

**EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS RES COMMUNES OMNIUM
Y LAS RES PUBLICAE: LA OPINIÓN DE RODRIGO SUÁREZ**

*The sea and the harbours between 'the res communes omnium' and the
'res publicae': the opinion of Rodrigo Suárez*

FRANCISCO CUENA BOY
Universidad de Cantabria (España)

Resumen: Análisis de un dictamen (*allegatio* o *consilium*) relativo al libre uso del puerto cantábrico de San Martín de la Arena emitido a finales del siglo xv o comienzos del xvi por el letrado Rodrigo Suárez, uno de los precursores del principio de libertad de los mares.

Palabras clave: *res comunes omnium*, *res publicae*, mar, puertos, Rodrigo Suárez.

Abstract: Analysis of an opinion (*allegatio* or *consilium*) concerning the free use of the Cantabrian port of San Martín de la Arena issued at the end of the 15th century or the beginning of the 16th by the lawyer Rodrigo Suárez, one of the precursors of the principle of freedom of the seas.

Keywords: *res comunes omnium*, *res publicae*, sea, harbours, Rodrigo Suárez.

SUMARIO: I.—Introducción. II.—Análisis. III.—Conclusiones.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

I. INTRODUCCIÓN

Fue Rodrigo Suárez¹ un esclarecido jurista que se formó en la Universidad de Salamanca, donde obtuvo el grado de Bachiller en Leyes, y que tiempo más tarde ejerció la abogacía en Valladolid y llegó a ser nombrado oidor de la Real Chancillería de esta ciudad. Vivió, probablemente, entre 1440/1460 y 1500/20»². De su considerable producción escrita, me voy a centrar en una pieza muy concreta que Suárez hubo de suscribir precisamente en su condición de letrado: la alegación n.º 17 de las al menos 28 que redactó; un escrito cuyo singular destino le llevó a ser bautizado con el nombre de *Consilium de usu maris* para su inclusión, junto con la alegación n.º 18, en las sucesivas ediciones del *Tractatus de mercatura* de Benvenuto Stracca desde la publicada en Lyon en 1558³. Suele decirse que Suárez fue uno de los primeros defensores del principio de la libertad de los mares, antes que Fernando Vázquez de Menchaca y, por supuesto, que Hugo Grocio. Mérito tan singular se le atribuye precisamente en consideración al escrito que me propongo examinar. García Arias hace recuento parcial de los numerosos juristas que se hicieron eco de él en los siglos XVI y XVII, de Alberico Gentili a Groening pasando por Grocio, Freitas y Selden⁴; lista a la que yo puedo añadir, por ejemplo, los nombres de Gregorio López, Francisco de Alfaro y el sueco Johan Locken⁵.

Antes comenzar el análisis de la *allegatio* o *consilium* de Suárez, me detengo un momento en la naturaleza del escrito. Más allá del dato de haber sido redactado en interés de los actores en un pleito por el uso del puerto de San Martín de la Arena⁶, del texto mismo no se desprende si el dictamen fue pedi-

¹ Sobre Rodrigo Suárez, *vid.* ANTONIO, N., *Bibliotheca Hispana Nova*, I, Matriti, 1783, 271 s.; DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, Valladolid, Editorial Casa Martín, 1943, p. 156 s.; GARCÍA ARIAS, L., «La libertad de los mares según Rodrigo Suárez», en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 17, 1969-70, pp. 37 ss.; LÓPEZ-BARAJAS, M. R., «Rodrigo Suárez», en *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, II/1, Barcelona-Zaragoza, Universidad de Málaga, 2006, p. 573; DE DIOS, S., «Los juristas de Salamanca en el siglo XV», en DE DIOS, S., y TORIJANO, E., (coord.), *Cultura, política y práctica del derecho. Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012, p. 66.

² HOLTHÖFER, E., «Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal», en Coing, H., (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, Wissenschaft, München, Beck, 1977, p. 304.

³ *Tractatus de mercatura seu mercatore clarissimi I. C. Benvenuti Straccae...*, Lugduni, 1558, pp. 619-635.

⁴ GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 52 s.

⁵ GREGORIO LÓPEZ, gl. *De los puertos* a Partidas 3.28.11 (López cita varias veces otras alegaciones y repeticiones de Suárez); FRANCISCO DE ALFARO, *De officio fiscalis*, Pinciae, 1606, gl. 20 *De regio patrimonio*, § 1: *Puertos*, n. 13, y § 5: *Pesquerías*, n. 92; JOHAN LOCKEN, *De jure maritimo et navali*, Holmiae, 1650, lib. 1, cap. 4, n. 6.

⁶ Cfr. *Consilium*, n. 1: «Salvo mejor juycio esta dubda paresce que cessa para contra Sant Ander con quien litigan estos concejos de Sant Martin y sus consortes actores». En lo sucesivo citaré el escrito de Suárez como lo he hecho esta primera vez: *Consilium* y el número del párrafo; para la división en párrafos me guiaré por la que figura en la edición de los *Opera omnia* (*Roderici Suarez hispani iureconsulti celebe-*

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

do por los propios actores o solicitado por el tribunal. La denominación de *allegatio* favorece la segunda posibilidad⁷; también, en principio, el cumplimiento general de los requisitos de las alegaciones conforme a la regulación castellana de la época⁸.

II. ANÁLISIS

§ 1. Comienza Suárez sentando el principio de que el mar es del territorio de la ciudad o del lugar del que se encuentra más cercano⁹. Ahora bien, siendo impensable un derecho de propiedad sobre el mar, así como un derecho de naturaleza idéntica al que corresponde a una comunidad política sobre el suelo en el que se asienta, ¿cuál es la situación jurídica a la que quiere aludir de esa manera? Sin afrontar de momento la cuestión, Suárez se aplica a justificar el principio según el cual «se considera que el mar, o una partícula del mar, es del territorio de aquella *civitas* o de aquel lugar al que más se acerca»¹⁰. Menciona para ello la glosa *Territorio* a VI.1.6.3.2, donde se presupone la separación del mar en distritos en función de su cercanía a una u otra ciudad¹¹, e introduce también varias citas de Baldo que respaldan la doctrina mencionada¹².

§ 2. Suárez sostiene, como Baldo, que el territorio se extiende también *in aquis*¹³. Dicha extensión resulta de X.2.9.3, que manda hacer limosna de

rrimi... Opera omnia, Francoforti, 1594), más exacta que la del *Tractatus de mercatura* de Stracca; también por esa edición citaré el enunciado de cada párrafo en el sumario que precede al *consilium* (o *allegatio*).

⁷ El nombre de *Consilium de usu maris* lo recibió sólo unos pocos años después al independizarse del conjunto de las alegaciones forenses del autor; en los *Opera omnia* de Suárez, la denominación genérica de *Allegationes et Consilia* comprende 28 escritos cada uno de los cuales recibe el nombre individual de *Allegatio* más el ordinal correspondiente.

⁸ Vid. SERNA VALLEJO, M., «El régimen legal de las alegaciones jurídicas en la Corona de Castilla y en los Reinos de Navarra y de la Corona de Aragón en la Baja Edad Media y en Época Moderna», en *Ius Fugit*, 17, 2011-2012, pp. 11 ss.

⁹ *Consilium*, sumario, n. 1: *Mare de territorio civitatis vel loci magis sibi propinqui esse dicitur*.

¹⁰ *Consilium*, n. 1: «mare, seu particula maris, dicitur esse de territorio illius civitatis vel loci, cui magis appropinquat».

