

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradicón Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

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

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.

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.

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.”

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.

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

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.

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.

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

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.

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.*).

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 ZSS. 100 (1983) pp. 497 ss.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani: Elio Marciano* (Napoli 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.

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.

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.

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

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 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 (Napoli 2007)

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:

