

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**EL MAR, ¿*RES COMMUNIS OMNIUM*? DOGMA Y REALIDAD
DESDE LA ÓPTICA JURISPRUDENCIAL**

**THE SEA, *RES COMMUNIS OMNIUM*? DOGMA AND
REALITY FROM THE JURISTS' STANDPOINT**

Bernardo Periñán
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
bpergom@upo.es

INDICE: 1. Planteamiento: luz y sombra de las clasificaciones jurídicas. 2. El mar, cosa común a todos en el pensamiento de Marciano y Justiniano. 3. Usos económicos del mar: usos libres y usos controlados. 4. Vaivenes jurisprudenciales sobre el régimen jurídico del mar. 5. Elio Marciano en el origen del problema, y de la solución. 6. Conclusiones.

1. Las clasificaciones -todas- suponen una reducción de la realidad a términos simples y pretendidamente comprensibles. Se realizan a menudo con la intención de exponer o facilitar la comprensión de una materia, pero también con la finalidad de ordenar una multitud de casos particulares favoreciendo así su regulación, labores todas loables aunque la reducción a planteamientos sencillos pueda esconder la complejidad de la práctica¹. De ahí que cuando se profundiza en un tópico concreto resulte obligado cuestionar el dogma clasificatorio, o repensarlo al menos, a la luz de esos mismos hechos que en Derecho romano se representan en las fuentes. Por el contrario, no dudar de la certeza clasificatoria puede suponer, en muchos casos, dejarse llevar por instrumentos pedagógicos o sistematizadores que deberían tener un alcance limitado a la

¹ Vide al respecto, por ejemplo, D. NORR, *Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (Berlin 1972) passim esp. pp. 20 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, en *La filosofia greca e il diritto romano* (Roma 1977) pp. 3-290; R. MARTINI, *Genus-species e i giuristi romani*, in *Labeo* 24 (1978) pp. 321-339.

formación jurídica o, en su caso, a la normativización de la vida social. Cabe también la posibilidad de que las clasificaciones jurídicas obedezcan a otro tipo de intereses, filosóficos o claramente políticos, por ejemplo, pretendiendo ofrecer con las mismas una determinada visión -interesada- de la realidad del Derecho².

Las clasificaciones comparten además los inconvenientes de las discutibles *definitiones*, santo y seña de la abstracción jurídica. A las advertencias de Javoleno ante la maleabilidad de las definiciones³, habría que añadir las de Pomponio y Marciano sobre su dificultad⁴, las de Marcelo acerca de su

² Desde una perspectiva sistemática, las clasificaciones se presentan como herramientas favorecedoras de una pretendida científicidad del Derecho, lo que no siempre responde a la realidad del mismo. Como afirma F. CUENA, *Sistema jurídico y Derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander 1998) p. 20: “[...] la idea de sistema jurídico, la idea de derecho como sistema con sus resonancias implícitas de unidad, completud y coherencia, queda demasiadas veces protegida en cierto modo frente a una crítica rigurosa hasta el final, pues el esfuerzo de los juristas se aplica de ordinario a su defensa.”

³ D. 50,17,202 (*Iav. 11 epist.*)

⁴ D. 22,1,32 pr. (*Marc. 4 resp.*)

abusividad⁵, las de Celso respecto a su inexactitud⁶ y las reservas expresadas por Ulpiano en cuanto a su imperfección⁷.

Por otra parte, de no ahondarse en el sentido y razón de ser de una clasificación determinada, se corre el riesgo de quedar sorprendidos a cada paso que demos, al descubrir con pasmo las inconsecuencias entre caso y dogma. Es, por tanto, menester entrar en la letra menuda de la práctica jurídica, que nunca es incoherente por sí misma porque refleja la realidad y sus necesidades, pero que sí puede llegar a serlo respecto a una adjetivación demasiado amplia e incluso ideal, en ocasiones más cercana al deseo que a la realidad. En el presente estudio trataremos de penetrar en la concepción jurídica del mar en la antigua Roma, valorando no sólo lo que de él se dice sino lo que en él se hace, es decir, la teoría o el dogma y su contraste con la práctica o el caso⁸.

⁵ D. 32,69,1 (*Marcell. l.s. resp.*)

⁶ D. 34,7,1 pr. (*Cel. 35 dig.*)

⁷ D. 34,2,27,3 (*Ulp. 44 ad Sab.*); 50,16,167 (*Ulp. 25 ad Sab.*)

⁸ No olvidemos, en cualquier caso, que el recurso de los juristas romanos a herramientas sistematizadoras, como las distinciones *genus-species* o las *definitiones* es puntual. Esas técnicas son “importadas de la filosofía o la retórica” con una determinada finalidad y no se aplican “al material

La bibliografía sobre el particular es muy extensa, en consecuencia con la importancia del medio para actividades de todo tipo, muchas de ellas con relevancia jurídica. La doctrina romanística se ha ocupado de manera decidida de esta cuestión, en estudios monográficos o en el marco más general del régimen jurídico de las cosas. Puede decirse que el interés científico sobre la naturaleza jurídica del mar en el Derecho romano abarca desde finales de s. XIX hasta los años 70 del pasado siglo, si bien este objeto de estudio se ha visto revitalizado en los últimos años⁹. Precisamente uno de los

jurídico existente en su conjunto". Al respecto, F. CUENA, *Sistema jurídico y Derecho romano* cit. p. 67. Esa finalidad es a menudo escolástica, como representan las Instituciones de Gayo, a lo que el citado autor dedica un análisis extenso, vide ID., *Ibid.* pp. 101 ss.

⁹ S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Nuevas observaciones sobre la condición jurídica del mar y sus litorales en el Derecho romano*, en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes* (Burgos 2000) pp. 103 ss. Un elenco de la bibliografía fundamental al respecto -en el marco temporal señalado- puede verse en ID., *Ibid.* p. 105, n. 1. Además de la que se cita en dicha sede, ha de tenerse en cuenta la siguiente: M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno*, en *BIDR.* 4 (1890-91) pp. 219 ss.; E. COSTA, *Il mare e le sue rive nel diritto romano*, en *Rivista di Diritto Internazionale* 5 (1916) pp. 337 ss.; F. MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, en *RISG.* 62 (1919) pp. 149 ss.; N. CHARBONNEL-M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, en *RHDFE.* 65 (1987) pp. 23 ss.; M.G. ZOZ,

autores que se ha encargado recientemente del tema, ha afirmado que a pesar de desarrollarse una “generosa y fructífera literatura”, la doctrina “no ha conseguido construir una *communis opinio* sobre la naturaleza jurídica del mar y sus litorales”¹⁰. Precisamente, quizá sea esa insatisfacción la razón última de la multiplicidad de estudios y la motivación interna de este mismo.

Riflessioni in tema di Res publicae (Torino 1999); M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico* (Milano 2003); G. KLINGENBERG, *Maris proprium ius in D. 47.10.14*, en RHD. 72 (2004) pp. 37 ss.; G. PURPURA, *Liberum mare, acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico*, en AUPA 49 (2004) pp. 165 ss.; E.M.^a POLO ARÉVALO, *Consideraciones en torno a las res quae publicis usibus destinatae sunt*, en P. RESINA SOLA (ed.), *Fvndamenta ivris. Terminología, principios e interpretatio* (Almería 2012) pp. 167 ss.; A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, en C. BALDUS et al. (eds.), *Dogmengeschichte und historische individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani* (Trento 2012) pp. 593 ss.; L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium e litus maris*, en I. PIRO (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino II* (Tricase 2016) pp. 333 ss.; C. SPANU, *Mare, et per hoc litora maris (I. 2.1.1). Gestione e tutela del litorale marittimo nel diritto romano* (Sassari 2012); D. DURSI, *Res communes omnium* (Napoli 2017)

¹⁰ ID., *Ibid.* p. 105.

Con este trabajo, pretendemos poner sobre la mesa algunos elementos interpretativos que podrían provocar un replanteamiento de la cuestión, no sólo desde un punto de vista textual, sino también desde una perspectiva contextual. En el mismo orden de cosas, el mencionado Castán afirma: “A nuestro juicio, la cuestión del mar y sus litorales debe ser estudiada en el seno mismo del sistema administrativo y puesto en relación con los otros bienes que integraban las dependencias del dominio público de Roma”¹¹. Sin embargo, nuestro planteamiento pretende ir más allá *-plus ultra*, en términos marítimos- y entrar en la calificación del mar como *res communis omnium* en las Instituciones de Marciano y su razón de ser, teniendo presente quién es Marciano y cuándo y por qué se compone la obra en que se origina esta controvertida calificación del mar.

Por otra parte, ésta *-la de cosa común a todos los hombres-* no ha sido la única calificación recibida por el mar por parte de la Jurisprudencia romana. Del tenor literal de las fuentes, cabe incluso describir contradicciones entre textos atribuidos al mismo jurista, lo que ha dado pábulo a las más variadas conjeturas interpolacionistas. Respecto al mar y sus costas, convive la calificación como *res communis omnium* con las de *res publica*, *res publica iuris gentium* e incluso *res nullius*¹².

¹¹ Vide ID., *Ibid.* p. 107.

Entendemos pues que no sólo hay que interpretar la reducción de la realidad -que implica toda labor clasificatoria- en función de su finalidad, sino tratar de entenderla en el contexto de su autor y de su tiempo. Quizá así se justifique, en el caso de que seamos capaces de llegar a conclusiones verosímiles, que nos aproximemos ahora a un tópico clásico que podría tenerse por superado. Desde la perspectiva que pretendemos adoptar, las clasificaciones jurídicas son consecuencia de un determinado modo de pensar y de un conjunto concreto de circunstancias históricas. Por ello, aplicarlas con carácter atemporal o permanente puede dar lugar a que se dogmatice artificialmente la realidad de aquello que se somete a la frialdad de las *summae divisiones*. Incluso la realidad clasificada y los calificativos que se emplean en esas sistematizaciones pueden no coincidir con su sentido en los momentos posteriores a su elaboración: ni sustantivos ni adjetivos tienen por qué mantener su significado eterna e indefinidamente, al cambiar la realidad física, social y jurídica en que se originaron. De este modo, tratamos de evitar el tratamiento ciego de la riqueza de la actividad humana, lo que

¹² Sobre las distintas calificaciones del mar y el litoral recogidas en la jurisprudencia romana, puede verse un ilustrativo cuadro en ID., *Ibid.* p. 106.

implica reflexionar sobre el sentido originario que pudo tener una determinada adjetivación.

Para este fin, y por lo que a nosotros interesa, es prudente situar las concretas creaciones jurisprudenciales, también las clasificaciones, en el conjunto de la obra de sus autores y en la propia idiosincrasia de éstos, condicionada por distintos factores. Por otra parte, entendemos que los juristas y sus obras no pueden separarse de sus circunstancias personales e históricas. Como sabemos, el pensamiento de cada uno de ellos condiciona sus planteamientos jurídicos y distingue a unos jurisconsultos de otros; también lo hacen su formación, su experiencia vital y el tiempo que les tocó vivir, condicionado por factores políticos, geográficos, económicos, culturales e incluso tecnológicos. De la misma manera, ha de tenerse presente que no todas las obras de un mismo jurista tienen idéntica finalidad y éste ha de ser también un dato a valorar en la interpretación textual.

En definitiva, en la exégesis de las fuentes se trata de tener en cuenta todas las variables posibles para captar el sentido correcto de una idea, en este caso de una concreta calificación jurídica cuya trascendencia posterior resulta particularmente relevante. En el análisis de los textos, tal y como lo entendemos, no basta pues con la traducción literal del pasaje, si es que ésta fuera posible. Tampoco es suficiente la

relación de un texto con otros dentro de la obra de la que proviene. En otras palabras, creemos que es necesaria la contextualización subjetiva y objetiva de las propuestas que hacen los juristas en cada caso, también y muy especialmente cuando llevan a cabo abstracciones como las que representan las definiciones o clasificaciones pretendidamente accesibles¹³.