¹¹ Gl. *Territorio* a VI.1.6.3.2: [electio papae ubi fieri, si in mari moriatur]: «(...) quod si moriatur in mari, Cardinales debeant convenire in civitate, per quam locus ille maris distringitur... et si non distringatur per aliquam civitatem, dicerem in viciniore is faciendum». Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 47 s.; SERNA VALLEJO, M., «El océano Atlántico: de marca o espacio fronterizo a 'territorio' dividido y sujeto a distintas jurisdicciones», en Truchuelo, S. y Reitano, E., (eds.), *Las fronteras en el mundo atlántico (siglos XVI-XIX)*, La Plata, 2017, p. 42 <<http://libros.fahce.unlp.edu.ar/index.php/libros/catalog/book/85>>.

¹² «[F]ines reperiuntur in mari, et designabitur mare per terram propinquam, cui magis mare adiacet, et sub qua distingui consuevit» (in C. 6.25.8 [C. 6.25.9.2]); «ille qui est in mari, quod regitur per civitatem maritimam... non dicitur esse extra districtum» (in Nov. 69, c. 1, in C. 7.44.1 y 2); «territorium etiam in aquis se extendit, cum et aquae mensurabiles sint» (in X.2.19.3, in X.2.6.2).

¹³ *Consilium*, sumario, n. 2: *Territorium in aquis se extendi, cum et aquae mensurabiles sint*.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

una parte del pescado capturado en domingo a las *ecclesiae circumpositae*, expresión que la glosa refiere principalmente a las iglesias en cuyo territorio se hubiere hecho la captura. Menos explícito a este respecto es D.5.1.9, que Suárez atribuye erróneamente a «Caius consultus» y que solamente dice lo siguiente: *insulae Italiae pars Italiae sunt et cuiusque provinciae*. Ni estas palabras ni la ubicación del fragmento en la *pars de iudiciis* del Digesto invitan a ver en el pasaje la prueba de lo pretendido por Suárez: «quod locus seu particula maris attribuatur loco seu territorio, cui est propinquior».

§ 3. Es cierto, sin embargo, que ese texto guarda estrecha relación con la teoría bartoliana del mar territorial¹⁴. Esta teoría implica una cierta ordenación del ejercicio del *ius puniendi* sobre los delitos cometidos en el mar, cuestión examinada por Suárez en el tercer párrafo de su dictamen¹⁵. En él acoge la doctrina de Angelo Perusino, que en su comentario a D.5.1.9 atribuye a la ciudad de Pisa el castigo de unos piratas aprehendidos en el puerto de una isla perteneciente a esa ciudad. El Perusino piensa, en efecto, que la competencia debe ser siempre del estado ribereño más cercano, al margen de la distancia que lo separa del punto del mar donde se cometió el delito¹⁶, y Suárez, en su intento de probar que el mar es del territorio de la ciudad o del lugar al que más próximo se encuentra, amalgama su opinión con la de Bártolo y suma otras citas de ambos que no añaden nada nuevo a la demostración.

§ 4. El argumento de los párrafos 4-8 es muy diferente. Escribe Suárez que los actores tienen «fundada su intención de derecho comun assi por estar el dicho puerto [scil. de San Martín] en su término y territorio como por ser comun à todos segun derecho natural el uso de la mar y de sus terminos». La ambigüedad atraviesa una declaración en la que el concepto de mar territorial («de territorio civitatis esse»: § 1) convive con la condición del mar y sus términos en cuanto *res communes omnium* por derecho natural. ¿Qué significa esto último para nuestro letrado?

¹⁴ Expuesta en el *Tractatus de insula*, en el cual, no obstante, Bártolo no utiliza D. 5.1.9; *vid.* RAESTAD, A. *La mer territoriale. Études historiques et juridiques*, Paris, A. Pedone Éditeur, 1913, pp. 14 ss.; C. ZENDRI, «*Mare passim omnibus patet: il diritto del mare agli inizi dell'età moderna (secc. XV-XVI)*», en *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 1, 2007, pp. 107 ss.

¹⁵ *Consilium*, sumario, n. 3: *Delictum in mari commissum ubi puniri debeat*.

¹⁶ Angelo Ubaldo Perusini in D. 5.1.9: «Per hanc legem fuit decisum Pisis de consilio Bartoli et bene, quod ad delictum commissum in mari propinquo eorum portui, et eorum civitati debeat ibi puniri, quia illa particula maris, quantum ad hoc intelligebatur subiacere civitati Pesarum. Tu adde, quod etiam si illa maris particula esset valde remota, si tamen nulli alii loco terrestri esset propinquior, ubi exercetur imperium, deberet puniri Pisis». Tales son las palabras de Angelo que el dictamen reproduce con alguna alteración; *cfr.* Raestad, *op. cit.*, pp. 18 s.; ZENDRI, *op. cit.*, pp. 108 s.

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

La naturaleza procesal de su informe hace que Suárez, en lugar de acudir a los textos romanos que declaran que el mar es común a todos por derecho natural¹⁷, se centre en refutar los argumentos *de contrario*. Según parece, Santander se basaba en la prescripción para prohibir a los demandantes el uso libre del puerto de San Martín. De ahí que Suárez¹⁸ invoque tres leyes de las que resulta, según él, la imposibilidad jurídica de prescribir cualquier cosa destinada al uso común de todos los hombres: D.41.3.45 pr., C.11.43.9 y C.8.11.6. Pero lo cierto es que esas leyes las alega sólo por el hecho de que prohíben la *longi temporis praescriptio*, sin reparar en que ninguna de ellas se refiere a las *res communes omnium* ni indica que una prescripción como la pretendida por Santander sea contraria al derecho natural. El caso más flagrante es el de D.41.3.45 pr.: aunque el sentido del texto es un tanto oscuro¹⁹, el mar y los puertos son aludidos sólo de forma indirecta a través de la mención del *litus maris* y, en principio, el *ius gentium* que ahí se menciona no es lo mismo que el derecho natural en el que, según Suárez, se ampara la pretensión de sus patrocinados²⁰. En cuanto a C.11.43.9, una ley oriental tardía, excluye la *longi temporis praescriptio* únicamente en relación con las fuentes públicas de la ciudad capital de Constantinopla²¹. Algo semejante sucede con C. 8.11.6, que declara contraria al *ius publicum* (sic) la prescripción de *loca publica* en concreta referencia al ámbito edilicio.

§ 5. Sobre el obstáculo que podría oponer al rechazo de la prescripción la facultad de aquel que ha pescado solo durante muchos años en determinado

¹⁷ D.1.8.2 pr.-1, Marcian. 3 *inst.*: *quaedam naturali iure communia sunt omnium... 1. et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*; lo mismo en I.2.1 pr.-1.

¹⁸ *Consilium*, sumario, n. 4: *Usus maris iure naturali omnium hominum communis est: nec quis praescriptione prohiberi aut impediri potest uti mari, et rebus ad communem usum deputatis, et nu. 7.*

¹⁹ Oscuridad, al menos, de lo que deba entenderse por *loca iuris gentium publica*; vid. M. G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, pp. 78 s.

²⁰ Algunas frases de los §§ 7 y 8 que refieren al derecho natural la afirmación de D.1.8.4 pr. de que el mar y su litoral *sunt iuris gentium* indican que Suárez no distingue entre el *ius naturale* y el *ius gentium*. Puesto que los demandantes pedían el libre uso del puerto de San Martín «según el derecho natural», habrá que ver también qué interpretación da Suárez a D.1.8.4.1 (*sed flumina paene omnia et portus publica sunt*), que excluye los puertos de la categoría de las *res communes omnium* cualquiera que sea el fundamento jurídico que se le quiera asignar. Apunta GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, p. 44, que Suárez no vio con exactitud la diferencia entre los términos *communis* y *publica* de los textos romanos; en el mismo sentido, PERRUSO, R., «The development of the doctrine of *res communes* in medieval and early modern Europe», en *TR*, 70, 2002, p. 86 nt. 95.

²¹ Vid. GEIßLER, K., *Die öffentliche Wasserversorgung im römischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 217 s.; BIAVASCHI, P., «Dalla scrittura su *tabulae* alla scrittura sulla pelle: il valore del documento scritto nelle costituzioni del titolo *De aquaeductu* del Codice Teodosiano», en BASSANELLI, G., TAROZZI, S. y BIAVASCHI, P., (eds.), *Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII. Instrumenta, civitates, collegia, studium iuris*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 116 s.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

lugar de prohibir a otro la pesca en el mismo sitio²², Suárez señala que tal facultad no se da «ratione praescriptionis», sino que se basa en la cuasiposesión del derecho de pesca obtenida mediante ocupación previa del lugar que el derecho natural permite. Sorprende que pudiera temerse ninguna dificultad de un texto que, como D.44.3.7, se refiere a la pesca in *fluminis publici diverticulo*, tanto por el hiato lógico y material entre el río y el mar, como también, una vez más, por la indistinción de lo público y lo *communis omnium*. Una diferencia que Suárez escamotea de nuevo al presentar la supuesta prohibición de Partidas 3.29.7 de prescribir las cosas que son «en uso comunalmente del pueblo de alguna ciudad o villa...» como si fuera consecuencia de esa misma prohibición pero referida a las *res communes omnium*²³. Cuando lo cierto es que esta ley se refiere con claridad absoluta a las *res publicae* (o *universitatis*) y recoge además la figura justiniana de la *longissimi temporis praescriptio*, que tiene efecto adquisitivo²⁴. Suárez obvia todo esto y termina alegando la última frase de D.47.10.13.7, donde se califica de *usurpatio* la actitud del propietario de una casa o residencia campestre que impide la pesca delante de su finca, por lo que se concede contra él la *actio iniuriarum* sin que le valga, y éste sería el caso de Santander, costumbre ni prescripción alguna contraria al *ius gentium*²⁵.

§ 6. Como vamos viendo, Suárez busca desarmar a toda cosa el argumento de la prescripción: por eso hace tabla rasa de cualquier diferencia entre las *res communes* y las *res publicae* y aplica a las primeras reglas formuladas expresamente para las segundas; por eso pasa por encima de los efectos -adquisitivos o sólo procesales de la *longi temporis praescriptio*- aun a sabiendas de que ya la glosa había planteado la cuestión; y por eso, cuando acude a las Partidas, prefiere citar una ley que parece excluir la prescripción en lugar de otra que se limita a recoger el mencionado supuesto²⁶.

§ 7. Suárez dispone todavía de otra razón para rechazar la prescripción pretendida por Santander: la prescripción requiere que «los prohibidos desis-

²² *Consilium*, sumario, n. 5: *Res ad communem usum, non solum omnium hominum, sed etiam alicuius civitatem deputata, praescribi non possunt. Actione iniuriarum tenetur, qui aliquem, etiam ante aedes suas, piscari prohibuerit, et nu. 7*; el texto que indica esa posibilidad es D.44.3.7, Marcian. 3 *inst.*

²³ Cfr. *Consilium*, n. 5: «*facit. lex septima, incipit, Plaça, titu. xxix. iii. part. ubi indistincte in omnibus rebus deputatis ad usum communem non solum omnium hominum, ut est mare, sed etiam hominum alicuius civitatis, disponit, ut in eis nullo tempore procedat praescriptio*».

²⁴ *Vid. C.7.39.8.1.*

²⁵ En *Consilium*, n. 6 (sumario *Consuetudo quenam, non consuetudo, sed usurpatio appelletur*), la idea de que la costumbre contra el derecho divino, natural o de gentes es *usurpatio* se refuerza con Nov. 134, c. 1: *male enim adinventata nec ex longa consuetudine confirmantur*; este párrafo no tiene más contenido. *Vid. PERRUSO, op. cit.*, p. 86.

²⁶ Respectivamente Partidas 3.29.7 y Partidas 3.28.6.

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

tan de su possession y de usar de su derecho despues de la prohibición», lo que está muy lejos de haber sucedido con los demandantes, ya que nunca han dejado de usar de su derecho y de continuar así su posesión²⁷. O sea, los demandantes no se han conformado con la prescripción sino que la han interrumpido cada vez que han pescado, cargado o descargado en las aguas que Santander quiere prohibirles.

Jurídicamente, este argumento se vertebra a partir de D.1.8.4, de donde se extrae una llamada «*communis iuris regula*» conforme a la cual, siendo el uso del mar y los puertos común a todos por derecho natural, nadie se lo puede prohibir a los actores²⁸. Ahora bien, esta supuesta *regula iuris* no se aviene con el contenido del texto en cuestión, pues, aparte otros datos²⁹, el § 1, que comienza con la conjunción adversativa *sed*, advierte que los puertos son públicos. Parece que para Suárez tanto da *ius gentium* como *ius naturale* y *ius naturale* como *publicum*.

§ 8. Se plantea ahora la cuestión de si para poder usar el mar, los puertos y los ríos se necesita obtener licencia del rey³⁰. Suárez lo niega insistiendo en que por derecho natural el mar es de uso común a todos, pero los textos que alega no son unánimes en esa dirección³¹. Así, al obstáculo ya referido de D.1.8.4.1 sobre los puertos se añade ahora el de D. 43.8.3 pr., según el cual son del pueblo romano *-res publicae* por tanto- las costas sujetas a su *imperium*³². Nada de esto altera el discurso del letrado; más aún, justo aquí es donde hace la primera referencia puntual a D.1.8.4.1, cuyo texto transcribe de forma literal³³ pero sin dejar de ver en él la «*regula omnium Consultorum*», como ahora la denomina, cuya existencia viene defendiendo. El siguiente paso es pregun-

²⁷ *Consilium*, n. 7: «cum patientia et tempore legitimo ad causandam praescriptionem et ius prohibendi, ut iuris principia docent. Sed cum hic ex parte actorum nunquam intervenit patientia, immo contradictio, et possessionis continuatio, cessat praescriptio indubitanter». Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, p. 49; EGÍO GARCÍA, V. M., *El pensamiento republicano de Fernando Vázquez de Menchaca*, tesis, Universidad de Murcia, 2014, p. 337 <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/43266/1/tesis_doctoral_Víctor_Egío.pdf>

²⁸ *Consilium*, n. 7: «quod usus maris et portus omnibus sit communis à iure naturali, quod nemo potest prohiberi his uti».

²⁹ Según D.1.8.4 pr. el mar es *iuris gentium* y no de derecho natural.

³⁰ *Consilium*, sumario, n. 8: *Licentia principis an requiratur, obtinendaque sit, ut quis mari, portu, fluminibusque uti possit*. Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 49 s.

³¹ D.1.8.2, D.1.8.4, D.1.8.5.1, D.43.8.2.9, D.43.8.3, D.43.8.2.8, D.41.1.30.4 con otros, dice, del mismo título *De acquirendo rerum dominio*, D.47.10.13.7.

