



UNIVERSITAT  
JAUME I

Facultad de Ciencias Jurídico - Económicas

SITUACION JURIDICA DE  
LOS HIJOS DE LOS CAUTIVOS  
DE GUERRA

TESIS DOCTORAL

Presentada por

Amparo Montañana Casani

Dirigida por

Don Enrique Gómez Royo

# **SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS DE LOS CAUTIVOS DE GUERRA.**

Tesis presentada para la  
obtención del grado de Doctor por  
D<sup>a</sup>. Amparo Montañana Casaní.  
Dirigida por el Dr. D. Enrique  
Gómez Royo.

## ABREVIATURAS

<i>AHDE</i>	Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid )
<i>Bas.</i>	Basilicos.
<i>BIDR</i>	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano ( Roma )
<i>C.</i>	Código de Justiniano.
<i>D.</i>	Digesto
<i>Gai.</i>	Instituciones de Gayo
<i>Gai Epitome.</i>	Epitome Gai
<i>Inst.</i>	Instituciones de Justiniano
<i>IURA.</i>	Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e "Antico. ( Napoli )
<i>Nov.</i>	Novelas de Justiniano.
<i>Paul. Sent.</i>	Pauli Sententiae
<i>RIDA</i>	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité. (Bruxelles )

<i>RISG</i>	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche.
<i>SDHI</i>	Studia et Documenta Historiae et Iuris ( Roma )
<i>Ulp. Reg.</i>	Epitome Ulpiani
<i>ZSS</i>	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung ( Weimar )

“



## **CAPITULO PRIMERO**

### **CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PRISION DE GUERRA.**

## I- CAPTIVITAS

### I.a- Efectos del cautiverio: pérdida de la libertad y la ciudadanía.

El tema que nos ocupa, la situación jurídica de los hijos de los prisioneros de guerra, se encuadra dentro del tema general de la prisión de guerra y de los efectos de ésta sobre el *status* jurídico del ciudadano romano y, considerándolo en su sentido más amplio, de las relaciones internacionales entre los pueblos en la antigüedad.

Los romanos, distinguían en sus relaciones con otros pueblos<sup>1</sup> aquellos con los que tenían un tratado que garantizaba de algún modo los derechos esenciales de sus ciudadanos en dicho territorio, de aquellos pueblos que no se habían constituido en Estado o con los que no mantenían ningún tipo de relación, a los que "ni siquiera se les declaraba regularmente la guerra, a los actos de estos últimos no les reconocía ningún efecto jurídico internacional sino que se

---

<sup>1</sup> Seguimos en esto la exposición del tema que hace LEVY - BRUHL H., *Quelques problèmes du très ancien Droit romain* ( Paris 1934 ) p. 34 ss.

equiparaban a los bandidos. Finalmente distinguen los anteriores de aquellos estados con los que no se había establecido ningún tratado de alianza o que dicho tratado había sido violado, en estos, siendo calificados o no de *hostes*, no se garantizaban los derechos esenciales de los ciudadanos romanos.

Es a las relaciones con estos últimos donde se circunscribe nuestro tema, en cuanto sus actos sí tienen efectos jurídicos en el *status* de los ciudadanos romanos y más exactamente a aquellas situaciones en las que el pueblo romano ha declarado la guerra a otro pueblo <sup>2</sup>.

El derecho de captura de la persona o de los bienes del enemigo es una regla universalmente admitida en la antigüedad y dicha captura produce efectos jurídicos en el *status* personal del capturado. El prisionero de guerra se hace esclavo, pierde la libertad y la ciudadanía sufriendo una *capitis deminutio*.