2. Es de general conocimiento que la consideración del mar como *res communis omnium* tiene su punto de inflexión definitivo en un texto de Marciano, y que desde ahí llega hasta las Instituciones justinianas, que prefieren esta influencia a la de su referente habitual en otros temas, Gayo¹⁴. Como sabemos, éste no menciona el mar al tratar la clasificación de las cosas en sus *Instituta*, pues tras distinguir las *res* patrimoniales de las que no lo son, se centra con detalle en la que se considera la más

¹³ Un primer acercamiento por nuestra parte a la labor clasificatoria de los juristas romanos puede verse en B. PERIÑÁN, *Pomponio y la clasificación de los modos de extinción de las obligaciones*, en *IVRA*. 52 (2001) [publ. 2005] pp. 180-225.

¹⁴ Sobre la relación entre la clasificación gayana de las cosas y la justiniana, vide G.G. ARCHI, *La summa divisio rerum in Gaio e in Giustiniano*, en *SDHI*. 3 (1937) pp. 5 ss.; también F. CUENA, *Sistema jurídico y Derecho romano* cit. p. 113.

antigua de las distinciones, la que separa las cosas de derecho divino de las de derecho humano¹⁵. Todo lo que se incluye en la primera categoría se excluye del dominio privado: *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est*¹⁶. Entre ellas distingue las cosas sagradas, las religiosas y las santas. Para Gayo, las cosas de derecho humano tienen normalmente un dueño¹⁷, salvo que sean públicas, *ipsius enim universitates esse creduntur*. Éstas tienen un titular colectivo en contraposición a las cosas privadas, que tienen dueños singulares: *privatae sunt, quae singulorum hominum sunt*¹⁸. Salvo la referencia incidental al suelo provincial, que puede ser *dominium populi Romani vel Caesaris*¹⁹, en esta sistematización isagógica no se mencionan cosas concretas que tengan la consideración de públicas. Más adelante, Gayo tratará la distinción entre cosas corporales e

¹⁵ Gai. 2,1. Al respecto, vide G. GROSSO, *Appunti sulle distinzioni delle res nelle Istituzioni di Gaio* (Milano 1938) pp. 5 ss.

¹⁶ Gai. 2,9.

¹⁷ Gai. 2,9.

¹⁸ Gai. 2,11.

¹⁹ Gai. 2,7.

incorporales²⁰, y a continuación la diferencia entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*²¹. En las Instituciones gyanas no hay rastro explícito, por tanto, de la calificación jurídica del mar.

Sin embargo, casi un siglo más tarde, el jurisconsulto tardo-clásico Elio Marciano sí afronta de modo expreso el problema de la consideración del mar desde el punto de vista jurídico en el seno de un ejercicio sistemático. Como es sabido, Marciano es autor -como Gayo- de unas Instituciones que destacan entre su extensa producción jurídica²². En esta sede, un amplio conjunto expositivo de carácter teorizante pero más complejo que su precedente gyanano, se aborda con cierto éxito - como veremos a continuación- la cuestión que nos ocupa. Examinaremos pues un texto muy conocido al tiempo que celebrado, a juzgar por su influjo posterior en la propia tradición y en la doctrina.

²⁰ Gai. 2,12-14. Sobre la cosificación de los derechos, vide C. BALDUS, *Res incorporales im römischen Recht*, en ID., *Espacios de particulares, espacios de juristas. Estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016* (Madrid 2017) pp. 137 ss.

²¹ Gai. 2,14^a-22.

²² Sobre algunos aspectos biográficos e historiográficos de Marciano, de particular relevancia en nuestro planteamiento, vide *infra* § 5.

Con Marciano se abre una línea clasificatoria con el mar como objeto, que tendrá no pocas consecuencias en el futuro, seguro inimaginables a principios del siglo III d.C. En su tiempo, esa concepción del medio marino tiene una serie de antecedentes culturales y jurídicos, a los que aludiremos, lo que precede y acompaña a esta visión que el jurista tiene acerca del mar como posible objeto de derechos. No en vano, el mismo Ulpiano parece compartir esta calificación, como veremos, que tiene también implicaciones evidentes desde la perspectiva puramente económica en el propio mundo romano, como no escapa al lector informado y tendremos ocasión de tratar. No podemos caer, sin embargo, en la confusión entre una propuesta jurisprudencial, privada y particular de un jurista, por más que tenga una evidente conexión con el poder público, y una clasificación legal; tampoco debe olvidarse que el empleo de medios sistematizadores de la realidad jurídica responde a una propuesta personal de cada jurista, muy lejos de la existencia de unas categorías previamente formuladas desde instancias teóricas y universalmente aceptadas²³.

²³ F. CUENA, *Sistema jurídico y Derecho romano* cit. p. 145: “[...] el Derecho romano no tuvo especial necesidad de sistematización doctrinal ni legislativa intensa, ni en sentido moderno ni en sentido antiguo, y [...] es muy dudoso que en ninguna fase de su desarrollo se haya aproximado *ex natura sua* a la imagen cabal del sistema jurídico de la Teoría del derecho contemporánea.”

Entrando en el planteamiento de Marciano sobre el tema que nos ocupa, comprobaremos, en primer término, que el pasaje es aparentemente pedagógico, ilustrativo y sencillo. Se trata como sabemos de un texto plano, isagógico, que no plantea la cuestión en términos de conflicto, como sería propio de la literatura problemática romana. Empero, en esta literatura jurídica divulgativa romana la aparente simpleza no nos priva de dificultades, por suerte o por desgracia. En el sentido en que venimos exponiendo, la sencillez superficial necesita de una explicación que puede llegar a ser compleja, como veremos a continuación.

D. 1,8,2 pr. (Marcian. 3 inst.) *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.*

La idea de Marciano, como comprobamos sin demasiado esfuerzo, parte de una sistematización de las cosas en cuatro categorías: las que son comunes a todos, las que tienen un dueño colectivo, las que no tienen dueño y las que tienen dueños singulares. Se dibujan pues cuatro grupos bien definidos, si bien el último afectaría a la mayoría de las cosas (*pleraque*) y los tres primeros a conjuntos menores que formarían grupos más reducidos (*quaedam*). Curiosamente, sólo respecto al primero y al último de estos conjuntos hace referencia Marciano, y de modo casi incidental, a su régimen jurídico. Así, para el jurista, las cosas que son *communia omnium*

lo son *naturali iure*, mientras que las que tienen dueños singulares son adquiridas por distintas causas, que hay que identificar como distintas de las naturales, por oposición con lo expresado anteriormente. Como vemos, nada se dice en esta primera aproximación clasificatoria acerca del modo en que se adquieren las cosas que tienen dueños colectivos y qué cosas son las que no tienen dueño o cómo pueden llegar a tenerlo.

Tanto en la compilación justiniana como en la reconstrucción palingenésica de la sede original, la mención directa del mar aparece inmediatamente después de que se enuncie esta clasificación general²⁴. Marciano afirma que las cosas *communes omnium* lo son *naturali iure* y conforman un conjunto cerrado (*sunt illa*) donde sin duda (*quidem*) están el aire, el agua que discurre libremente, el mar y en consecuencia (*per hoc*) sus costas.

D. 1,8,2,1 (Marcian. 3 inst.) *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Es curioso, pero la enumeración parece ordenada en atención a la dificultad de asumir que determinados bienes pueden ser considerados sin dificultad, naturalmente, como comunes a todos los hombres. Si comparamos el aire y el litoral,

²⁴ Vide O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, reimpr. de la ed. Lipsiae 1889, vol. I (Roma 2000) col. 655.

los dos extremos del elenco, podemos percibir el contraste con claridad. La posibilidad de que alguien se apropie de un bien y otro es abiertamente distinta, aunque sólo sea porque el aire es inaprehensible y difícilmente explotable, mientras que las costas tienen una entidad material evidente y una utilidad económica indudable²⁵. El aire actúa como el mejor ejemplo posible de este conjunto de *res communes omnium*, en tanto se necesita de los ejemplos anteriores -el agua que fluye libremente y el mar- para completar la citada enumeración con la referencia al *litora maris*. Es más, las costas serían comunes a todos los hombres al ser *pars maris*, cabría decir a juzgar por empleo de la expresión *per hoc*, lo que supone una justificación reforzada que se une al ya mencionado *ius naturale*²⁶. Obsérvese que más allá de esta referencia directa y terminante al Derecho natural, nada se aclara sobre las razones para que el aire, el agua *profluens* y el mar integren, con la seguridad que dice el texto (*et quidem*), este conjunto de cosas comunes a todos los hombres. Sin embargo, las costas se agregan a este conjunto

²⁵ Las fuentes recogen distintas definiciones de *litus*, cfr. D. 50,16,96 (*Cel. 25 dig.*); D. 50,16,112 (*lav. 11 ex Cass.*); IJ. 2,1,3.

²⁶ Resulta obligada la referencia al concepto de *ius naturale* atribuido a Paulo, tan cercano en el tiempo a Marciano: D. 1,1,11 (*Paul. 14 ad Sab.*): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.*

cerrado por su inescindibilidad respecto al mar: si el mar es *communis omnium, per hoc*, las costas también²⁷.

El conjunto textual atribuido al libro tercero de las Instituciones de Marciano y recogido en D. 1,8,2 pr. y D. 1,8,2,1, al que acabamos de aludir, ha sido objeto de frecuentes sospechas de estar interpolado. Las críticas se han centrado especialmente en el inciso final “*et per hoc litora maris*”. En nuestra opinión, sin que pueda afirmarse en todo caso la genuinidad de estos conocidos pasajes, este modo -desconfiado- de aproximarse a las fuentes se convierte a menudo en un medio de solución de los problemas de interpretación cuando, como es el caso, se trata de textos de tanta trascendencia. Así, la doctrina de aquella etapa marcada por la desconfianza hacia los textos -tan bien definida y representada en este campo por autores como Perozzi, Grosso y Lombardi- presume la falta de integridad de estas fuentes, en tanto textos clásicos, y no duda en acudir a las interpolaciones para solventar la compleja hermenéutica de la calificación del mar como *res communis omnium* y de esta categoría en particular²⁸.

²⁷ Las costas, además de su valor económico, tienen una función vinculada al rescate de naufragos, lo que se ha vinculado a su valor como *res communis omnium*. Al respecto, vide S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes de dominio público en el Derecho romano*, en *Derecho y Opinión* 3-4 (1995-1996) p. 276.

²⁸ ID., *Ibid.* p. 273, n. 127.

En cuanto a la consideración del mar como una sola cosa, hemos de tener presente que ello implica una perspectiva amplia que requiere un cierto grado de desarrollo técnico, conocimiento geográfico y control del medio marino. Sólo en esas condiciones habría sido posible proyectar su representación jurídica más allá de lo derivado de la simple observación costera o de la navegación de cabotaje, cercana al litoral, tan distinta en exigencias marineras a la navegación de altura. Desde tierra, el mar representa una inmensidad, un abismo, que resulta difícil de abarcar idealmente. Conocer su extensión y sus confines es especialmente complejo, a diferencia del medio terrestre, mucho más fácilmente representable y mensurable. Por ello entendemos que en el tiempo en que el medio marino se mantiene como una realidad ignota de la que se desconocen formas y límites, su identificación con un solo concepto en el lenguaje y en el Derecho no abarcaría su verdadera dimensión, sino sólo lo inmediato.