³² Suárez no repara en que D. 43.8.3, antes de afirmar que el uso del mar es común a todos, apunta la posibilidad -por lo menos esto- de que haya costas reservadas al uso del pueblo romano. Sobre el texto, por todos, vid. ZOZ, *op. cit.*, pp. 54 ss.; D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 70 ss.

³³ *Consilium*, n. 8: «sed et flumina pene omnia et portus publica sunt, in l. nemo. ad finem, de rer. divi. ff. et in §. nemo in libro Instit. eodem titulo»; o sea, D.1.8.4.1 e I.2.1.1.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tar por la ley que exige licencia real, toda vez que ninguna de las que él ha citado menciona ese requisito: «qui licentiam principis dicit necessariam, det legem in hoc requirentem»³⁴.

§ 9. Del párrafo 9 en adelante el informe ofrece elementos que podrán servir para intentar una respuesta a la pregunta planteada al inicio del análisis: ¿qué significa que el puerto de San Martín es «de termino et territorio» de los demandantes?

La cosa empieza con una dicotomía muy interesante según la cual los mares son comunes en cuanto al uso y el dominio y del emperador, en cambio, por lo que respecta a la protección³⁵. Suárez señala que la *potestas, ius o dominium* que sobre el mar tuvo en su día el pueblo romano, y por consiguiente el que tiene el emperador en la actualidad, se limita a la llamada «protectio et iurisdictio». Este doblete lo construye juntando la glosa *Littora* a D.1.8.2.1 donde *protectio* figura como segundo término de la dicotomía por la que nos preguntamos: «littora communia sunt quo ad usum et dominium: ut hic, sed quo ad protectionem sunt populi romani»- y una adición posterior a esa misma glosa que pone *iurisdictio* en idéntico lugar: «mare est commune, quo ad usum, sed proprietas est nullius... sed iurisdictio est Caesaris». Lo mismo se encuentra, añade Suárez, en la glosa *Et per hoc* a I. 2.1.1 y en la glosa *Arbitror* a D. 43.8.3 pr³⁶. En fin, en este último fragmento se detiene –como si sólo ahora hubiera caído en que Celso tiende a considerar públicas las costas sobre las que el pueblo romano tiene *imperium*– para señalar que en él jurista romano habló «per verba rigida», lo que no parece apropiado ni suficiente para neutralizar su afirmación³⁷. Y sin más explicación, concluye que el mar es más bien (*magis*) de uso común a todos los hombres, lo que significa que el pueblo romano no dispuso –ni por ende el emperador dispone– de ninguna potestad para prohibir o conceder su uso.

³⁴ *Consilium*, n. 8: «coniecturam accipere debemus non requiri talem licentiam», escribe Suárez remitiendo a D.6.2.8; poco más adelante indica, con frase de D.1.9.1, que la exigencia de licencia real entra dentro de aquello «quod nec usquam relatum est nec nunquam receptum».

³⁵ *Consilium*, sumario, n. 9: *Littora maris quo ad usum et dominium, sunt communia: quo tamen ad protectionem sunt Imperatoris*; este enunciado es una sinécdoque evidente. Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, pp. 50 s.

³⁶ Se notará no obstante que la glosa *Et per hoc* advierte que, *prima facie*, I. 2.1.1 y D. 43.8.3 no dicen lo mismo: «Sed contra ff. nequid in loco publico l. littora (D.43.8.3), ubi dicitur littora esse populi Romani. Sed illum est verum quo ad iurisdictionem; vere tamen sunt communia, ut hic».

³⁷ Es inapropiado porque Celso dice, muy moderadamente, «estimo (*arbitror*) que son del pueblo romano los litorales sobre los que tiene imperio el pueblo romano».

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

En el final del párrafo, por medio de Placentino y Juan Faber, se recalca una vez más la comunidad del mar y de las costas³⁸. Lo más interesante es la fugaz aparición de la noción de *ius naturale primaevum*: el aire, el *aqua profluens* el mar y el *litus maris* -o sea, las *res communes omnium* de I.2.1.1- no han caído nunca en el dominio de nadie, sino que «*fuerunt relictæ in suo iure, et esse naturali primaevo, quo omnia sunt communia*». Parece que, con esa expresión, Suárez quiere referirse a lo que otros llaman *ius gentium primaevum* -derecho natural de la razón, exclusivo en consecuencia de los hombres pero no consistente todavía en leyes-, de modo de colocar el régimen del mar en la esfera de lo jurídicamente inalterable, de plena conformidad, por otro lado, con la tesis del uso libre y común a todos que viene defendiendo. De todos modos, la explicación de esa «*protectio et iurisdictio*» que sobre el mar corresponde al soberano aún no ha llegado.

§ 10. Ya en los párrafos 7 y 8 Suárez ha incluido D.1.8.4 entre las fuentes que avalan el uso común del mar. En el párrafo 10, ahora en relación concreta con el *ius piscandi*³⁹, retorna a ese texto para leerlo de nuevo a su manera. Marciano no dice lo que Suárez le atribuye: «*Portus etiam ad usum communem hominum cedunt*»; más aún, en D.1.8.4.1 afirma que los puertos son públicos. Por otra parte, aunque según I.2.1.2 el derecho de pescar «*in portibus fluminibusque*» es común a todos, Suárez omite que, en este texto, el carácter común del *ius piscandi* es consecuencia de la condición pública de los ríos y los puertos⁴⁰. Parece, así pues, que sigue haciendo tabla rasa de la diferencia entre *publicum* y *communis*.

D.1.8.4 e I.2.1.1-2 tienen origen en un mismo texto del libro III de las *Institutiones* de Marciano. Aunque cada uno ofrece una versión diferente del texto matriz, acaso el significado del punto que nos interesa es el mismo. Mientras que D.1.8.4 pr. se refiere al acceso al *litus maris piscandi causa*, I.2.1.1 no señala para ese acceso ninguna finalidad especial; el *ius piscandi* aparece en I.2.1.2 en relación directa con el carácter público de los puertos (y los ríos), lo que inclina a pensar que, siendo ese derecho *omnibus commune*, este carácter se debe entender con la restricción que es propia de las *res publi-*

³⁸ La fuente principal es Faber in I.2.1.5; ahí una cita del Salmo 8,6-8. Sobre la posición de Faber, vid. PERRUSO, *op. cit.*, p. 80.

³⁹ *Consilium*, sumario, n. 10: *Ius piscandi in portu fluminibusque, omnibus commune est.*

⁴⁰ I.2.1.2: *Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque.* Para facilitar la comparación, transcribo también D.1.8.4: *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 rescripsit. 1. Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

cae. Dado que el conjunto del pasaje parece someter el uso del mar al régimen del *ius gentium*, ¿introduce mi lectura una contradicción en el seno de I.2.1.1-2? No necesariamente: el acceso al *litus maris* sería *iuris gentium* (I.2.1.1), el uso de los puertos (y los ríos) no, sino público (I.2.1.2), de modo que el *ius piscandi* en ellos solamente sería común para los miembros del *populus* y no para todos los hombres⁴¹. Así las cosas, la principal diferencia con D.1.8.4 tiene que ver con la presentación, respectivamente, del *ius piscandi* y del acceso al *litus maris piscandi causa*: derecho de pescar *in portibus* en tanto uso de cosa pública en I.2.1.2, acceso al *litus* para practicar la pesca en tanto facultad amparada en el *ius gentium* en D.1.8.4 pr. Hay coincidencia, en cambio, en la consideración jurídica de los puertos como *res publicae*⁴². De esta comparación resulta que el «ius piscandi» no respalda la tesis de Suárez: el derecho de pescar en los puertos (y en los ríos públicos) no es común a todos los hombres sino, en todo caso, a los miembros del *populus*.

