioso no sólo para el demandante, sino también para la comunidad.

de furto patrisci lex permittit; vid. el comentario de Santucci, G., *Operis novi manutio iuris publici tenendi gratia*, CEDAM, Padova 2001, *praecipue* 145 ss.

⁸ Vid., al respecto, Di Porto, A., *Interdicti popolari e tutela delle «res in usu publico»*. *Linee di una indagini*, en *Diritto e processo nella esperienza romana* (Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera), Jovene, Napoli 1994, 507 ss.

⁹ D. 43.2-pr-2 (Ulp. 68 ad ed.): «*Praetor ait: "Ne quid in loco publico factas sine aui locum imittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterequam quod lege senatus consulto edicto decretone praeceptum tibi concessum est, de eo, quod factum erit, interdictum non dabo"*. *Hoc interdictum prohibitorium est. Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospectatur*».

2. Tutela restitutoria

En el campo de la tutela restitutoria — aquella que persigue restablecer los lugares a su estado original — operan, como sabemos, algunos interdictos específicos otorgados a los particulares y diferentes según los bienes públicos (ríos, cloacas, calles) afectados por la actividad lesiva del uso colectivo. Estos interdictos han sido estudiado en profundidad recientemente por la romanística española e italiana¹⁰. No tiene sentido, por lo tanto, detenerse en ellos en esta sede.

Prefiero volver la mirada a un interdicto que me parece menos estudiado en relación con sus aplicaciones en el ámbito publicístico¹¹: me refiero al *interdictum quod vi aut clam*, indudablemente restitutorio. Este puede ser otorgado, según la opinión de Casio, en un supuesto muy especial ilustrado en D. 43.24.11.1¹²: una estatua, situada en un lugar público municipal (y de propiedad pública), es retirada, desobediendo una prohibición (vi) o clandestinamente (*clam*). Casio piensa que el honrado, es decir el representado por la estatua, puede promover el interdicto *quod vi aut clam*, para devolver las cosas a su estado anterior, recorriendo la estatua en su lugar original. Este caso es muy interesante porque evidencia que en la experiencia romana la legitimación procesal también puede ser reconocida a favor de quien tenga un interés exclusivamente moral y no patrimonial respecto a la *res* (en el caso examinado la estatua pertenece a los *municipes*)¹³.

En relación con los remedios restitutorios de carácter administrativo, conviene detenerse sobre la *vindictio in publicum*, remedio utilizado frente a usurpaciones de lugares públicos por los particulares, como es bien

¹⁰ Me refiero especialmente a los trabajos de: Alburquerque, J. M., *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, Dykinson, Madrid 2002; Gerez Kraemer, G., *La protección interdictal del dominio público hidráulico. Una primera aproximación*, en IUSTEL, *Revista General de Derecho Romano* 7 (diciembre 2006); Di Porto, A., *op. cit.*; Id., *La tutela della «salubritas» fra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, Giuffrè, Milano 1990, 118 ss.; Zoz, M. G., *Riflessioni in tema di res publicae*, Giappichelli, Torino 1999; Fiorentini, M., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Giuffrè, Milano 2003.

¹¹ Hecha excepción de Musumeci, F., «*Statuae in publico positae*», en SDHI. 44 (1978), 191 ss.; Fagnoli, I., *Studi sulla legittimazione attiva all'interdicto quod vi aut clam*, Giuffrè, Milano 1998, 89 ss.; Alburquerque, J. M., *op. cit.*, 177 s.

¹² D. 43.24.11.1 (Ulp. 71 ad ed.): «*Quaestum est, si statuam in municipio ex loco publico quis sustulerit vel vi vel clam, an hoc interdicto teneatur. Et exstat Cassii sententiam, cuius statuta in loco publico in municipio posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia interfuerit eius eam non tolli: municipes autem etiam furti acturos, quia res eorum sit quasi publicata: si tamen deciderit, ipsi eam detrahunt: et haec sententia vera est*».

¹³ Sobre este punto cfr. Musumeci, F., *op. cit.*, 192 s.

sabido. Los romanistas constantemente ponen en evidencia que de él poco conocemos¹⁴. Es muy probable que en la época republicana el procedimiento fuese el mismo que se utilizaba en las reivindicaciones privadas *per legis actiones*. El actor era un *quiritis de populo*¹⁵. De un fragmento de la oración «*de aqua*» de Catón (Festus, v. *vindictiae*, l. 516) se deduce que el pretor solucionaba el problema de la posesión interina a favor del pueblo. Sin embargo, hoy parece comprobado que la reivindicación pública, en época clásica, consistía en un procedimiento de carácter administrativo. No obstante, pienso que sería muy importante coordinar la numerosas fuentes relevantes en la materia, literarias (en particular las de los gramáticos) y epigráficas¹⁶, y reflexionar sobre ellas; esto sería útil sobre todo para poner en evidencia los rasgos diferenciadores entre la reclamación pública y la privada.