Por otra parte, la cosificación jurídica del mar es, por sí misma, ejemplo de un cambio conceptual respecto al medio marino que no puede pasar desapercibido. Si el mar se menciona en la obra de Marciano, es porque se hace necesario llegar hasta ese punto y aclarar su régimen jurídico. Como hemos visto, el jurista se afana en justificar, *naturali iure*, la

calificación del mar y otras *res communes omnium*, pero recordemos: el mar y, *per hoc*, las costas aparecen en el último término de la enumeración contenida en D. 1,8,2,1 (*Marcian. 3 inst.*), lo que indica un especial interés en las mismas al situarlas a la altura del aire, inaprensible, y del agua que fluye libremente²⁹. En este orden de ideas, es oportuno recordar que, a pesar de las dudas que plantea la doctrina, “la palabra *res* se usa para indicar aquello que puede ser objeto de derechos, sea un bien corporal o espiritual”³⁰. Debió ser necesario, por consiguiente, esclarecer el régimen jurídico del medio marino desde que se plantea la posibilidad de ejercer derechos particulares sobre el mismo, siquiera sea para despejar dudas sobre su hipotética ocupabilidad.

Como hemos comentado, su identificación como *res*, en tanto “porción definida de la realidad sensible”³¹, no alcanzaría

²⁹ Sobre la concreción del significado de la expresión *aqua profluens*, vide ID., *Ibid.* pp. 274 s.

³⁰ Acerca de la idea de cosa en la Jurisprudencia romana vide, por ejemplo, entre la extensísima bibliografía, J.D. TERRAZAS PONCE, *El concepto de “res publicae”*, I: *La noción de “res” en el lenguaje de los juristas romanos*, en *REHJ.* 32 (2010) pp. 127 ss.; C. BALDUS, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all’editto del pretor urbanus*, en ID., *Espacios de particulares cit.* pp. 165 ss.

la verdadera dimensión y entidad del mar, lo que requiere un desarrollo tecnológico considerable en cuanto a la navegación, pero también respecto a la geografía y la cartografía marina³². Por ello, durante mucho tiempo, el mar será para los romanos el mar inmediato, solamente, que es también la parte más fácilmente explotable del mismo. El resto del mar y sus territorios -como las islas más lejanas- quedarán en el ámbito de lo insondable, de lo desconocido, y al albur de la imaginación o la leyenda³³.

Para comprender por qué se define globalmente al mar como *res communis omnium* debemos tener presente un rasgo propio del medio marino: su inseparabilidad en partes estables. Esta imposibilidad de ser parcelado tiene como consecuencia

³¹ En afortunada expresión de S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes* cit. p. 262.

³² El desarrollo de la cartografía romana es inicialmente terrestre, y sólo con el tiempo, abarcará el mar. Muy señaladamente, Agripa -consumado marino- destacará en la representación del mundo romano, aunque su muerte en el año 12 a.C. le impidió ver su tarea completada, por lo que la empresa de elaborar una representación del mundo conocido fue concluida por el propio Augusto. Sobre el particular, vide O.A.W. DILKE, *Greek & Roman maps* (London 1985) pp. 39 ss.

³³ Vide M. VALLEJO GIRVÉS, *Tierras fabulosas del mundo romano y cristiano*, en F.J. GÓMEZ ESPELOSÍN et al. (ed), *Tierras fabulosas de la Antigüedad* (Madrid 1994) pp. 307 ss.

que no pueda ser considerado entre las *res privatae*, como objeto de la propiedad privada y otros derechos reales, necesitada de límites y contornos bien definidos que separen un derecho de otro, que permitan su transmisión *inter vivos* y *mortis causa*, así como sus sucesivas fragmentaciones o ampliaciones. Todo el mar -sea cual sea su extensión y aunque ésta no se conozca- es tenido por tanto como una sola cosa, un elemento material determinado a pesar de su indefinición geográfica. En otras palabras, en la medida en que no cabe fraccionarlo al modo de la tierra, como consecuencia de su variabilidad por efecto de las mareas o de las inclemencias meteorológicas, es patente la dificultad para establecer confines dentro del mismo, lo que excluye una hipotética aplicabilidad del régimen jurídico privado al medio marino. Sin duda, ésta es una clave que debemos valorar para entender el trato jurídico diferente que reciben el mar y la tierra firme. Así, el mismo Columela, por ejemplo, en su afán por devolver el protagonismo a las actividades agrarias, relaciona el mar con la injusticia al entender que el ser humano es una criatura terrestre. Actividades tales como el comercio marítimo son consideradas contrarias al orden natural de las cosas, *rupto naturae foedere*, desde su punto de vista³⁴.

³⁴ Col. 1 *Praef.* 8. Al respecto puede verse nuestro estudio, *Ideas jurídicas en la obra de L. Junio Moderato Columela*, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 24 (2017) pp. 53 ss.

Respecto al enfoque de este problema en la doctrina posterior a Marciano, es poco discutible la influencia de este jurista en los autores de las Instituciones de Justiniano. Como es sobradamente conocido, en esta obra de enorme difusión posterior se dedica al mar una calificación inicial sustancialmente idéntica que la que acabamos de examinar. Sin embargo, el sentido y razón de ser de esta consideración del mar no tienen por qué coincidir con una adjetivación que la precede en más de 300 años y obedece -creemos- a razones propias de aquel tiempo. Sin que nuestro objetivo sea ahondar en la cuestión desde la perspectiva romano-bizantina, puede afirmarse el influjo inicial de la bipartición gayana en la clasificación de las cosas que recogen las Instituciones de Justiniano, en tanto se distinguen las cosas *quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostro patrimonio habentur*³⁵. Fijado este marco general, como sabemos, en las *Institutiones Iustiniani* se abandona el esquema de Gayo para tomar el camino de Marciano, continuando la clasificación de las cosas con una evocación, casi literal, del viejo texto tardoclásico: *Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum quae variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subiectis apparebit.*

³⁵ IJ. 2,1 pr.

La idea de Marciano sobre la naturaleza jurídica del mar sigue presente en las Instituciones justinianas, IJ. 2,1,1: *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens et mare, et per hoc litora maris*. Sin que pretendamos indagar en las diferencias que existen entre el texto clásico y el justiniano, cuestión que escapa ahora a nuestro objetivo, los autores de las instituciones bizantinas van más allá de lo puramente formal respecto al tema que nos interesa. En este sentido, y sin entrar en detalle, se garantiza el acceso general a la costa (*litus maris*), con exclusión de las construcciones allí existentes (*villis et monumentis et aedificiis*)³⁶. Resulta sin embargo inevitable hacer referencia a que en la parte final de este último texto se aluda al *ius gentium* como fundamento de la naturaleza jurídica del mar, lo que choca, en el mismo entorno conceptual, con la alusión al *ius naturale* en la obra de Marciano³⁷.

³⁶ IJ. 2,1,1: *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

³⁷ Sobre la idea de *ius gentium*, con bibliografía fundamental, vide C. BALDUS, *Ius gentium*, en ID., *Espacios de particulares* cit. pp. 341 ss., quien afirma: “Alla fine della classicità il *ius gentium* costituisce perciò uno strato giuridico non chiaramente distinto dal *ius civile*, a cui è francamente consentanea, ora come allora, una particolare flessibilità.”

En las Instituciones de Justiniano, el *ius gentium* también sería el fundamento del uso público de las costas, no sólo del mar, lo que abarca la instalación en la costa de construcciones efímeras para protegerse de las inclemencias meteorológicas y realizar algunas faenas vinculadas a la actividad pesquera, como secar redes, aunque no se reconozca propiedad privada sobre dicho suelo³⁸. Por otra parte, esta *Instituta* recoge de modo novedoso una alusión al lecho marino, al equipararlo con la costa y el mar, en cuanto a su régimen jurídico: IJ. 2,1,5 *i.f.*: *Proprietas autem eorum postest intelligi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et, quae subiacet mari, terra vel arena*. En este sentido, resulta en cierto modo paradójica la consideración como *res nullius*, y por tanto abierta a la ocupación, de la *insula in mari nata*³⁹. Por completar nuestra somera exposición sobre el medio marino y sus aledaños en las Instituciones justinianeas, hemos de hacer referencia al carácter público de los puertos y a la afirmación de un *ius piscandi omnibus* en dicho lugar⁴⁰. También se alude a la delimitación el ámbito marino costero

³⁸ IJ. 2,1,5.

³⁹ D. 41,1,7,3 (*Gai. 2 rer. cott.*): *Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur*. [...]. También en IJ. 2,1,22.

⁴⁰ IJ. 2,1,2.

(*litus maris*), marcado por la franja hasta donde alcanza el oleaje invernal⁴¹.

Como vemos, sin que proceda desviarse de la referencia clásica que hemos tomado como objeto principal de estudio, la regulación jurídica del medio marino en las Instituciones de Justiniano tiene una evidente vocación de globalidad y en ella es patente la influencia de Marciano, aunque -como hemos comentado- la coincidencia de la adjetivación que recibe el mar en dos momentos tan distintos y distantes de la historia jurídica romana -el final de la época clásica y la época justiniana- no ha de conducirnos necesariamente a que sus respectivas razones de ser tengan que ser las mismas.

3. El mar es un bien de enorme utilidad estratégica y económica para los pueblos de la Antigüedad. Singularmente, hemos de valorar la importancia del Mediterráneo, mar interior en torno al que se forjó la que será la civilización greco-romana⁴², pero que también fue cuna de las más antiguas culturas del Oriente Próximo y más allá, hacia el fondo de la

⁴¹ IJ. 2,1,3.

⁴² Sobre el mar en Grecia, entre las muchas referencias que podrían tomarse, preferimos una de sabor romanístico: Á. d'ORS, *Mare Nostrum*, en ID., *De la Guerra y de la Paz* (Madrid 1954) pp. 46 ss.

Historia⁴³. Para Roma, el mar no es sólo vía de conquista o transporte, escenario de batallas o complemento a las residencias de descanso gracias a la amable contemplación paisajística; también es un ámbito productivo a través de la pesca extractiva, de los cultivos marinos en la costa o de la obtención de sal. Como hoy, el litoral marino era en la Antigüedad romana un entorno especialmente atractivo para la construcción de edificaciones habitables, con frecuencia dedicadas al ocio, y de instalaciones industriales orientadas a la explotación de los recursos que el mar proporciona, a las labores propias de astillero o al servicio de la navegación⁴⁴.

Si nos centramos en su función económica, la explotación de los recursos marinos es una constante en la historia romana, aunque no se trate de una actividad originaria, a la altura de la

⁴³ F. BRAUDEL, *Memorias del Mediterráneo. Prehistoria y Antigüedad*, trad. esp. a cargo de A. Martorell (Madrid 1998) p. 36, sitúa los primeros intercambios comerciales marítimos hasta cuatro mil años antes del nacimiento de Egipto.

⁴⁴ Acerca de los muchos problemas que plantea la concreción del término *litus* y su casuística específica, vide C. MASI DORIA, *Litus maris: définition et controverses*, in E. HERMON-A. WATELET (eds.), *Riparia, un patrimoine culturel. La gestion intégrée des bords de l'eau. Proceedings of the Sudbury Workshop April 12-14 2012* (Oxford 2014) pp. 233 ss.

agricultura o la ganadería⁴⁵. Sin embargo, con el paso del tiempo, el mar no sólo será fuente de riqueza y una valiosa vía de comunicación, susceptible de un uso sobre todo militar primero y comercial después, sino un ámbito del que se pueden obtener otros bienes a través de procedimientos extractivos, fundamentalmente a través de la pesca y la obtención de sal. Este tipo de actividades económicas no pasan desapercibidas para la *civitas*, que desarrolla un sistema concesional del que obtiene ingresos derivados de la cesión de la explotación del medio marino, en tanto debe excluirse que el mar pueda considerarse una *res privata* a diferencia del suelo itálico⁴⁶.

Algunas de esas actividades marinas de las que se obtienen ingresos públicos se reflejan en el siguiente texto de

⁴⁵ En cuanto a la preferencia de Roma por el medio terrestre, vide L. GARCÍA ARIAS, *La libertad de los mares en la concepción jurídica romana*, en *Estudios sobre Relaciones Internacionales y Derecho de Gentes II* (Madrid 1972) p. 445, n. 4.