Se podría objetar que mi discurso se aleja de la visión del *ius commune* en cuya órbita se mueve Suárez. De hecho, éste se apoya también en la doctrina de Baldo sobre la pertenencia de los puertos marítimos fabricados por el hombre, según la cual los edificios portuarios son de quienes los construyen, pero los puertos en sí mismos son «*publici omnium populorum*» debido a que el agua es común⁴³. Baldo basa lo primero en D.1.8.6 pr. y lo segundo en I.2.1.2. Ahora bien, procedente una vez más del libro III de las *Institutiones* de Marciano, D.1.8.6 pr. atribuye al constructor el *dominium* del terreno sobre el que ha edificado, pero sólo mientras dura el edificio, a cuya destrucción el *locus* recupera su condición primera *quasi iure postliminii*; no parece por tanto que esté pensando en las grandes instalaciones de carácter permanente propias de los puertos, sino en los precarios abrigos que los pescadores suelen levantar *in litore* mencionados en el fragmento inmediatamente anterior⁴⁴. En cuanto a I.2.1.2, sobra decir que, igual que no equivale a *communis*, *publicum* tampoco significa «*omnium populorum*».

⁴¹ No me refiero a otros usos que sí podrían ser comunes a todo navegante, singularmente a su utilización como lugar de refugio: cfr. ZOZ, *op. cit.*, pp. 84 s.

⁴² Cfr. ZOZ, *op. cit.*, p. 72; DURSI, *op. cit.*, pp. 7 s.; la misma consideración se infiere de D.50.16.17.1, Ulp. 10 *ad ed.*: ‘*Publica*’ *vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum.*

⁴³ BALDO in rubrica *ff. de rerum divisione et qualitate* (D. 1.8), n. 11.

⁴⁴ D.1.8.5.1; en este sentido, ZOZ, *op. cit.*, pp. 51, 53 nt. 173; DURSI, *op. cit.*, pp. 97 ss.

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

§§ 11-12. Los dos párrafos siguientes enlazan la cuestión de la pesca con las regalías (*regalia*)⁴⁵. Una famosa ley de los *Libri feudorum*⁴⁶ –con la que concuerdan, apunta Suárez, las del reino que mencionará más adelante– incluye los puertos y las rentas de las pesquerías entre los *regalia* o *iura regalia*. Apoyándose en cierto número de textos y en la doctrina de Andrés de Isernia y Jacobo Alvaroto, especialistas en el derecho feudal⁴⁷, el letrado concluye que aquella ley no considera regalía el «*ius piscandi*» ni exige licencia real para los demás usos del mar y de los puertos, sino que sólo concede a los príncipes el «*reditus piscariarum*» acostumbrado⁴⁸. Y aquí, por primera vez en el dictamen, se dice algo concreto acerca de la «*protectio et iurisdictio*» que el soberano ejerce sobre el mar: la exacción de la renta o vectigal de las pesquerías cae bajo ese concepto⁴⁹. La indicación se hace más directa con la explicación de Isernia acerca de la regalía llamada «*ripatica*», cuyo objeto, aclara el feudista, no son las propias riberas sino el «*proventus et reditus, ex his proveniens*», a lo que añade: «*et tunc dices regalia, quantum ad protectionem Principis*»⁵⁰.

Suárez parece seguir fielmente la doctrina de Isernia, pero lo cierto es que éste distingue dos significados de *publicum*⁵¹, ubica bajo el segundo las regalías en general⁵² y advierte que los puertos no son lo mismo que el *litus maris*⁵³. Por otra parte, las expresiones que emplea para hablar de lo *publicum*, en cualquiera de los dos significados que distingue, no incluyen ninguna alusión al derecho natural ni al *ius gentium* e inclinan a pensar que Isernia piensa invariablemente en las *res publicae -in publico usu o in pecunia o in patrimonio populi (vel Caesaris)-*, de modo que cuando usa *publicum* «in larga significa-

⁴⁵ *Consilium*, sumario, n. 11: *Piscationem reditus an inter regalia numerentur*; y sumario, n. 12: *Proventus et reditus ex piscationibus ad principem provenientes, an inter regalia computentur. Riparum usus est publicus, sicut et mare: licetque omnibus in illis naves alligare et reponere*.

⁴⁶ Lib. II, tit. 56: *Quae sint regaliae*, cap. único.

⁴⁷ Andreas DE ISERNIA, *Commentarium super Usibus feudorum*, Nápoles, 1477; Jacobo ALVAROTO, *Super feudis*, Venecia, 1477.

⁴⁸ Esto es, «*gabella seu aliud tributum solui consuetum: de his quod in mari piscatores faciunt, seu à mercatoribus de his quae emunt aut vendunt*» (*Consilium*, n. 10).

⁴⁹ No es una afirmación directa, sino que lo dicho resulta de la frase «*piscationes semper sunt communes, iurisdictio et protectio pertinent ad regem*» (*Consilium*, n. 10).

⁵⁰ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 10.

⁵¹ «*In larga significatione accepta*», la palabra *publica* equivale a *commune*; «*stricto modo*» se refiere a lo que se encuentra «*in patrimonio Regis, vel Caesaris, vel civitatis*»: *vid.* ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, nn. 8 y 9.

⁵² Con la precaución de advertir que respecto a las costas la regalía se limita a la «*Regis defensio, et protectio*», lo que las deja fuera de las cosas públicas «*quae sunt in fisci, vel Caesaris dominio*» sin incluir-las necesariamente en una categoría de *res communes omnium* que ISERNIA no parece haberse representado.

⁵³ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 2: «*(...) non enim omnia litora sunt portus, et haec alia sunt publica*».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tionem» se debe entender que alude a las *res in publico usu*⁵⁴. De cualquier modo, la afirmación de que los puertos en sí y el uso que se hace de ellos son comunes a todos no es de Isernia sino del propio Suárez⁵⁵, aunque, por otro lado, tampoco se puede atribuir al feudista la idea de que los puertos, en la medida en que se diferencian del *litus*, son públicos en sentido estricto y se encuentran, por tanto, «in patrimonio Regis, vel Caesaris, vel civitatis»⁵⁶. Lo que queda, probablemente, es que para Isernia los puertos son *res publico usui destinatae*.

De los dos párrafos del *consilium* sobre las regalías resulta la inclusión de éstas en la esfera de la «protectio et iurisdictio», quizá como la parte principal de su contenido, así como la localización de esa esfera en la persona del príncipe. En el planteamiento de Suárez, las regalías sobre la pesca y los puertos se asientan sobre la condición común del mar y sus costas y de los usos correspondientes, lo que intenta probar ahora alegando algunos textos no tan favorables a su intención⁵⁷. Sobre todo D.18.1.6 pr., pues, en efecto, la inalienabilidad que menciona se refiere a los lugares públicos *in publico usu*, es decir, no en uso de todos sino de los miembros del *populus*, como prueban la exclusión de los *loca in pecunia populi*, que sí se pueden vender⁵⁸, y el *campus Martius* como ejemplo de *locus inalienable*; además, si lo que Suárez pretende probar es la inalienabilidad⁵⁹, la ubicación de las regalías «in patrimonio Regis, vel Caesaris, vel civitatis» hace que ese texto le sea poco propicio. En cuanto a los '*publica*' *vectigalia* de D.50.16.17.1, Suárez, de acuerdo con la Vulgata, lee *piscariarum* –«vectigal portus... et piscariarum»– allí donde la Florentina dice *picariarum*⁶⁰; pero, aun considerar falsa esa lectura, sí se debe subrayar que el texto abona de todos modos el carácter público de los tributos a los que se refiere y señala –en el pr.– que a estos efectos no se tienen por '*publica*' las cosas destinadas *publicis usibus*.