Por otro lado, no cabe dudar de que, siempre en la época clásica, frente a las usurpaciones de los particulares, la reivindicación no era el recurso obligado para los administradores públicos, sino que disponían de un amplio margen de discrecionalidad, como se puede ver en D.50.10.5.17. Frente a una ocupación privada abusiva de lugares o edificios públicos, no operaba necesariamente la *vindictio in publicum*. El administrador podía considerar más útil para la colectividad imponer al usurpador el pago de un canon. Ese resultado «pecuniario» del procedimiento, que se encontraba también en las reivindicaciones privadas (el demandado, lo sabemos podía preferir el pago de la *astimatio rei* hecha por el demandante a la *restitutio*), adquiere en las reivindicaciones públicas la forma de una *impositio vectigalis*. Por otro lado, los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero, en un rescripto citado en D.50.8.11.2¹⁸, no se olvidaron de subrayar

¹⁴ Cfr. últimamente Santucci, G., *op. cit.*, 4 nt. 9.

¹⁵ Cfr. Gai. 4.82; I.4.10.pr.; Scherillo, G., *Lezioni di diritto romano. Le cose I. Concorso di cosa - Cose extra commercium*, Giuffrè, Milano 1945, 167 s.; sobre el *agere pro populo* cfr., por todos, Serrao, F., *Diritto privato economia e società nella storia di Roma I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovena, Napoli 2006, 448.

¹⁶ Vid., por ejemplo, ILS 5947: «*ex auctoritate imp. Caesaris Vespasiani Aug. loca publica a privatis possessa T. Suetidus Clemens tribunus causis cognitis et mensuris factis rei publicae Pompeianorum restituit*»; otras fuentes en Piganol, A., *Les documents cadastraux de la colonie romaine d'Orange*, Paris 1962, 84 ss.

¹⁷ D.50.10.5.1 (Ulp. l. sing. de off. cur. rei publ.): «*Fines publicos a privatis destineri non oportet. Curabit igitur praeses provinciae, si qui publici sunt, a privatis separare et publicos potius rebus agere: si qua loca publica vel aedificia in usus privatorum invenerit, castigare utrumque vindicanda in publicum sint an vectigal eis satius sit imponi, et id, quod utilius rei publice intellexerit, sequi*».

¹⁸ D.50.8.11.2 (Pap. Inst. 2 de const.): «*Item rescriptum agris rei publicae retrahere curatores civitatis debere, licet a bona fide emptoribus possiderantur, cum possint ad auctores suos recurrere*».

que, en materia de reivindicaciones públicas, la *utilitas publica* relacionada con fincas públicas prevalece frente a la *bona fides* del ocupante abusivo en la resolución de la cuestión dominical. Así, a la *vindictio* no puede ser opuesta la *bona fides* del comprador abusivo, que podrá a lo sumo actuar contra el vendedor mediante la *actio empti* para obtener el rescancimiento del daño, perdiendo en todo caso la posesión del *ager publicus*.

Anteriormente me he referido a la discrecionalidad del administrador en el contexto de la defensa de las *res publicae*. En mi opinión es oportuno también detenerse sobre este punto para comprender, en general, cuál era el grado de libertad reconocido al administrador, cuando debía tomar decisiones importantes relacionadas con el patrimonio inmobiliario público cuya tutela le era confiada. Al respecto, disponemos de un fragmento, en el que es posible observar cómo la *restitutio* administrativa que opera no persigue el reapoderamiento del fundo usurpado, sino el derribo de una construcción abusivamente edificada sobre suelo público. Se trata de D.43.8.2.17¹⁹. El que tiene la *procuratio* de las obras públicas²⁰ debe llevar a cabo un examen del lugar y decidir si dicha construcción abusiva obstaculiza o no el uso colectivo de la cosa pública (pensemos, por ejemplo, en una construcción erguida sobre una vía pública). Si, dentro de su discrecionalidad, él considera que efectivamente es un obstáculo para la colectividad, ordenará el derribo; de lo contrario, «mercantiliza» el ilícito, imponiendo—como en el caso de la *vindictio*, *supra* examinado—un *solarium*.