⁴⁶ Los ejemplos de concesiones sobre recursos marinos son variados, vide D. 43,14,1,7 (*Ulp. 68 ad ed.*); D. 47,10,13,7 (*Ulp. 57 ad ed.*); D. 50,16,17,1 (*Ulp. 10 ad ed.*); Macr. Saturn. 2,11,3; Fest. s.v. *Lacus Lucrinus*; CIL XIII.8830, que recoge la *Tabula Deae Hlundanae Sacra*, encontrada en la costa de Frisia. Sobre esta última, vide B. BISCOTTI, *Sopravvenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico*, en R. ARANDA RODRÍGUEZ (ed.), *La interpretación del negocio jurídico en la historia* (Madrid 2017) pp. 75 ss., con bibliografía.

Ulpiano⁴⁷: "*Publica*" *vectigalia intellegere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit: quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum et metallorum et picariarum*. Como es sabido, los vectigales "públicos" son aquellas cosas de las que el fisco toma una contribución o *vectigal*, a modo de tributo⁴⁸. Entre los ejemplos que el jurista pone hay al menos dos referidos al medio marino: el que se vincula al uso de los puertos y el de las salinas. Estos bienes -de cuya explotación se obtendrían ingresos fiscales- integran una relación en la que están también las mercancías en general, las minas y las factorías de brea⁴⁹.

⁴⁷ D. 50,16,17,1 (*Ulp. 10 ad ed.*)

⁴⁸ La palabra *vectigal*, *-alis* debe ser tomada en un sentido amplio al no tener un equivalente directo en el Derecho moderno. Sin embargo, puede identificarse a partir de sus efectos al traducirse en un ingreso en las arcas públicas proveniente de una previa concesión de la explotación de un bien. Podía consistir en una cantidad fija o en una parte de los rendimientos derivados del recurso económico de que se trate. Al respecto vide, por todos, F.J. TEJADA HERNÁNDEZ, *El Derecho minero romano ante la Ilustración hispanoamericana* (Madrid 2017) pp. 114, n. 124; 205, n. 190; 207, n. 198.

⁴⁹ A eso parece aludir la palabra *picariarum*, de *picaria*, *-ae*: "A place where the pitch is made", vide P.G.W. GLARE (ed.), *Oxford Latin Dictionary* (New York 2006) p. 1377. En la edición de I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho civil romano III* (Barcelona 1897) p. 914, en lugar de *picariarum* aparece *piscariarum*, lo que aludiría directamente a una actividad extractiva marina de gran trascendencia económica, la pesca. Debe tenerse

A juzgar por este ejemplo, la parte del mar de la que se obtienen ingresos fiscales es la más cercana a la costa, y lo mismo podría decirse respecto a la pesca. En este sentido es clave el factor tecnológico, que condiciona las distintas modalidades de navegación y extracción de recursos. Con los medios de la época en que Marciano escribe, tanto una actividad como otra son esencialmente costeras y en cualquier caso circunscritas al Mediterráneo, especialmente desde la victoria de Roma sobre su antagonista principal, Cartago⁵⁰. A ello se suma lo inhóspito y peligroso del medio marino⁵¹, su inseguridad e incluso el riesgo que implicaba la presencia

en cuenta, sin embargo, la edición a cargo de T. MOMMSEN-P. KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis* I, 8 Auf. (Berlin 1963), que en el citado texto recoge la palabra *picariarum*, alusiva en este caso a la construcción naval.

⁵⁰ Roma no comienza a preocuparse por ejercer un dominio efectivo del mar hasta las guerras púnicas, vide S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Nuevas observaciones* cit. p. 110.

⁵¹ Al respecto, señalamos la ilustrada reflexión de ID., *Ibid.* pp. 108 s., quien alude a la fundación de Roma en un lugar al abrigo del mar, en la mayor consideración de las tropas terrestres sobre las que se encargaban de la navegación militar, la calificación peyorativa de los duros oficios marítimos y la preferencia de los romanos por las aguas dulces sobre las aguas marinas.

recurrente de piratas⁵². Pero, como hemos visto, ni Marciano ni Justiniano señalan espacios marinos separados y sometidos a regímenes distintos atendiendo al distinto grado de aprovechamiento de los diferentes recursos. No se distingue por tanto, desde el punto de vista de su calificación jurídica, la parte más cercana a la costa, y la costa misma, del resto del mar.

A este respecto el problema estaría en la incerteza que provocaría la dificultad para señalar límites entre una zona y otra del mar. Como hemos comentado, la perceptibilidad del mar en su conjunto estaría condicionada por los medios técnicos de exploración y el estado del conocimiento geográfico, por lo que no es descartable que los romanos, cuando se referían al mar como *res* para determinar su régimen jurídico, se refirieran sólo a la parte de éste que conocían y eran capaces de dominar. Así, el *oceanus*, de resonancias míticas, sería aquélla parte del mar que les resultaba totalmente desconocida. El escritor Lucio Ampelio, en el s. II d.C., casi contemporáneo por tanto de Marciano, afirma en su *Liber memorialis: mare quo cingimur universum vocatur oceanum*⁵³. Esta masa de agua que rodeaba el mundo conocido quedaba con toda seguridad al

⁵² Sobre el particular, vide L. MONACO, *Persecutio piratarum I. Battaglie ambigue e svolte costituzionali nella Roma repubblicana* (Milano 1996)

⁵³ Amp. 7.1.

margen de la relevancia jurídica, pues si ya sería complejo plantear el ejercicio de derechos en la parte más lejana a las costas mediterráneas, el océano resultaba del todo hostil al ejercicio de derecho alguno, al tratarse de un medio casi desconocido. Por su parte, el poeta Horacio se refiere al *oceanus* como *dissociabilis*, es decir, como elemento de división y no de unión⁵⁴. En cualquier caso, el mar más lejano -el que no es estrictamente interior o costero- es visto como una barrera, un medio hostil lleno de peligros en el que la supervivencia humana es compleja y al que se acude por razones de estricta necesidad militar o económica.

4. Con la expresión *res publicae* se designan en Derecho romano una serie de cosas que se atribuyen al pueblo romano, lo que tiene como efecto principal su exclusión del dominio privado⁵⁵. Esa adjetivación debe, por otra parte, entenderse abierta a otras entidades colectivas, como los municipios, las colonias y las ciudades libres o federadas⁵⁶, pero en cualquier

⁵⁴ Carm. 1,3,22.

⁵⁵ F. VASALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in Diritto romano*, en *Studi Senesi* 25 (1908) pp. 3 ss., analiza el proceso histórico de restricción de esta terminología a bienes determinados.

⁵⁶ S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes* cit. p. 267, pone de manifiesto las contradicciones del mismo Ulpiano en cuanto al uso del

caso frena el apetito individualista, el *dominium*, principio y fin del *ius privatum*.

Las fuentes, a pesar de su estado fragmentario y de la diversidad terminológica empleada por los juristas, señalan una bien conocida distinción -fundamental- dentro de las *res publicae*, según se trate de *res publicae in publico usu* o de *res publicae in pecunia populi*. Como sabemos, la razón de ser de las primeras es atender directamente a un interés al servicio de la comunidad política, mientras que las segundas proporcionan ingresos al Erario o al Fisco, habitualmente a través de su cesión a particulares. Aquéllas son del todo inalienables y su uso está abierto a todos los ciudadanos, siempre que sea compatible con el derecho del resto de los *cives* a ese mismo uso, so pena de ser demandado a través de la acción de injurias⁵⁷ o de recibir el efecto de la defensa interdictal de ese uso público⁵⁸. Las *res*

adjetivo *publicus*, cfr. D. 50,16,15 (*Ulp. 10 ad ed.*) y D. 50,16,17 pr. (*Ulp. 10 ad ed.*)

⁵⁷ D. 43,8,2,9 (*Ulp. 68 ad ed.*); 47,10,13,7 (*Ulp. 57 ad ed.*)

⁵⁸ D. 43,9,1 (*Ulp. 68 ad ed.*). En general, sobre la protección del uso de las cosas públicas, vide recientemente N. DE ARCO, *I 'loci publici' dal I al III secolo: le identificazioni dottrinali, il ruolo dell' 'usus', gli strumenti di tutela* (Napoli 2004); A. DI PORTO, *'Res in usu publico' e beni comuni. Il nodo della tutela* (Torino 2013)

publicae in pecunia populi, en cambio, tienen naturaleza patrimonial y pueden ser objeto de enajenación si se considera conveniente⁵⁹, cambiando entonces su naturaleza, que pasaría a ser la de una *res privata*⁶⁰.

Entre las *res publicae in publico usu* estarían las vías e infraestructuras de comunicación, como las calzadas o los puertos, los edificios donde desarrollan su actividad las instituciones políticas, así como el foro y las edificaciones allí situadas; también compondrían este conjunto los inmuebles dedicados a actividades colectivas, como las termas y las construcciones destinadas a albergar espectáculos. Estas cosas debían ser declaradas como tales a través de un acto de naturaleza administrativa -la *publicatio*- que las excluía del comercio, si bien determinados bienes estaban dedicados al uso público desde tiempo inmemorial o eran tales por su naturaleza, como los ríos, por lo que no era necesaria una declaración expresa⁶¹. *Res publicae in pecunia populi* serían por ejemplo el *ager publicus*, las minas y todas aquellas cosas que

⁵⁹ Sobre la venta de las cosas públicas, D. 18,1,72,1 (*Pap. 10 quaest.*)

⁶⁰ Por todos, con fuentes y bibliografía, vide S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes cit.* pp. 268 ss.

⁶¹ D. 43,7,3 pr. (*Ulp. 33 ad Sab.*)

pueden cederse a los ciudadanos para que las exploten a cambio de un pago que se ingresa en las arcas públicas⁶².

Como es sabido, esta distinción se basa en una opinión de Celso transmitida por Pomponio y recogida en D. 18,1,6 (*Pomp. 9 ad Sab.*), donde se hace referencia a las cosas *publicae quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur*. La distinción, sobre la que no procede abundar en esta sede, se puede entender recogida en otros textos jurisprudenciales aunque la terminología no sea uniforme, sobre todo porque en la época de los Severos se abre paso la expresión *res fiscales* para referirse a aquéllas que están destinadas a producir rendimientos económicos a favor de las arcas públicas⁶³. Así, Papiniano habla de *res in usu publico* y *res in patrimonio fisci*⁶⁴, mientras que

⁶² Sobre la referida distinción, por todos, vide S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes* cit. p. 268. Sobre las concesiones públicas de bienes, ID., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano* (Madrid 1996)

⁶³ Sobre esta evolución terminológica, vide S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes* cit. p. 269.

⁶⁴ D. 18,1,72,1 (*Pap. 10 quaest.*)

Ulpiano separa las *res in fisci patrimonio* y las *res quae publico usui destinatae sunt*⁶⁵.