⁵⁴ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 1: «litora, quae sunt publica, et communia, non ut fiscalia, et patrimonialia, quae sunt in dominio Principis, sed sunt publica in usu omnium... quae sunt publico usui deputata... non enim sunt in patrimonio Regis, quia distant haec publica ab illis, quae sunt in fisci, vel Caesaris dominio»; n. 10: «proventus, et redditus ex his proveniens, ripae. n. et earum usus est publicum, sicut et mare... non intelligitur de publico in patrimonio fisci, vel civitatis... Sed in communi usu populi»; de este n. 10, Suárez, *Consilium*, n. 12, reproduce solamente la primera frase.

⁵⁵ Suárez, *Consilium*, n. 12: «(...) haec sunt regalia: non tamen ipse portus nec eius usus, cum sit omnibus communis», apoyando esta afirmación en D.1.8.4, D. 50.16.17, D.1.8.5.

⁵⁶ ISERNIA, in tit. *Quae sunt regalia*, n. 9.

⁵⁷ D.1.8.5, D.18.1.6 pr., D.50.16.17.1 y Partidas 3.28.11, 3 y 6.

⁵⁸ Cfr. ZOZ, *op. cit.*, p. 68 nt. 212.

⁵⁹ No es claro si esta frase de *Consilium*, n. 12: «et sic expone regalia quantum ad protectionem principis, quia non alienantur, ut in l. sed Celsus. ff. de contrahen. emp. (D.18.1.6 pr.)», se refiere a las regalías o a las riberas fluviales de las que viene hablando a propósito de la regalía llamada «ripatica».

⁶⁰ De *picaria*, -ae: fundición de pez.

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

§ 13. Volviendo a la concreta *res litigiosa*, en el párrafo siguiente⁶¹ Suárez subraya que, por más que los reyes y príncipes puedan tener o adquirir algún derecho sobre el mar y sus puertos, de ahí no se sigue la necesidad de licencia real para usar de ellos. Así pues, su idea parece ser que la «*protectio et iurisdictio*» del soberano es compatible con el uso común a todos del mar y los puertos, uso libre y no necesitado de licencia, por lo que la «*protectio et iurisdictio*» no incluye la facultad de prohibirlo. Queda sólo la duda de si el derecho de otorgar concesiones sobre el mar y los puertos, admitido por Suárez⁶², pertenece también a la «*protectio et iurisdictio*». Y ante esta duda es discutible el valor del argumento de fondo que para negar la necesidad de licencia real toma de Baldo, a saber, que siendo el agua común por derecho de gentes, razón por la que se concede a los ocupantes si el *ius civile* no lo prohíbe, cuando no hay prohibición hay que atenerse al derecho natural y de gentes⁶³.

§ 14. Parece, con todo, que Suárez llegó a encarar esta dificultad, ya que en el párrafo 14 se pregunta qué cosas puede conceder el príncipe «*sua potestate*»⁶⁴. La exposición de este punto nos depara una sorpresa: si en los párrafos anteriores ha dominado la confusión entre *publicum* y *communis*, el actual evoca la diferencia entre las *res publicae* y las *res communes omnium*; un eco, eso sí, bastante particular, puesto que lo que hace Suárez es aislar dentro de las *res publicae* un grupo de cosas de las que afirma que «*sunt in omnibus communia*» y que está compuesto al menos por el aire, el mar y los puertos: cosas públicas pero comunes a todos los hombres. En realidad, este inesperado reconocimiento de que el mar y los puertos son públicos prolonga la citada confusión dándole un sesgo peculiar; en efecto, sin haber definido en ningún momento la categoría de las *res publicae*, Suárez la divide ahora en dos especies justamente en función de a quiénes esta permitido su uso. Una pirueta argumental destinada a crear las condiciones idóneas para limitar la *potestas concedendi* del soberano a las cosas públicas «*quae non sunt in omnibus communia*», dejando fuera de ella las cosas que sí lo son por más que también las llame públicas.

⁶¹ *Consilium*, sumario, n. 13: *Principes usurpatione in mari et eius portibus multa sibi appropriant.*

⁶² *Consilium*, n. 13: «(...) seu ad concedendum aliquid in eis, vel sive ad aliquod vectigal in eis imponendum».

⁶³ BALDO in D. 1.8.3, n. 8: «nam possum ripam excidere, et facere ductum aquae, videlicet ad molendinum meum, per possessiones meas si flumen non est navigabile vel non impeditur navigatio alterius fluminis, nam aqua est communis de iure gentium, etc.» Suárez debilita el argumento al trasladarlo de su contexto original al del uso del mar y los puertos; por otra parte, la concesión del soberano o la necesidad de licencia real no dejarían de ser restricciones del *ius civile* en los términos de D.43.12.2 (*nisi imperator aut senatus vetet*), texto con el que Baldo redondea su razonamiento.

⁶⁴ *Consilium*, sumario, n. 14: *Princeps quas res sua potestate concedere valeat.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

La prueba de la mencionada limitación se encontraría en D.1.8.9.1, donde Cino de Pistoia y Baldo ven la posibilidad de que el príncipe done o conceda «id quod publicum est». Sin embargo, en esos escritores no hay huella de la dicotomía ideada por Suárez de forma que pueda colegirse que están pensado solamente en las cosas públicas «*quae non sunt in omnibus communia*»⁶⁵. Muy inconcreta es la inmediata alusión a la posibilidad de usar sin licencia del príncipe las *res publicae* destinadas «ad communem usum hominum» –variedad de cosas públicas que, insisto, él solo se inventa–⁶⁶, y la vaguedad apenas disminuye con el aviso de que no hay «*edictum prohibitorium*» en esta materia. Quizá esta última indicación intenta subrayar la amplitud y la libertad con que se usan aquellas cosas, como parece indicar también el dato de que el único interdicto que Suárez encuentra sea el «*ne quid aedificetur in loco publico, per quod impediatur usus communia omnium*» (sic), cuya finalidad, añade de forma un tanto oscura, es la defensa del uso asignado y la utilidad sin ninguna prohibición ni necesidad de licencia⁶⁷. Más aún, según él, en las fuentes hay un caso que decide expresamente la cuestión; se trata del «*utile interdictum... de mari*» ideado por la glosa contra el que prohíbe la carga y descarga en las riberas del mar, cuyo modelo sería el de D.43.14.1 pr. contra el que impide navegar por río público. Pero el argumento se debilita cuando, para probar su existencia, se apela a D.43.8.2.9, donde se niega el interdicto *de loco publico fruendo* y se remite al interesado a la *actio iniuriarum*⁶⁸.