---

<sup>2</sup> Serían éstas las situaciones más usuales, siendo excepcionales los supuestos de una captura de un ciudadano romano por estos pueblos sin una expresa declaración de guerra, se habla en estos casos de una captura *in pace* e igualmente del *postliminium in pace*. Sobre éste mucho se ha escrito y discutido y a él dedicaremos atención posteriormente. Ahora baste decir que la captura *in pace* sería un hecho más bien anormal y propio de épocas antiquísimas que en cualquier caso no pasó de ser algo anecdótico, propio de costumbres primitivas, siendo lo común en época clásica hablar de *hostes* cuando el pueblo romano ha declarado formalmente la guerra ( D. 49, 15, 24 Ulp. 1 Inst. ).

El ciudadano hecho prisionero pierde automáticamente la libertad y la ciudadanía aunque en las fuentes no aparece tan explícitamente expresado así se deduce de la lectura de algunos textos.

*D. 28, 3, 6, 5 ( ULPIANUS libro decimo ad Sabinum ). Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve participandum.*

En este texto de Ulpiano del título 3 libro 28 sobre testamentos ineficaces, en el párrafo 5 del fragmento 6 nos define el testamento írrito, como aquel que una vez redactado como válido pierde tal consideración pues sucede algo a la persona del testador; se pone como ejemplo la pérdida de la ciudadanía por el testador al haber sido hecho prisionero por el enemigo.

*D. 29, 2, 33 ( PAULUS libro duodecimo ad Plautium ). Quod si dubitet, apud hostes decessit an civis romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi et in re est, ut possit adire, dicendum est posse adire.*

De nuevo surge el tema en materia de sucesiones, en este caso en el libro 29 sobre adquisición de herencias. En el texto se nos dice que se puede adir la herencia de aquel del que se duda si murió en poder de los enemigos o, en sentido disyuntivo, cuando era todavía ciudadano romano, es decir antes de ser hecho prisionero. De donde se deduce que con la prisión ha perdido la ciudadanía.

*D. 49, 15, 5, 1 (POMPONIUS libro  
trigensimo septimo ad Quintum Mucium).  
... antequam in praesidia perducatur  
hostium, manet civis...*

El texto en cuestión es el controvertido fragmento 5 del título sobre prisión de guerra y postliminio en el que se habla del *postliminium in bello* y del *postliminium in pace*. En el párrafo citado se está definiendo el *postliminium in bello*, mientras que en el siguiente Pomponio nos describe el supuesto de hecho en que consiste el postliminio *in pace*. Volviendo al párrafo 1 se dice que el *postliminium in bello* consiste en el derecho que tiene el capturado por el enemigo a que se le restituyan todos sus derechos como si no hubiera sido capturado, cuando regresa durante la misma guerra; antes de pasar a hablar del *postliminium in pace* el autor se ve en la obligación de recordar que antes de ser llevado el



prisionero a campo enemigo permanece ciudadano <sup>3</sup>, el texto entendido en sentido contrario vendría a decir, que en el momento el prisionero está en territorio enemigo pierde la ciudadanía.

*Paul. Sent. 3, 4a, 8 y 9.. Qui ab hostibus captus est testamentum quasi servus facere non potest. sane valet testamentum id quod ante captivitatem factum est, si revertatur, iure postliminii; aut si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur. & 9. In insulam relegatus, et in opus publicum ad tempus damnatus, quia retinet civitatem, testamentum facere potest, et ex testamento capere.*

En el fragmento 8 del libro 4 sobre testamentos se afirma que aquel que está prisionero del enemigo no puede hacer testamento porque es esclavo, ahora bien, si regresara, por el derecho de postliminio o si muriera, por el beneficio de la ley Cornelia, será eficaz la tutela legítima y la sucesión. El trato jurídico es distinto al que recibe el condenado a la pena del destierro o a trabajos forzados, tal y como se afirma

---

<sup>3</sup> Parece hacer hincapié en el carácter territorial de la condición de extranjero de la que habla LEVY - BRUHL, op. cit. p. 39.

en el fragmento 9, pues éste puede hacer testamento válidamente dado que sigue siendo ciudadano.

Otros textos nos hablan de la condición de esclavo en que ha caído el prisionero, perdiendo pues su libertad.