En el entorno de problemas que venimos tratando, no puede dejar de subrayarse que las fuentes separan el mar y la franja de tierra que linda con él, aunque puedan recibir la misma calificación jurídica, como hemos visto al analizar la clasificación de Marciano y la de las Instituciones de Justiniano. Sin embargo, a menudo las costas se asimilan más bien a los ríos, entendidos habitualmente como cosas públicas incluso desde el punto de vista de la protección de su utilización a favor de cualquier ciudadano⁶⁶. Ya Neracio, según un texto recogido en D. 41,1,14 pr. (*Nerat. 5 membr.*), considera que el litoral está entre las *res in pecunia populi*, lo que se anticipa en cierta manera a la calificación esencial del mar atribuida a Marciano que considera al mar como *res communis omnium* y en consecuencia, *per hoc*, también a sus costas. No en vano *res in pecunia populi* o *res communis omnium* son adjetivaciones jurídicas que excluyen la propiedad privada. El hecho de que Neracio prestara atención a las costas más de un siglo antes de

⁶⁵ D. 43,82,2,4-5 (*Ulp. 68 ad ed.*), cfr. D. 11,7,8,2 (*Ulp. 25 ad ed.*) y D. 50,16,17 pr. (*Ulp. 10 ad ed.*)

⁶⁶ Así, D. 43,12,1 pr. (*Ulp. 68 ad ed.*); 43,12,1,17 (*Ulp. 68 ad ed.*), donde se recoge la opinión de Labeón favorable a la adaptación de la protección interdictal del uso de los ríos al medio marino.

que lo hiciera Marciano y no aludiera, en cambio, a la naturaleza jurídica del mar muestra la mayor importancia económica de aquéllas sobre éste. En otras palabras: la determinación de la titularidad pública de la franja costera, excluyéndolas así del dominio privado, se erige como una necesidad que precisaba ser subrayada ya a principios del s. II d.C., mientras que el mar en sentido amplio quedaba para este jurista al margen de la necesidad perentoria de calificación jurídica expresa.

Sin embargo, el mar es siempre público, nunca privado⁶⁷. Si hemos de escoger un texto de entre los que aluden a la naturaleza pública del mar, optaremos por aludir a un pasaje de Pomponio en que se evoca a Ticio Aristón, en el que se atiende al problema derivado de la invasión por las aguas marinas de parte del territorio y el problema de su calificación. La respuesta del jurisconsulto lleva a calificar dicha zona como pública, en tanto esa era la naturaleza jurídica del mar que la ocupa: D. 1,8,10 (*Pomp. 6 ex Plaut.*) *Aristo ait, sicut id, quod in*

⁶⁷ S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Nuevas observaciones* cit. p. 114, recoge el pensamiento de Scherillo en el sentido de que “todos los juristas que no conocían la clasificación de las *res communes omnium* consideraban que el mar tenía carácter público.” Sobre la filosofía que preside la obra de este autor en materia de cosas públicas, vide G. PUGLIESE, ‘*Res publicae in usu populi*’ e ‘*in patrimonio populi*’ nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose, en ID., *Scritti giuridici* [1985-1995] (Napoli 2007) pp. 783 ss.

mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum. La contraposición tierra-mar, como privado-público, es evidente en este pasaje, que tomamos en sentido ilustrativo.

Por lo que toca al tema fundamental que nos ocupa, Marciano se anticipa a incluir al mar entre las cosas, de modo explícito y sistemático, es decir, en el seno de una clasificación, pero no es el primero que lo asocia a lo que más tarde serían las *res communes omnium*. En este sentido, puede plantearse si Celso, en el conocido texto recogido en D. 43,8,3,1 (*Cel. 39 dig.*), representa un antecedente de la visión marciana del mar, pues el proculeyano se refiere al uso común de los mares abierto a todos los hombres, sin llegar al extremo de calificarlo expresamente como *res*. Empero, la necesidad de preservar su disponibilidad lleva al jurista a aclarar que no se debe permitir el establecimiento de pilares sobre el mar que impidiesen ese uso abierto a todos: *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

El fragmento en cuestión es de gran interés por lo que sirve para aclarar el régimen jurídico de los mares en Derecho romano, y es de obligada referencia para todos los autores que se han ocupado de este espinoso asunto. Llama la atención, sin duda, la equiparación del mar con el aire, como Marciano hará

casi un siglo más tarde, a pesar de que las posibilidades de explotación privada y pública de un bien y otro son muy distintas. Sin embargo, esta asimilación en cuanto al uso libre del mar y del aire por parte de Celso puede indicar que se renuncia de manera implícita a cosificar aquello que no se puede limitar. En el razonamiento celsino late una finura jurídica difícilmente mejorable: el jurista se refiere al uso del mar y no a su titularidad. El uso es *communem omnibus hominibus*, como el del aire, pero el problema se plantea cuando se hace referencia a la práctica de plantar pilares sobre el mar, que Celso dice que son de quien los plantó. Ahora bien, como muestra la última parte del pasaje, la plantación de pilares sobre el mar necesita de una concesión expresa, pues se afirma que la misma no debe tener lugar si se pusiera en riesgo el uso del mar para todos los hombres.

Este último dato es muy ilustrativo acerca de ese régimen jurídico marino, pues no cabe hablar de concesión si no hay titularidad. Si el texto dice *id concedendum non esse*, en caso de que se pusiese en riesgo la libertad de uso del mar para todos los seres humanos, es que el bien en cuestión tiene un titular, en este caso público pues sólo así procede hablar de concesiones. Tendrá además que haber una autoridad concedente a la que el jurista indica *sensu contrario* que procede la denegación cuando peligra el *communem usum omnibus hominibus* del mar. Ello es además consecuente con la afirmación inmediatamente anterior

del mismo jurista, recogida en D. 43,8,3 pr. (*Cel. 39 dig.*): *Litora, in quae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror*. O lo que es lo mismo, el litoral, que incluye tierra firme pero también una porción de mar, se ha de entender como propio del pueblo romano, siempre que sea capaz de ejercer el *imperium* sobre él⁶⁸.

En definitiva, en la visión de Celso una cosa sería la titularidad del mar y otra su uso, que ha de ser común a todos los hombres, como el del aire. Si algo hay en común entre el mar y aire es la imposibilidad de ponerles fronteras físicas, y más con los medios técnicos de la antigüedad. El contraste entre el pensamiento de Celso y el de Marciano es claro, pues para el primero el pueblo romano es el titular del espacio marino, al menos sobre el litoral en el que ejerce su *imperium*, de ahí que se puedan realizar concesiones a los particulares que plantan pilares en dicha zona costera. Ciertamente es que no hay una calificación explícita del mar como un bien público, pero sí es eso lo que en nuestra opinión puede deducirse del texto comentado. Nada que ver con la visión de Marciano que, recordemos, presenta al mar y sus costas como *res communis omnium naturali iure*.

⁶⁸ Otros juristas también se muestran favorables a considerar el carácter público de las costas, cfr. D. 50,16,112 (*Iav. 11 ex Cass.*); D. 41,1,50 (*Pomp. 6 ad Plaut.*); D. 41,1,14 (*Nerat. 5 membr.*); D. 41,1,65,1 (*Paul. 6 pith.*); D. 43,8,4 (*Scaev. 5 resp.*).

Sin perder de vista que nuestro objetivo es la comprensión de la clasificación del mar entre las cosas que lleva a cabo Marciano, procede igualmente subrayar la conocida conexión ideológica entre Marciano y Ulpiano. Veremos a continuación dos textos muy habituales en este tipo de estudios, que permiten establecer una cierta relación entre el pensamiento de ambos juristas acerca de la condición jurídica del mar.

El primero es el recogido en D. 8,4,13 pr. (*Ulp. 6 opin.*): *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.* En este pasaje, Ulpiano se plantea el problema de la condición impuesta al comprador por el vendedor de un fundo costero, en el sentido de que no se pescara atún frente al mismo, quizá para evitar las molestias que pudieran derivarse de dicha actividad. En principio, este pacto no sería posible al tratarse de un bien extrapatrimonial como el mar, sobre lo que ahora volveremos, pero cabría exigirse su cumplimiento, dice el jurista, en el ámbito de la buena fe contractual. El texto tiene varias vertientes, pero por lo que a nosotros interesa, del contenido del

pasaje ulpiano destaca la afirmación de que el mar soporta a todos los hombres por su propia naturaleza, razón por la cual no se puede imponer una servidumbre mediante un pacto privado, un medio en cualquier caso impropio para la constitución de servidumbres.

Merece la pena ahondar en esta reflexión, y analizar pormenorizadamente la frase en cuestión: *quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest*. Primero, no se dice que el mar sea de todos los hombres, sino que soporta a todos los hombres, ¿se está hablando del uso y no de la titularidad? Celso, como hemos visto, iba en esa dirección. Segundo, el fundamento de la afirmación central respecto al mar -*omnibus patet*- es la propia naturaleza, pero no el *ius naturale*, como diría Marciano. Es la naturaleza de las cosas la que lleva a que cualquiera pueda disponer de ellas, ¿en tanto resulta imposible fijar fronteras o límites? Celso, recordemos, equipara el mar con el aire para justificar la atribución universal de su uso, sin embargo, Ulpiano alude a la idea de *natura*. Y tercero, lo que excluye Ulpiano es una limitación del uso del mar -en este caso de una modalidad concreta de pesca- *privata lege*, es decir, por imposición de un particular. ¿Se excluiría entonces la concesión pública sobre esos concretos aprovechamientos marítimo-pesqueros? No lo parece. Ulpiano afirma que hay un uso libre del mar a favor cualquier persona. Ello parece deberse a razones derivadas del objeto mismo al

que nos referimos y no puede limitarse porque un particular así lo decida. Como vemos, no se contradice frontalmente lo afirmado por Celso en el texto anteriormente examinado. Sin embargo, Ulpiano y Marciano están claramente vinculados en relación a la consideración jurídica del mar como *res communis omnium*. Muestra de ello es un conocido texto recogido en D. 47,10,13,7 (Ulp. 57 *ad ed.*), en que Ulpiano da cuenta del ejercicio de la acción de injurias a favor de quien se ve privado de una cosa pública, y afirma: *Et quidem mare commune omnium est, et litora, sicut aer, et est saepissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi [...]*.

5. *Aelius Marcianus*, jurista probablemente originario del Oriente helenístico y autor de una notable producción en Derecho público y privado, nació en torno al año 180 d.C. y murió alrededor del 235. Se le debe una variada obra compuesta bajo los emperadores Macrino, Heliogábalo y Alejandro Severo, en la que sobresalen su conocimiento del Derecho imperial y, muy destacadamente, sus dieciséis libros de Instituciones. A ello habría que sumar cinco libros de *regulae*, uno *Ad formulam hypothecariam* y unos comentarios a los *libri de adulteriis* de Papiniano. Pero donde Marciano muestra mejor su faceta de gran conocedor del nuevo Derecho es en su producción iuspublicista: dos libros *De iudiciis publicis*, dos *De appellationibus* y posiblemente uno *De delatoribus*; además es

autor de un libro sobre el *sc. Turpillianum*. Es decir, estamos ante un jurista tardío, pero prolífico, bien formado en la tradición jurisprudencial e informado sobre la actualidad del Derecho de su tiempo. Marciano cuenta además con una destacada producción pedagógica, sin ser un docente, sino un funcionario imperial de altísima cualificación técnica y notable influencia en sus contemporáneos y en la posteridad⁶⁹. Como destacaremos más adelante, es asimismo un jurista cultivado en saberes humanísticos de los que hace gala en su literatura técnica y muestra en sus escritos cierta cercanía a los planteamientos de la filosofía estoica.

⁶⁹ Sobre los aspectos biográficos y bibliográficos del jurista, vide F.J. ANDRÉS, s.v. Elio Marciano, en R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales I. Juristas antiguos* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004) p. 211. Sobre este jurista, la bibliografía esencial es la siguiente: P. JÖRS, s.v. *Aelius*, en RE. I.1 (1893) pp. 523 ss.; W.W. BUCKLAND, *Marcian*, en *Studi in onore di S. Riccobono I* (Palermo 1936) pp. 273 ss.; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946) passim, esp. pp. 172 ss. y 185 ss.; T. HONORÈ, *The Severian Lawyers: a Preliminary Survey*, en SDHI. 28 (1962) pp. 212 ss.; R. ORESTANO, s.v. *Elio Marciano*, en NNDI. 10 (Torino 1982) p. 254; D. LIEBS, *Juristen als Sekretäre des römischen Kaisers*, en ZZS. 100 (1983) pp. 497 ss.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani: Elio Marciano* (Nápoli 1989); T. GIARO, s.v. *Aelius Marcianus*, en *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike I* (Stuttgart-Weimar 1996) p. 172; D. LIEBS, s.v. *Aelius Marcianus*, en HLL.IV (München 1997) pp. 201 ss.; ID., *Älius Marcianus. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, en ZSS. 128 (2011) pp. 39 ss.