«*Quod satis punctualiter decidit dubium assignatum*», escribe Suárez a punto de finalizar el párrafo 14 refiriéndose probablemente a su tesis de que la *potestas concedendi* del soberano alcanza sólo a las cosas públicas «*quae non sunt in omnibus communia*». En cuanto al modo en que pasa por encima de la

⁶⁵ Cfr. BALDO in D.1.8.9.1: «Not. ex isto. §: quod Princeps potest donare quod publicum est, secundum Cy.»; BALDO in rubrica *ff. de rerum divisione et qualitate* (D. 1.8), n. 13: «(...) an imperator possit concedere flumina? et dico quod sic, quia publica concedere potest», de nuevo con base en D.1.8.9.1. Suárez cita también el texto y la glosa de D.45.1.137.6, D.18.1.6 pr., Bártolo in D.43.8.2 y D.43.8.2.16.

⁶⁶ Suárez remite globalmente a D.1.8, I.2.1, D.43.10-11 y D.43.12.

⁶⁷ *Consilium*, n. 14: «sed eis uti ad usum deputatum et utilitatem permissum est absque aliqua prohibitione, nec licentia requisita, ut dicit text. in l. 1. ff. ne quid in loc. publ. (D.43.8.1)»; esta última referencia parece que debería ser a D.43.8.2 pr.

⁶⁸ D.43.8.2.9: *Si quis in mari piscari aut navigari prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est*. Quizá Suárez no vio bien los textos o se equivocó al citarlos: en D.43.12.1.17 se menciona un interdicto '*ne quid in mari inve litore*' '*quo portus, statio iterve navigio deterius fiat*' propuesto por Labeón a semejanza del *interdictum de fluminibus*; vid. ZOZ, *op. cit.*, pp. 85 s.; según FIORENTINI, M., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 343 ss., 350, el modelo adoptado para ese interdicto implica la asimilación del mar a los ríos públicos y, por tanto, la naturaleza pública del mar; DURSI, *op. cit.*, pp. 130 ss., recalca el carácter «popular» del interdicto en cuestión desde el punto de vista de la legitimación activa.

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

diferencia entre *res publicae* y *res communes omnium*, conviene añadir la advertencia de las fuentes en el sentido de que las primeras sirven a los usos de los particulares por derecho de la ciudad y no como propias de cada uno⁶⁹. Después de todo lo cual, de nada sirve la cita, al final del párrafo, de una ley imperial que ampara contra toda extorsión o perjuicio a las naves que parten de un puerto cualquiera o de un litoral: Suárez omite que su finalidad es impedir la exportación de mercancías ilícitas a las naciones bárbaras y que los capitanes quedan obligados a declarar su itinerario⁷⁰.

§ 15. El penúltimo párrafo del dictamen se pregunta por el alcance de la prohibición de carga y descarga sin licencia del príncipe⁷¹. Suárez encadena tres leyes de Partidas: Partidas 3.28.11, citada ya en el párrafo 12 y que incluye las rentas de los puertos entre las regalías⁷², deduce que ni los puertos ni el mar son regalía sino sólo «quoad protectionem et iurisdictionem»; sólo en concepto de tal, debe entenderse, exigen los soberanos la renta y el vectigal acostumbrados; Partidas 3.28.3 sobre las «res, quae omnium sunt communes», cuyas palabras reproduce para mostrar que no dicen nada acerca de regalías; y Partidas 3.28.6, que le da la razón en que las cosas públicas –la ley menciona los ríos, los puertos y los caminos públicos– «pertenescen a todos los hombres comunalmente».

De acuerdo con lo que acaba de exponer, Suárez considera absurda y contraria a todos los principios del derecho la prohibición de carga y descarga sin licencia del príncipe. Pero se cura en salud afirmando que, aun si se pudiera encontrar una prohibición expresa y por escrito, no se extendería a todo aquello que sus clientes u otros por ellos introducen y sacan para su propio uso y mantenimiento⁷³.

§ 16. Acaba el informe con una larga explicación a propósito de una ley de las Cortes de Toledo de 1480 en la que Santander había intentado cimentar

⁶⁹ D.43.8.2.2: *loca enim publica utique privatorum usus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque*; cfr. ZOZ, *op. cit.*, pp. 170, 184 s.; DURSI, *op. cit.*, pp. 115 s.

⁷⁰ C.12.44.1 (a. 420). La versión de CTh.7.16.3 detalla mucho más los requisitos impuestos a los capitanes: *vid.* MOATTI, C., «La mobilité négocier dans l'Empire romain tardif: le cas des marchands étrangers», en *Le relazioni internazionali nell'alto medioevo. Settimana di Spoleto LVIII*, 2011, pp. 18 s. <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01651642>>.

⁷¹ *Consilium*, *sumario*, n. 15: *Prohibitio de non onerando seu exonerando absque licentia principis, ad qua extendatur*.

⁷² Suárez inserta en el texto una referencia al mar que no aparece en el original: «las rentas de los puertos y de los portadgos que dan los mercaderes por razón de las cosas que sacan *del mar*, o de la tierra...» (cfr. Partidas 3.28.11: «que sacan, o meten en la tierra...»). Esta ley ya ha sido citada en el párrafo 12.

⁷³ Suárez remite aquí a Bártolo in D.30.41.5, n. 4 y C 4.61.5.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

su posición. Dicha ley anula las imposiciones y tributos nuevos introducidos desde 1464 coincidiendo con el conflicto por la sucesión de Enrique IV⁷⁴; es por ello de suponer que la parte demandada había alegado que su derecho sobre el puerto de San Martín era anterior a aquel año.

Al respecto, Suárez alega: 1) que la ley sólo se dirige contra los gravámenes impuestos desde el año 1464 en determinados lugares del mar que nunca antes habían estado sujetos a ellos: pero el pleito actual no versa sobre esos gravámenes, sino «sobre el derecho de usar el mar y el puerto situado en su término y territorio»⁷⁵; 2) que la ley no trata del derecho de usar el mar y sus puertos, sino sólo de la supresión de los citados gravámenes: decir lo contrario supondría inducir de ella la modificación de muchas de las leyes citadas en el informe⁷⁶ e ir contra el *ius naturale gentium* según el cual los usos del mar y sus puertos son comunes a todos; 3) que la lectura del texto se debe acomodar al propósito de la ley: en consecuencia, las palabras legales «que no se hagan cargas ni descargas, etc.» no disponen nada sobre a quiénes es lícito el uso del mar y los puertos ni sobre la necesidad de licencia real, sino que atañen a la cuestión de los nuevos gravámenes de los que se trata; y 4) que aunque no fuera así, la ley es expresamente contraria a los demandados puesto que dice «que no se haga carga ni descarga salvo en aquellos lugares en que se hacia ante del anno de 64»⁷⁷.

Según Suárez, que cierra con esta idea su informe, la orden que da la ley de 1480 a los Concejos, Universidades y personas particulares para que muestren las cartas, privilegios o títulos de los derechos que dicen tener, entre ellos el de carga y descarga en los puertos marítimos, atañe a los que los pretenden «por solo privilegio». Los demandantes quedarían entonces a salvo de ella, ya que han probado el carácter inmemorial del uso que vienen haciendo del puerto de San Martín⁷⁸.

⁷⁴ *Ordenanzas Reales de Castilla*, lib. 6, tít. 10, ley 13: *Que las imposiciones, y tributos nuevos desde el año de mil y cuatrocientos y sesenta y cuatro non valan*; Suárez se explica sobre esta ley en *Consilium*, sumario, n. 16: *Intellectus cuiusdam legis Tolleti, qua disponitur in mari, et eius portubus navium exonerationem et onerationem fieri non posse*. Vid. GARCÍA ARIAS, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁵ *Consilium*, n. 16: «*super iure utendi mari et portu sito in suo termino et territorio*».