3. Tutela resarcitoria

Tal y como decía, los remedios de carácter preventivo (los inhibitorios) o los de carácter restitutorio que persiguen la reposición de los lugares a su estado anterior y que muy rápidamente acabamos de examinar, pueden revelarse del todo inadecuados frente a cierto tipo de lesiones del derecho de los ciudadanos a usar los bienes públicos *in publico usu*, de acuerdo con su destino. Me refiero a aquellas lesiones que se producen en el instante. Algunos ejemplos: a un particular se le impide el acceso a las termas públicas, o se le niega la posibilidad de sentarse en el teatro, o se le impide pasar, sentarse o conversar en cualquier otro lugar público. La mayoría de los juristas de la época clásica (Pomponio, entre otros) preveía para casos semejantes la *actio iniuriarum aestimatoria*, como se deduce de

¹⁹ D.43.8.2.17 (Ulp. 68 ad ed.): «*Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendam tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitum est interdicitum, non restitutorium. Si tamen obsistat id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debet id depovere, aut si non obstat, solarium ei imponere...*».

²⁰ Sobre el funcionamiento al que se refiere la expresión «*qui operibus publicis procurat*» vid. Fiorentini, M., *op. cit.*, 287 ss.

D.47.10.13.7²¹. Es muy sugestiva la aproximación que encontramos en este texto, entre los casos enunciados y aquél en que a un sujeto, otros le impiden usar su propia cosa, mostrando así que las *res in publico usu* pertenecen verdaderamente, en la lógica de los juristas, a cada *civis*. Evidentemente, el éxito de semejante acción para el ciudadano ofendido en su honor exigía demostrar los demás elementos de la *iniuria* (disconformidad con los *boni mores* y *animus iniuriandi*). Sin embargo, es necesario subrayar un aspecto aún: el resarcimiento (*restitutio*, la pena) que aquel que había sido impedido en el aprovechamiento del espacio público podía reclamar debía ser más bien elevado, en la medida en que, según mi opinión, casos semejantes eran incluidos dentro de la *iniuria atrox ex loco* por la jurisprudencia clásica. Así puede deducirse del elenco de espacios (el teatro, el foro) en los que podía producirse esa *iniuria* grave, según Gayo²². Cabe pensar que el pretor consideraba estas hipótesis más gravemente que los casos ordinarios de *iniuria*. Sabemos, además²³, que el juez en la determinación de la condena se adecuaba completamente a la *aestrimatio* hecha por el pretor. Ello no debe sorprendernos, si pensamos que una ofensa moral efectuada en un lugar público, ante un gran número de individuos por lo tanto, habría podido comprometer en mayor medida la reputación del ciudadano.

Por otro lado, una perturbación al disfrute de las cosas públicas disponibles para el aprovechamiento colectivo podía provenir de otras conductas también sancionadas con la *actio iniuriarum*. Así se desprende de D.47.11.1.1²⁴, si alguien ensuciaba un curso de agua, o contaminaba unas tuberías o unas cisternas para ofender a la comunidad («*ad iniuriam publicam*»), según mi opinión, podía ser demandado en la época clásica con la *actio iniuriarum*²⁵. La ubicación de los compiladores Justinianos sobre el título «*de extraordinalibus criminibus*», evidencia el tránsito, acontecido tal vez ya en la época de las *Pauli Sententiae*, a una represión de naturaleza

²¹ D.47.10.13.7 (Ulp. 57 ad ed.): «...Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse hinc similem eum, qui in publicam lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere convesari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum convesari potest».

²² Gai.3.225: «*Atrax autem iniuria aestimatur... vel ex loco, veluti si aut in theatro aut in foro iniuria facta sit...*».

²³ Vid. Gai.3.224.

²⁴ D.47.11.1.1 (Paul. 5 sent.): «*Fit iniuria contra bonos mores... veluti si quis aquas spurcaverit, fistulas lacus quide aliquid ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solent*»; sobre el significado de la palabra «*lacus*» contenida en el texto, vid. Gerez Kraemer, G., *El derecho de aguas en Roma*, Dykinson, Madrid 2008, 86 nt. 195.

²⁵ Contra, Balzerini, M., «*De iniuria extra ordinem statuta*», *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, CEDAM, Padova 1983, 179 nt. 140; Hagemann M., *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Bshau Verlag, Köln-Wien 1998, 142.

criminal de semejantes conductas. Aún así es posible ver todavía rastros de la *actio iniuriarum* clásica prometida en el edicto del pretor vease la cláusula *contra bonos mores* y la referencia a una valoración de la gravedad (*atrociaitas*) en el ámbito de la *animadvertio* originalmente del pretor; esta estimación entonces habría podido ser recurrente, cuando la *iniuria* se producía de modos diversos en una esfera pública.

Permaneciendo en el campo de la tutela de tipo resarcitorio, pero con un carácter marcadamente más administrativo, quiero solamente subrayar la utilidad de una investigación futura de carácter orgánico, respecto de las *multae* previstas para la defensa de los lugares públicos. Me parece que hasta este momento la romanística se ha ocupado fragmentariamente de este tema y faltan trabajos de síntesis suficientemente actualizados²⁶.