Marciano ha sido definido como “un jurista-burócrata y un escritor didáctico”⁷⁰, lo que casa bien con el modelo de la última Jurisprudencia romana que todavía conecta con la creatividad casuística, de la que se convierte en continuador siendo consciente del valor de los modelos que le anteceden, en lo sustancial y en lo formal. De ahí quizá que su vertiente como autor de una obra isagógica sea con toda probabilidad su faceta más notable, si atendemos a la influencia posterior de sus *libri Institutionum*. Según Krüger, se trata de un trabajo destinado a la formación que no pretende ser solamente una introducción al Derecho, sino un reflejo del Derecho vigente⁷¹. Esto lo distingue de obras anteriores del mismo cariz, a las que seguramente pretende superar con una exposición más ambiciosa y completa que sus antecedentes.

La doctrina sitúa la fecha de composición de las Instituciones de Marciano después del año 217 d.C.⁷², y la incardina -en un nivel de complejidad y extensión abiertamente superior- en la tradición institucional de la Jurisprudencia romana inaugurada por Gayo, pero mantenida hasta donde

⁷⁰ F.J. ANDRÉS, op. cit. p. 212.

⁷¹ ID., *Ibid.*

⁷² ID., *Ibid.*

sabemos por Paulo, Calístrato, Ulpiano y Florentino⁷³. No en vano, la influencia gayana es notoria en el esquema compositivo de los primeros nueve libros de esta obra: fuentes, personas, cosas y adquisición del dominio, sucesión testada e intestada, legados, fideicomisos, manumisiones fideicomisarias y donaciones *mortis causa*. Los últimos siete libros, en cambio, se alejan del esquema de Gayo, ya que entre el libro X y el XIV se comentan distintas leyes como la *lex Iulia et Papia*, la *lex Falcidia* y la *lex Aelia Sentia*, además de cuestiones de Derecho y procedimiento criminal. Por eliminación, puede suponerse que los libros XV y XVI, de los que no se conserva fragmento alguno, estuvieron dedicados a las obligaciones, ya que es la única materia relevante que no se trata en lo que conocemos de la obra, y no es concebible que dejen de abordarse los derechos de crédito en una exposición institucional que pretenda ser completa.

Por otra parte, a juzgar por el reflejo de determinadas prácticas jurídicas de corte helenístico, parte de la doctrina considera que estas *Institutiones* pudieron ser compuestas en el

⁷³ Sobre la tradición institucional, vide L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo antico: alle radici di una nuova storia* (Roma 2007)

Oriente romano⁷⁴. Pero sin duda, como hemos apuntado, la consecuencia más notable de las Instituciones de Marciano es la ascendencia que ejercen sobre las de Justiniano y sobre los compiladores del Digesto, que recoge 139 fragmentos provenientes de dicha obra⁷⁵. Como es bien sabido, los autores de las *Iustiniani Institutiones*, responsables en cierto modo de su enorme trascendencia en la posteridad, tienen a Marciano entre sus fuentes principales de inspiración. Sólo la *Instituta* gayana supera a la del jurista severiano en influencia, lo que es tanto como decir que Triboniano, Teófilo y Doroteo conocieron y apreciaron la obra de Elio Marciano en cuanto texto introductorio⁷⁶.

Una de las virtudes de esta *Instituta* es su claridad, sin ser simplista, lo que puede verse como elemento clave para explicar su influjo posterior⁷⁷. Una influencia que aún evoca la

⁷⁴ Al respecto, reflejo de la *communis opinio* doctrinal, vide F. J. ANDRÉS, op. cit. p. 212.

⁷⁵ ID., *Ibid.* p. 212.

⁷⁶ Resulta sin duda llamativo que Marciano no tuviera demasiado eco en su tiempo y que, con la excepción de Hermogeniano, por lo que sabemos, pasase directamente a influir en la composición de las Instituciones y el Digesto justiniano. Al respecto, vide F. J. ANDRÉS, op. cit. pp. 212 s.

⁷⁷ ID., *Ibid.* p. 213.

auctoritas de la vieja Jurisprudencia, pero también una evidente presencia del Derecho imperial proveniente de la práctica de emitir rescriptos en la misma cancillería. Llegados a este punto, debe subrayarse que es esa cierta complejidad lo que hace dudar de que la finalidad inicial de esta obra sea solamente introductoria, pues no ofrece una visión trivial del Derecho o al menos no se queda en cuestiones básicas. Así, Pernice sugiere que la *Instituta* de Marciano estaba orientada a la instrucción de los funcionarios imperiales de la propia Roma o de las provincias, no a la enseñanza elemental del Derecho, es decir, que era una obra destinada a un grupo que ya contaba con una formación jurídica inicial. Por su parte, Ferrini, en un alarde de originalidad nada desdeñable, defiende que la citada obra tenía como objetivo la formación jurídica de los habitantes de la parte oriental del imperio una vez convertidos en *cives* tras la *Constitutio Antoniniana*⁷⁸.

En nuestra opinión, las ideas de uno y otro autor pueden conjugarse entendiéndose que con esta obra se buscaba formar funcionarios imperiales, pero también educar a otras personas cultas provenientes de la parte oriental del Imperio. Las

⁷⁸ C. FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, en *Rendiconti del Istituto Lombardo* 34 (1901) pp. 736 ss.; sobre la misma obra jurisprudencial, vide L. DE GIOVANNI, *La giurisprudenza Severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, en *Athenaeum* 94-2 (2006) pp. 487 ss.

Instituciones de Marciano pudieron responder a la necesidad de integrar a unos y otros, funcionarios y notables ya formados, en el nuevo mundo romano que se configura tras la extensión universal de la ciudadanía romana. En definitiva, pudo ser un instrumento para ofrecer una formación jurídica, renovada y de amplio espectro, tanto a quienes requieran una renovada visión del Derecho como a los que se hubieran iniciado en los rudimentos jurídicos romanos y reclamasen un material más complejo que unas Instituciones meramente introductorias. Esta idea se puede entender reforzada por el hecho de que las Instituciones de Marciano abarcaran la explicación de normas muy distintas entre sí, como ya se ha dicho, así como el tratamiento del Derecho criminal sustantivo y procesal, excediendo con mucho los límites de un planteamiento propiamente introductorio. Esta voluntad del jurista severiano de ofrecer una visión lo más completa posible del Derecho de su tiempo refuerza la pretendida finalidad de la obra como instrumento de romanización de una nueva élite funcional y cultural⁷⁹.

⁷⁹ Hoy parece haberse abandonado la idea de Schulz sobre la composición de la Instituciones de Marciano, que descarta que fuera concebida como una sola obra, llegando a identificarla con el resultado de la unificación de dos obras bien definidas con finalidades y destinatarios diferentes, llevada a cabo tras la muerte del jurista severiano. Vide F. J. ANDRÉS, op. cit. p. 213.

Este argumento referido a los posibles destinatarios de los *XVI libri Institutionum* no es menor a los efectos que ahora nos interesan. Es más, entendemos que el hecho de que esta obra no estuviera dirigida exclusivamente a un público itálico, e incluso no occidental, puede explicar la visión que ofrece de determinados temas. Si comparamos las Instituciones de Marciano con las de Gayo se perciben evidentes diferencias, pues las más antiguas están muy probablemente escritas por un jurista oriental pero mirando a un público genuinamente romano. En cambio, las de Marciano, que también provienen de un jurista de origen probablemente helenístico, tienen por destinatarios a quienes probablemente se buscaba formar en un Derecho nuevo o incluso a personas a las que se pretendía integrar en Roma a través del Derecho. De otro modo no tendrían sentido las referencias que el jurista severiano hace en su obra a autores literarios griegos, inhabituales en las obras jurisprudenciales romanas, como Demóstenes⁸⁰ o Crisipo⁸¹, o a determinadas prácticas jurídicas, realidades o terminología propiamente orientales⁸².

⁸⁰ D. 1,3,2 (*Marc. 1 inst.*)

⁸¹ *Ibid.*

⁸² D. 1,8,8 (*Marc. 4 reg.*); D. 20,1,11,1 (*Marc. ad form. hypoth.*); D. 39,4,16,7 (*Marc. l.s. delat.*); D. 48,3,6,1 (*Marc. 2 de iud. publ.*); D. 48,6,5,1 (*Marc. 14 inst.*); D. 48,19,17,1 (*Marc. 1 inst.*).

¿Pudo influir esa perspectiva amplia, desde Oriente y para Oriente, en el tema que nos ocupa? Recordemos una vez más que Gayo no trata específicamente en sus Instituciones la calificación jurídica del mar, prestando solamente atención a las cuestiones relacionadas con la propiedad de la tierra y a actividades económicas eminentemente terrestres. En otras palabras, puede decirse que Gayo tiene una visión terrenal e itálica de los problemas y del Derecho patrimonial, no marítima en ningún caso aunque refleje los intercambios patrimoniales con extranjeros. Sin embargo, Marciano escribe para un público más amplio, al que pueden preocupar problemas nuevos que es conveniente presentar desde una perspectiva amplia y a la vez atractiva.

Debemos aclarar, sin embargo, que quienes se han ocupado de esta cuestión han dudado de que efectivamente los destinatarios de esta obra fueran los nuevos ciudadanos romanos que lo son merced a la *Constitutio Antoniniana*, aduciendo como principal razón para ello el hecho de que las Instituciones de Marciano no estuvieran escritas en griego⁸³. Frente a ello se pueden esgrimir varios argumentos. Primero, que la obra pudo ser un elemento de romanización a cargo de

⁸³F. J. ANDRÉS, *op. cit.* p. 213.

un jurista que, aunque tuviera origen oriental, muy probablemente estaba integrado la Cancillería imperial y alimentaba todavía la centralidad política de Roma, también desde un punto de vista lingüístico. Y segundo, que la lengua griega no tiene equivalentes técnicos para todas las expresiones que una obra jurídica requiere, aunque se trate de un texto isagógico. Esta misma idea puede explicar que el propio Justiniano optara por el latín en detrimento del griego a la hora de redactar el Digesto y sus propias Instituciones, trescientos años más tarde. Bien es verdad que las Instituciones de Justiniano necesitaron inmediatamente de traducción y paráfrasis, a pesar de lo cual se convirtieron -desde el principio y durante mucho tiempo- en el gran vehículo de difusión del nuevo Derecho romano merced a su sencillez.

Como hemos apuntado, de las Instituciones de Marciano no se conserva la parte dedicada a las obligaciones, seguramente los libros XV y XVI, de modo que nuestra intuición acerca de los destinatarios de la obra no puede confirmarse con un deseable examen de aquella parte del Derecho en la que resultaría más perceptible una visión amplia del intercambio de bienes y servicios, propia de un mercado extenso e internacional. Sin embargo, la vocación amplia de esta obra es perceptible en distintos aspectos de su producción, no sólo en su literatura pedagógica.