⁷⁶ Con base en la gl. *Petere* a VI.1.6.16, § *Quod si per viginti*, Suárez recuerda que cuando una ley se expresa «per verba obscura, suppleta, vel subintellecta», nunca se la ha de entender de manera de producir la rectificación de otras leyes.

⁷⁷ El texto legal reza así: «Otrosi mandamos, y defendemos, que de aqui adelante... [no] se hagan cargos, ni descargos en otros puertos de la mar, ni en otros lugares, salvo en los que antes se hazian...»

⁷⁸ «(...) assi que à puerto tan antiquissimo como este no se estiende la dicha ley, antes ellos tienen prescripto derecho de puerto carga y descarga por tan antiquissima possession caso que de derecho comun les fuera prohibido quanto mas siendoles concedido»; Suárez se basa en X.5.40.26: *illa esse pedagia, salinaria et guidagia interdicta, quae non apparent imperatorum, vel regum, vel Lateranensis concilii largitione concessa, vel ex antiqua consuetudine a tempore, cuius non exstat memoria, introducta*. EGIO GAR-

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

III. CONCLUSIONES

Abría Suárez su informe enlazando la tesis del mar territorial –*mare de territorio civitatis vel loci magis sibi propinqui esse dicitur*– con la idea de que el puerto de San Martín, al estar situado en el término y territorio de los demandantes, es «de suo termino et territorio». Después juntaba en una misma declaración el concepto de mar territorial y la visión del mar y sus términos como *res communes omnium*. Y por último intentaba mostrar la compatibilidad de esa visión con el ejercicio de la «*protectio et jurisdictio*» sobre el mar e introducía el tema de las regalías.

Por mi parte, desde el principio del análisis he apartado la posibilidad de que Suárez estuviera manejando la idea común de pertenencia, o sea, la idea de propiedad, he planteado la cuestión relativa a la facultad o derecho que se podría ocultar tras la terminología «propietaria» empleada en el informe, he sugerido que la respuesta se halla quizá en la noción de «*protectio et jurisdictio*» y me he esforzado en acercar los *iura regalia* a esta noción.

En síntesis: el pleito enfrenta a varios concejos próximos al puerto de San Martín con la localidad de Santander, pero la posible eficacia de los argumentos de Suárez a favor de los demandantes se sitúa en un nivel muy superior al local. En efecto, aun aceptando la extensión del territorio *in aquis*, el mar territorial no es de aquellos concejos, en nada parecidos a Génova o Venecia, sino del Estado costero del que forman parte; la «*protectio et jurisdictio*» le corresponde asimismo al soberano de ese estado y los *iura regalia* son elementos de su patrimonio. El único argumento directamente aplicable en el plano local, debido a su eficacia general, es el basado en la doctrina de las *res communes omnium*. Seguramente por eso Suárez lo utiliza para envolver en él todas sus demás razones aun al precio, como se ha visto, de trastocar su verdadero significado.

La «*protectio et jurisdictio*» del mar engloba el ejercicio del *ius puniendi* y la facultad de gravar los usos del mar y los puertos con las gabelas acostumbradas. Puesto que así lo admite Suárez, cabe preguntar si no hay alguna necesidad de licencia real para poder usar de esas cosas por muy comunes a todos que sean por derecho natural y de gentes. De hecho, es probable que la explicación de la ley de 1480 que suprimía los impuestos introducidos con posterioridad a 1464 se debiera a que los de Santander veían la base para limitar o prohibir el uso del puerto de San Martín en la negativa a pagar esos impuestos.

CÍA, *op. cit.*, p. 336, confunde la ley de 1480 con «una disposición legal de 1464» en la que supone que se amparaban los de Santander.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Suárez manipula significado del argumento de las *res communes omnium*. En mi análisis he comprobado, en efecto, su tendencia a mezclar las nociones de *publicum* y *communis*, hasta el extremo de presentar sorpresivamente las *res communes omnium* como un grupo de cosas públicas sustraídas a todo poder de concesión de los príncipes⁷⁹. Este modo de razonar no sería peculiar de Suárez ni de su *allegatio* n.º 17, pues hay quien dice que la tendencia a aproximar los términos *publica* y *communis*, de modo de acentuar el carácter de *res publica* de los espacios marítimos, nace ya con los glosadores⁸⁰. Pero Suárez sabía perfectamente la diferencia entre lo público y lo común a todos los hombres: en la *allegatio* n.º 15, para negar que ciertos términos de la villa de Peñafiel puedan haber sido prescritos por la de Curiel, utiliza una noción clara de las *res publicae (in publico usu)* y se basa, entre otras fuentes, en un texto relativo a la prescripción de *loca iuris gentium publica* que a su vez, en nuestra *allegatio* n.º 17, refiere explícitamente a las *res communes omnium*⁸¹. Y en la *allegatio* n.º 16 sobre la pesca fluvial, la afirmación «*ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque*» es seguida por esta aclaración: «*intelligitur publica, scilicet omnium populorum... alia dicuntur publica, quae sunt huius populi vel illius tantum, ut theatrum, campus Martium, et similia*»⁸².

Por último, ¿qué aspecto tiene el derecho que se refleja en el escrito de Suárez? En lo que toca a las fuentes predomina el elemento romano con más de treinta citas distintas de las diferentes partes del *Corpus iuris civilis*; aunque mucho menor, la presencia del derecho canónico destaca por el carácter profano del pleito; el derecho castellano se encarna en unas pocas leyes de Partidas alegadas con el fin principal de exhibir su coincidencia con las fuentes romanas; hay un capítulo de los *Libri feudorum* que no es fuente independiente, sino parte de los *libri legales*⁸³; y, por último, una ley de Cortes de 1480. En cuanto a la doctrina, la glosa y los comentarios de Bártolo, Baldo, su hermano Angelo y algún otro suelen ser la puerta de acceso a los textos romanos y canónicos, si no la lente para extraer de ellos el sentido más conveniente a las tesis defendidas. Alvaroto e Isernia cumplen la misma función en relación con el capítulo de los *Libri feudorum*.

⁷⁹ En *Consilium*, n. 14.

⁸⁰ Cfr. el detenido análisis de CHARBONNEL, N., y MORABITO, M., «Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs», en *RHDFE*, 65, 1987, pp. 34 ss., esp. 41.

⁸¹ D.41.3.45 pr.; vid. *Allegatio* 15, nn. 1-3.

⁸² Vid. *Allegatio* 16, n. 2.

⁸³ Cfr. Enrique de Segusio el Hostiense, *Summa Aurea*, proem., n. 7: «Et ut breviter comprehendam, in 50 libris Pandectarum, 4 Institutionum, 12 Codicis, 9 Collationibus Authenticorum, Novella, Lombarda, et Constitutionibus feudorum, consistit legalis sapientia».

EL MAR Y LOS PUERTOS ENTRE LAS *RES COMMUNES OMNIUM* Y LAS *RES PUBLICAE*... ■

El esquema descrito se corresponde en conjunto la articulación del *ius commune* y los *iura propria* en vigor a fines del siglo xv o inicios del xvi, época del informe. Respecto al uso de los textos de ambos derechos y de las citas doctrinales, conviene recordar que en Castilla, y precisamente para las alegaciones forenses, esa posibilidad no dejó de estar contemplada en la legislación real, dentro de límites bastante estables por lo demás, hasta 1805⁸⁴.

⁸⁴ Vid. SERNA VALLEJO, «El régimen legal», *cit.*, pp. 26 ss.