4. Reflexiones conclusivas

Estoy absolutamente convencido de la utilidad de un tratado de derecho administrativo romano, precedido por estudios específicos, conforme al proyecto del profesor Antonio Fernández de Buján. Ello podría contribuir a revalorizar, para bien de la cultura jurídica europea, un sector del *ius publicum* demasiado tiempo olvidado, a causa del prejuicio secular conforme al cual la herencia de los Romanos sólo es perceptible en el derecho privado, pero también a causa de las dificultades objetivas que implican coordinar y reflexionar sobre las numerosas fuentes que se encuentran fuera del *Corpus Iuris Civilis* (en especial las fuentes epigráficas). A todo ello se suma la dificultad de dominar la complejidad de los aparatos administrativos ubicados desigualmente en el territorio de Roma y objeto de sensibles mutaciones en el tiempo (pensemos, por ejemplo, simplemente en los grandes cambios que tienen lugar en el tránsito de la República al Imperio, y como estos inciden en el derecho administrativo).

Creo, por otro lado — y este es el camino que yo estoy recorriendo en Italia —, que algunos de los resultados de la investigación científica han de encontrar espacio en la enseñanza universitaria, para lograr que, también en el ámbito del derecho administrativo, el estudiante se convierta en un «razonador jurídico» con una inclinación teórica engarzada en la historia, y no un mero y pasivo conocedor de normas. Algunos ejemplos: sería necesario mostrar a los alumnos que existe (existía ya en la República) una idea de oficina pública en sentido subjetivo, distinta de la idea objetiva de oficina pública; idea esta que en el pasado italiano reciente justificó la exoneración de responsabilidad de los funcionarios amparados por el esquema abstracto de «oficina», y que en 1990 fue abandonada en

²⁶ Una breve referencia se encuentra en Zoz, M. G., *op. cit.*, 188.

Italia gracias a las normas sobre el «responsable del procedimiento (administrativo)»²⁷. Habría que enseñar a los estudiantes, pocos años después de la entrada en vigor del nuevo régimen de la expropiación por causa de utilidad pública en Italia²⁸, que en una época (como lo fue la república) en la que la relación ciudadano-administración era más paritaria, fórmulas de administración mediante acuerdos ya existían. De hecho, hay base suficiente para afirmar que la *emptio ab invito* tenía naturaleza coercitiva sólo por lo que respecta al *an* de la expropiación, pero no por lo que se refiere al *quomodo*, respecto del cual el expropiado disponía de cierto poder de negociación²⁹. Sin embargo, estos son sólo algunos ejemplos de tantos que podrían ponerse.

Respecto de los medios de tutela de las *res publicae*, de los que me he ocupado específicamente en mi relación, creo útil subrayar de nuevo la oportunidad de distinguir entre medios de defensa inhibitorios, restitutorios y resarcitorios. Este esquema permite, por otro lado, enriquecer el horizonte de aquellos alumnos que provienen de los cursos de derecho privado romano, acostumbrados a pensar ante todo en la *actio* del proceso *per formulas* y, por lo tanto, en una tutela exclusivamente resarcitoria (en sentido lato). En mi opinión, en el campo de los remedios de naturaleza administrativa, es necesario — al contrario — profundizar aún más en el argumento de las *vindicationes in publicam* y de las *mutuae*, para alcanzar un cuadro completo.

²⁷ Cfr. artículos 4-5, L. 7 agosto 1990 n. 241 (leege sul procedimento amministrativo); sobre el «responsable del procedimiento», entre los administrativistas, vld. *praeceptue Caserta*, E., *op. cit.*, 270 ss.; Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione* 4, II Mulino, Bologna 2007, 137, 307 s.; según este Autor (*op. cit.*, 139) la utilización del *cilli center* de la administración pública (que vuelve a presentar una idea objetiva de oficalia) sería contraria al espíritu de la ley citada y, por lo tanto, ilegítima.

²⁸ Cfr. D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327.

²⁹ Cfr., por ejemplo, con relación con la construcción de la basilica Porcia (184 a. C.), el siguiente texto de Ps. Asconio, *ad Cic. Dir. in Q. Caec.* 50 (Stangl, 201): «*Moenias cum donum suam venderet Catoni et Flacco censoribus ut ibi basilica aedificaretur, excepterat his sibi unius columnae, super quam tectum proiceret ex provolantibus tabulatis, unde ipse igitur columna Maenia vocitata est...*»; vld. también Triscuoglio, A., «*Sarta tecta, nitributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'era repubblicana e augustea*, Jovene, Napoli 1998, XVIII nt. 19.