Con todo, no es solamente esta vocación por atender a una nueva realidad la que explica algunos aspectos de la producción de Marciano. También ha de tenerse en cuenta su formación y, si es posible hablar en tales términos, su adscripción filosófica⁸⁴. En este sentido, la filosofía estoica - como conviene buena parte de doctrina- estaría en el fondo de la construcción de la categoría de las *res communes omnium*, lo cual acerca el planteamiento del jurisprudente a un modo de pensar que había tenido una larga trayectoria en la civilización romana⁸⁵. Por otra parte, como es sabido por los estudiosos de la figura de Marciano como jurista, una de sus notas distintivas es la alusión frecuente a distintos autores no jurídicos a lo largo de su producción jurisprudencial, entre los que se comprenden

⁸⁴ Seguimos una línea metodológica bien conocida por la romanística desde el Humanismo, pero especialmente en boga en los años sesenta del pasado siglo, que tiene evidentes puntos de referencia en obras como W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (Graz-Wien-Köln 1967) o M. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2.^a ed. (Napoli 1982). Al respecto, vide F. WIEACKER, *I giuristi romani nella storiografia degli ultimi trent'anni*, en *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea* (Bari 1982) pp. 35 ss.; G. PUGLIESE, *Brevi considerazioni su un recente indirizzo della storiografia romanistica*, en ID., *Scritti giuridici scelti I* (Napoli 1985) pp. 145 ss.

⁸⁵ Vide A. DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, en *Studi Urbinati* 30-31 (1961-1963) pp. 242 ss.

poetas, como Homero y Virgilio, u oradores, como Demóstenes o Cicerón⁸⁶.

¿Influye todo lo anterior en su particular visión jurídica de un bien con tantas aplicaciones productivas como el mar? Seguramente sí. Sin embargo, declararlo *res communis omnium* no es inocente, pues tiene importantes consecuencias económicas y políticas, también en su tiempo y antes de él⁸⁷. Supone, en apariencia, contradecir una práctica de explotación de los recursos marinos muy extendida en el mundo romano, basada en concesiones administrativas, que sin duda el jurista conoce al estar integrado en la cancillería imperial. La indagación en su personalidad, en el origen de sus ideas o en su adscripción filosófica puede contribuir a explicar esta crucial toma de postura, pero no llega a explicarla por completo porque resulta incongruente con el perfil funcional de Marciano, que no es un precisamente jurisconsulto que realizase su tarea al margen del poder.

⁸⁶ D. 1,3,2 (*Marc. 1 inst.*); D. 1,8,6,5 (*Marc.3 inst.*); D. 32,65,4 (*Marc. 7 inst.*); D. 39,6,1,1 (*Marc. 9 inst.*)

⁸⁷ En las fuentes literarias, esta caracterización del mar tiene antecedentes claros: Pl., *Rud.* 4.3.35; 4,3,38, 4.3.42; Cic., *S. Rosc.* 26.72, *Off.* 1.51-52, *Rep.* 1.39; Ov., *Met.* 6.349-355; Sen., *Ben.* 4.28; Verg., *A.* 7.228-230.

Así las cosas, la consideración del mar como una *res communis omnium*, interpretada literalmente y al modo moderno, es decir entendida como un bien del que nadie se puede apropiar por razones vinculadas al Derecho natural, abierto a una pretendida titularidad universal, es una declaración que alejaría al jurisconsulto de la política imperante en su tiempo sobre la explotación de los recursos marinos. Téngase presente que el *fiscus Caesaris* se nutría también de los ingresos derivados de las concesiones pesqueras y salineras, lo que se compadece mal con la consideración del mar como cosa común a todos los hombres. Es obligado, por tanto, buscar una explicación a esta aparente paradoja.

Puede plantearse que el objetivo del jurista fuera ofrecer a los nuevos *cives* una visión amplia, al tiempo que generosa, de la misma Roma. Ésta se presenta a sí misma como un mundo abierto a todos, en que el mar y sus costas se equiparan al aire y al agua *profluens* desde el punto de vista patrimonial, bienes dispuestos a un uso sin cortapisas, al margen del control exclusivo por parte de nadie. Al atribuir estos valiosos bienes al conjunto de la humanidad, se ofrece una cara sin duda amable de la concepción romana de la riqueza: Roma ha terminado por imponerse de manera hegemónica, incluso concede universalmente la ciudadanía romana en un alarde de pretendida generosidad, al tiempo que se esfuerza por ofrecer una imagen positiva de sí misma al conjunto de los *novi cives*,

que -después de la *constitutio Antoniana*- es tanto como referirse a todos los habitantes libres del Imperio⁸⁸.

Bien pensado, sólo esta visión propagandística de la afirmación de Marciano respecto a la naturaleza jurídica del mar puede explicar cómo un jurista que estaría con total seguridad integrado en la cancillería imperial con un alto nivel de responsabilidad, en tanto *magister libellorum*⁸⁹, puede afirmar que el medio marino y sus costas -de los que el Fisco obtiene evidentes beneficios- son bienes comunes a todos los hombres. De ser así, las Instituciones de Marciano cumplirían una función dirigida a favorecer la integración de los nuevos ciudadanos de Roma a través de una serie de ideas jurídicas nuevas que, sin contradecir los esquemas culturales asumidos en el mundo antiguo alimentados por el estoicismo, presentan positivamente la realidad del Derecho de su tiempo. Se ofrece así una visión benéfica e ideal de la nueva Roma, que recibe con los brazos abiertos a aquellos a quienes se ha impuesto una nueva ciudadanía.

⁸⁸ Sobre el sentido de esta medida, entre tantas aportaciones, puede verse por ejemplo, D. MATTIANGELI, *La cittadinanza romana erga omnes. Una nuova analisi ragionata di un provvedimento discusso*, en B. PERIÑÁN (Coord.), *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada* (Madrid 2010) pp. 255 ss.

⁸⁹ F.J. ANDRÉS, *op. cit.* p. 212, aludiendo a las opiniones de Honoré y Liebs.

Por otra parte, no podemos pensar que Marciano realizase esta afirmación sin ser consciente de su disonancia con la realidad. Que el jurista severiano tiene una elevada altura intelectual es notorio. Por ejemplo, en sus cinco libros de *regulae* se muestra como un jurista crítico, que no se conforma con la expresión musical de una máxima biensonante. Más bien al contrario, analiza y cuestiona esas *regulae iuris* en relación el Derecho de su tiempo, del que se muestra como un perfecto conocedor. Por añadidura, Marciano maneja el lenguaje con precisión y elegancia, al mismo tiempo, lo que es casi un rasgo diferenciador en la Jurisprudencia de su tiempo, contaminada por la burocracia imperial y su mecánica⁹⁰. Así, Buckland cuenta a Marciano entre los representantes de “the last phase of the classical period”, merced a su estilo cuidado y a la claridad de su pensamiento. Al mismo tiempo, su producción muestra una deliberada organización interna que deja ver el interés del jurista por la calidad de su obra literaria⁹¹.

Es por tanto obligado buscar una explicación para la falta de sintonía entre la versión que ofrece del mar y su pretendido régimen jurídico, por un lado, y la realidad de su explotación a

⁹⁰ ID., *Ibid.* p. 213.

⁹¹ W. W. BUCKLAND, *Marcian* cit. pp. 273 ss.

través de concesiones públicas, por otro. Un contraste entre dogma y realidad que Marciano conocería perfectamente por razón de su desempeño profesional. En este sentido cabe añadir que, aunque fuera otra su intención, un funcionario imperial difícilmente podría ir en contra de los intereses de la propia administración. Al contrario, resulta más indicado pensar que los juristas en general y Marciano en particular fueran instrumentos al servicio de esa administración imperial y de sus objetivos políticos, y que obras como las Instituciones de Marciano fueran instrumentos especialmente propicios para servir a esos fines y que, como el caso que nos ocupa, no pueda descartarse que tuvieran cierta tendencia propagandística. Por otra parte, el hecho de que Justiniano, en sus Instituciones, recogiese precisamente la idea de Marciano sobre el mar puede responder a los mismos objetivos, tratando de ofrecer una visión restrictiva de la voracidad imperial sobre los recursos naturales. Sin embargo, indagar ahora sobre estas motivaciones concretas excede con mucho los límites de este trabajo.

En otro orden de cosas, hablar de *res communes omnium* después del año 212 d.C. tiene un sentido bien distinto al de hacerlo antes de la *Constitutio Antoniniana*⁹². Es más, después de

⁹² Sobre el influjo de la extensión de la *civitas* romana en el planteamiento del Derecho de la época, vide A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi* cit. pp. 629 s., recogiendo en parte el punto de vista de Talamanca. Una interesante lectura de la influencia de la *Constitutio antoniniana* en su tiempo puede

la decisión de Caracalla de extender universalmente la ciudadanía hablar de *omnes* supone referirse a ciudadanos romanos, pues no hay extranjeros libres, todos son *cives romani*. Eso aproxima la idea de cosa común a todos los hombres, cargada de buenismo y positividad, atractiva, a la idea más realista de las cosas públicas⁹³. En este sentido, entendemos que es más acertado entender que la alusión a las *res communes omnium* contenida en D. 1,8,2 (*Marc. 3 inst.*) abarca la vieja categoría de las *res publicae*, por encima de la pretendida asimilación de las cosas públicas a las *res nullius*, propugnada por parte de la doctrina⁹⁴.

verse en V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero I* (Napoli 1999) pp. 165 ss., en un sugerente capítulo titulado "L'impero dopo la *constitutio antoniniana*: Cassio Dione e Ulpiano", afirma por ejemplo: "La concessione generalizzata della cittadinanza, nel programma politico dioneo, è solo un elemento di un più ampio progetto riformatore, col quale si persegue un'autentica *reductio ad unitatem* della pluralistica realtà politica dell'Impero."

⁹³ La idea, sobre la base de argumentos distintos, ha sido ya esgrimida por la doctrina. Entre nosotros, por ejemplo, P. FUENTESECA, *Derecho Privado romano* (Madrid 1987) p. 100.

⁹⁴ S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *A propósito de los bienes* cit. p. 271: "Pero decididamente es en Marciano donde se destaca la identificación de las *res publicae* con las *res nullius*: en la clasificación de las cosas que él hace en el libro III de sus Instituciones -recogida en las Pandectas ,D. 1,8,2- ha desaparecido la mención de las cosas públicas, que vuelve sin embargo a

Téngase en cuenta que el jurista, al colocar el mar y sus costas junto al aire y el agua que fluye libremente, combina un pretendido efecto propagandístico con su asimilación fáctica con las cosas públicas, susceptibles de uso por cualquier ciudadano, como demuestra el empleo de la acción de injurias y los correspondientes interdictos para proteger al ciudadano afrentado por la privación injustificada de acceder a una cosa pública⁹⁵. Bien es verdad que el mar, a juzgar por la práctica jurídica desarrollada en torno al mismo, está más cerca de las cosas fiscales que de las *res in patrimonio populi*, pero una y otra son cosas públicas. Todo el mar, por tanto, sería una *res publica*, que es el sentido último que tiene esa calificación extendida a partir de las Instituciones de Marciano⁹⁶. La creatividad que

recogerse en las Instituciones justinianas -Inst. 2,1 pr.-, por efecto de interpolaciones, como es la firme convicción de Ferrini.”

⁹⁵ Vide D. 47,10,13,7 (*Ulp. 57 ad ed.*), sobre el ejercicio de la acción de injurias, y D. 43,12,1,17 (*Ulp. 68 ad ed.*), sobre la protección interdictal: *ne quid in mari, in ve litori, quo portus, statio, iterve navigio deterius fiat.*

⁹⁶ Para M. SARGENTI, *Le “res” nel diritto del tardo Impero*, en *Labeo* 40-3 (1994) pp. 309 ss., tiene poco sentido hablar en ese tiempo de cosas públicas, toda vez que el patrimonio imperial va copando paulatinamente los bienes que antes tenían la consideración de *res publicae*. Para este autor, las *res communes omnium* serían aquéllas que no pertenecen al patrimonio imperial. Esta es una línea interpretativa distinta a la nuestra, pero no necesariamente contradictoria.

este jurista muestra en su tarea ha confundido con frecuencia a la doctrina, si bien un sector no menor de la misma, con Lombardi y Branca a la cabeza, ha identificado las *res communes omnium* con las *res publicae iuris gentium*⁹⁷. La categoría en sí tendría su primer eco en *Scaevola*⁹⁸ y llegaría hasta las *res cottidianae*⁹⁹.

A estas alturas de nuestra reflexión, en consecuencia con lo expuesto, cabe completar nuestra hipótesis para la explicación de la aparente paradoja que venimos comentando con una última idea: la identificación sustancial de las *res communes omnium* con las *res publicae*, en tanto bienes a disposición de todos los seres humanos ahora convertidos en ciudadanos. Esta lectura también preserva indirectamente el *status quo* de unos recursos de evidente aprovechamiento fiscal, al excluirse los mismos del Derecho privado y de una hipotética patrimonialización particular de los mismos. Su equiparación con bienes inaprensibles, como el aire, aleja al mar y sobre todo

⁹⁷ Por todos, G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium* (Milano 1946) pp. 50 ss.; G. BRANCA, *Ancora sulle res publicae iuris gentium I* (Milano 1950) pp. 178 ss.

⁹⁸ D. 43,8,4 (*Scaev. 5 resp.*)

⁹⁹ D. 1,8,5 pr.-1 (*Gai. 2 rer. cott.*)

a las costas de la avidez de las manos privadas, al tiempo que las reserva para las no menos ambiciosas manos públicas. Se blindan así, entendemos, el interés público al que sirve el jurista desde la cancillería imperial, toda vez que las facultades de uso de los particulares sobre el medio marino han de respetar - como hemos visto- las construcciones e infraestructuras costeras. Éstas estarían orientadas a favorecer la explotación del medio marino por otros particulares, con el Fisco como beneficiario último, de ahí que se presenten como límites al uso por parte de cualquiera a pesar de la calificación del mar como bien extrapatrimonial y común a todos los hombres¹⁰⁰.

6. Mi primera intención a la hora de titular este trabajo fue aludir directamente al jurista a quien se debe la identificación expresa del mar con una *res communis omnium*, desde una perspectiva clasificatoria, realizada en este caso con una primera finalidad docente como es propio de su sede. Como uno no puede negar la *vis atractiva* que ejerce sobre quien suscribe la alargada sombra de David Daube, el primer título

¹⁰⁰ Damos la mano en este trabajo a la línea ya transitada por Alvise Schiavon, quien afirma en relación a Marciano y el problema que nos ocupa: “La sua riclassificazione delle *res* risiederebbe infatti su un adeguamento dell’apparato concettuale giuridico romano alla trasformazione delle strutture organizzative e degli atteggiamenti ideologici in corso sotto i suoi occhi.” ID., *Storia dei dogmi* cit. p. 633.

que me planteé fue algo así como “¿Es Marciano culpable?”, un trasunto del famoso “*Did Macedo murder his father?*”¹⁰¹. Pero me faltó valor. Además, obviamente, Marciano no es acusado de crimen alguno, a diferencia de aquel hijo del que se dice que mató a su padre para heredar y pagar sus deudas¹⁰².

Sin embargo, sí es la particular manera de entender el oficio jurisprudencial de Marciano y sus contemporáneos la razón última -o primera, si se prefiere- de una denominación que responde a la construcción de una nueva terminología jurídica sobre el mar y las costas, nueva al menos en cuanto a su visibilidad. Roma controla el mar en la medida de lo posible, lo explota hasta donde es capaz con los medios que tiene y toma incluso el control de bienes -como la pesca- que se consideran en teoría a disposición del primer ocupante¹⁰³. La influencia de Marciano en Justiniano y sus consecuencias en el Derecho del mar desde el siglo VI en adelante es otra cuestión, que excede con mucho los objetivos de este estudio aunque no nos hayamos resistido a un esbozo de trazo grueso.

¹⁰¹ ZSS. 65 (1947) pp. 261 ss.; también en ID., *Collected Studies in Roman Law I* (Frankfurt am Main 1991) pp. 193 ss.

¹⁰² Teoph., *Par.* 4,7,7.

¹⁰³ Gai. 2,66-67.

A nadie se le escapa la singularidad del mar en el Derecho actual. Ningún bien presenta un régimen jurídico tan especial, hasta el punto de que modernamente se mantengan buena parte de los océanos y los mares como “aguas internacionales”, en aparente remedo de las *res communes omnium* de los antiguos romanos, aunque son las naciones y no los individuos quienes se atribuyen esos bienes, lo que nos debe hacer reflexionar a la hora de atribuir méritos o deméritos a la jurisprudencia romana¹⁰⁴. Más lejos llegó aún la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1970, cuando declaró “Patrimonio común de la Humanidad” los fondos marinos y oceánicos, así como el subsuelo marino que queda fuera de los límites nacionales de los Estados costeros¹⁰⁵. El régimen de los mares internacionales presenta en la actualidad una estructura jurídica que recuerda al dominio dividido, en tanto el conjunto de los Estados se erige como

¹⁰⁴ Vide, v. gr., B. CONFORTI, s.v. Mare, en *EdD.* 25 (1975) pp. 644 ss., sobre la distinción entre mar libre y mar territorial.

¹⁰⁵ Resolución 2749 (1993^a Sesión, XXV Periodo de Sesiones): *Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional*. En la misma sesión, la citada Asamblea General aprobó la Resolución 2750: *Reserva exclusiva para fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo en alta mar fuera de los límites de la jurisdicción nacional actual y empleo de los recursos en beneficio de la Humanidad, y convocatoria a una Conferencia sobre el Derecho del Mar*.

titular de las aguas, mientras que los fondos marinos se atribuyen en bloque a la Humanidad. Ello es un medio para excluir apropiaciones particulares de naciones o agentes económicos particulares de singular potencia, pero se puede entender como una atribución singular de dichos bienes a cada uno de los habitantes del Planeta¹⁰⁶.

Por lo demás, la existencia de aguas jurisdiccionales en nuestros días y especialmente desde la obra de Grocio a principios del s. XVII, aunque con antecedentes medievales, muestra un planteamiento que no pudo darse en la antigua Roma, en la medida en que el Mediterráneo llega a estar circundado por una sola potencia hegemónica tras las guerras púnicas y no tiene sentido hablar de internacionalidad¹⁰⁷. Cartago había sido el gran oponente político y militar de Roma

¹⁰⁶ En este sentido, conviene recordar la afirmación de F. CUENA, *Sistema jurídico y Derecho romano* cit. p. 62: “[...] la línea de separación entre lo que puede ser una aplicación correcta de la metodología, los conceptos y la problemática jurídica de nuestro tiempo y lo que empezaría a ser una deformación anacrónica y dogmática del objeto histórico-jurídico estudiado es indudablemente muy tenue y fácil de traspasar por pura inadvertencia.”

¹⁰⁷ La muy influyente obra de Grocio, de 1609, ha sido recientemente reeditada: U. GROZIO, *Mare liberum sive de iure quod batavis competit ad indicana commercia dissertatio*, intr. y ed. al cuidado de F. Izzo (Nápoli 2007)

en el dominio del mar, lo que obligó a que Roma se dotase de una fuerza propiamente naval y desarrollase tecnológicamente la construcción de barcos y el arte de la navegación. Así se convirtió en una potencia marítima, como antes también lo fuera Grecia sobre el mar Egeo¹⁰⁸. Por tanto, ya en el tiempo en que se escriben las Instituciones de Marciano, Roma es la única nación mediterránea o al menos la gran dominadora de los mares en aquel contexto histórico. Este control efectivo del mar, también militar, está en la base última de la calificación de Marciano sobre el medio marino, pues éste sólo puede ser *res communis omnium* una vez pacificado. No en vano, el Mediterráneo es un mar común sobre todo para el tráfico de mercancías, para los comerciantes de Oriente y Occidente beneficiados por la centralidad de Roma en la vida económica

¹⁰⁸ Según la estimación de F. BRAUDEL, *Memorias del Mediterráneo* cit. p. 301, el comienzo de las guerras púnicas lleva a Roma a botar más de 500 barcos en apenas cinco años, fundamentalmente trirremes y quinquerremes, lo que se vio favorecido por la abundancia de madera proveniente de los bosques de la misma Península Itálica. Las embarcaciones en particular y la navegación en general dan lugar a una casuística jurídica propia, vide v. gr. E. GANDOLFO, *La nave del Diritto romano*, rist. dell'ed. Genova 1883 (Bologna 1980); D. GAURIER, *Le Droit maritime romain* (Rennes 2004); J.L. ZAMORA MANZANO, *Averías y accidentes en Derecho marítimo romano* (Madrid 2000)

del mar¹⁰⁹. Pero, como ha expresado Braudel, no es hasta el s. II d.C. cuando esa actividad comercial que comunica a ambas partes del Mediterráneo es verdaderamente controlada por Roma¹¹⁰. En este contexto económico se entiende aún mejor la calificación del mar que Marciano eleva a categoría.

Tampoco podemos olvidar que, durante mucho tiempo, la atención de los romanos, se centraba en aquella parte del medio marino más cercana a la costa por razones técnicas evidentes y de seguridad del mar, convertido en campo de batalla durante los cien años que se prolonga el conflicto con Cartago. Sólo después se pudieron establecer con regularidad grandes rutas comerciales a través del *Mare Nostrum*. Una expresión esta que puede interpretarse en sentido patrimonial, en tanto público, pero que también puede asimilarse al deseo de extender las propias fronteras más allá de las costas, que ya

¹⁰⁹ Sobre el complejo proceso de conexión entre el Este y el Oeste del mundo romano, vide F. BRAUDEL, *Memorias del Mediterráneo* cit. pp. 306 s.

¹¹⁰ Tras poner distintos ejemplos de ese proceso de centralización comercial del tráfico marítimo en el s. II d.C., F. BRAUDEL, *Memorias del Mediterráneo* cit. p. 307, afirma: "Por lo tanto, no adelantemos demasiado la unidad del Mediterráneo en beneficio de Roma."

son romanas en su totalidad¹¹¹. En cualquier caso, es en el ámbito costero donde se desarrollan las pesquerías, la extracción de sal, la actividad portuaria y la construcción sobre el propio medio marino, es decir, donde se localiza buena parte de la explotación económica del mar, ahora cosificado aunque excluido sin duda del comercio.

Como hemos venido comentando, concedida la ciudadanía a los todos los extranjeros libres, decir que el mar es *res communis omnium*, abierto por tanto a su uso por cualquier persona, es tanto como decir que se trata de una cosa pública, a disposición de los ciudadanos. Esta perspectiva, entendemos, ayuda a salvar la aparente paradoja de que Marciano diese al mar la condición de bien común a todos los hombres cuando funciona como una *res fiscalis* a efectos de obtención de rentas públicas. Como hemos adelantado y tratado de justificar, en nuestra opinión no puede descartarse que este jurista de amplia formación cultural e influido por una visión estoica del mundo, pero integrado en la cancillería imperial y conocedor de los intereses fiscales vinculados al medio marino, acuñase la expresión *res communes omnium* como categoría jurídica y la

¹¹¹ Así lo hacen César y Salustio, quienes la emplean por vez primera. Roma no se contenta con el dominio de la franja de tierra inmediata al Mediterráneo, “la finísima corteza de los países que lo envuelven”, en palabras de Braudel. La progresión de Roma hacia el interior es evidente:

aplicase al mar con una finalidad doble: la primera sería ofrecer una versión abierta del Derecho romano de su tiempo a los destinatarios de su obra, muchos de ellos *novi cives* merced a la *Constitutio antoniniana*; la segunda finalidad habría sido asegurar la titularidad pública de unos recursos de los que el emperador obtenía ingresos relevantes, preservando el interés del *Princeps* al excluir el dominio privado sobre el medio marino, de manera contundente y definitiva. Ésta y no otra es la consecuencia principal, hasta nuestros días, de la calificación jurídica del mar en las Instituciones de Marciano.

las campañas de Galia, Germania, Britania, Dacia, Partia son ejemplos palmarios de ello. Vide F. BRAUDEL, *Memorias del Mediterráneo* cit. p. 295.