*D. 49, 15, 5, 2 ( POMPONIUS libro trigensimo septimo ad Quintum Mucium ). In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. hoc quoque igitur casu postliminium datum est.*

El texto sigue al anteriormente analizado, es el relativo al *postliminium in pace* y nos dice claramente que la persona libre capturada por un pueblo con el que no existe ningún tipo de convenio o alianza se hace esclavo y como tal podrá recuperar su antigua condición por derecho de postliminio.

*D. 50, 16, 3, 1 ( ULPIANUS libro secundo ad edictum ). Eius, qui apud hostes*

*decessit, dici hereditas non potest, quia servus decessit.*

El texto del título 16 sobre significación de las palabras, nos dice que no cabe hablar de herencia del que murió en poder del enemigo pues murió esclavo.

*Inst. 1, 12, 5 . Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii...*

El texto nos dice que aunque el capturado por los enemigos es esclavo se considera que la *patria potestas* queda en un estado de suspensión. El *ius liberorum* queda en suspenso aún cuando atendiendo a la condición de esclavo deberíamos decir que se extingue el derecho. Luego el prisionero es esclavo.

Que el cautivo pierde la ciudadanía y la libertad es admitido por la totalidad de la doctrina <sup>4</sup> que ha tratado el

---

<sup>4</sup> En opinión contraria a la mayoría de la doctrina BARTOSEK M., *Captivus* en *BIDR* ( 1953 ) 110, niega que el prisionero pierda la libertad y la ciudadanía. Critica la obligada interpretación a contrario que debe darse a las fuentes que la doctrina aporta para defender la idea de la pérdida de la libertad y la ciudadanía. Añade que D. 28, 3, 6, 5 único en el que expresamente se habla de pérdida de

tema de la prisión de guerra, pero es que no sólo los textos citados, sino todo el tratamiento que se da al tema en las fuentes parte necesariamente de este presupuesto.

---

la libertad, no puede tomarse en consideración pues es un texto muy alterado.

Como argumentos a su favor cita D. 38, 4, 13, 2 en este texto se dice que el prisionero de guerra no debe considerarse que desaparece definitivamente pues puede volver. Respecto a esto diremos que nadie ha dicho lo contrario y que precisamente todas las fuentes mencionadas por nosotros tienen como punto de partida la posibilidad del regreso.

También menciona como argumento a su favor D. 49, 15, 12, 9 donde se dice que ningún ciudadano puede ser privado de su ciudadanía más que por su propia y libre decisión, diremos que esto mismo comienza diciendo MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitschutz* en *Gesammelte Schriften* ( Berlin 1907 ) p. 3, pero que acto seguido él mismo matiza.

El argumento específico que pretende utilizar BARTOSEK es el siguiente, no es posible hablar de suspensión de derechos específicos del cautivo y a la vez hablar de extinción de su derecho de ciudadanía, frente a esto basta citar a GIOFFREDI, *Sul ius postliminii* en *SDHI* ( 1950 ) 46 y ss. cuando distingue el sentido jurídico del término suspensión que utiliza hoy la doctrina moderna del carácter práctico que tiene el término para los romanos.

**I.b- Consideración del cautivo como esclavo.**

Es común al pensamiento de los pueblos en la antigüedad, en cuanto consideraban incompatible la condición del cautivo con el mantenimiento de su posición jurídica, que despojado el hecho prisionero del derecho de ciudadanía lo reconociesen como esclavo del enemigo y esta misma condición de esclavo se le reconociera en su propio territorio. Las fuentes en este sentido no dejan lugar a dudas.

*Gai. 1, 129. Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*



*Servus hostium fiat* , el capturado se hace esclavo del enemigo; sobre esto el texto no deja lugar a dudas, aunque nada dice de la condición del cautivo respecto de su propio derecho, sólo habla de lo que ocurrirá a su regreso.

*D. 49, 15, 24 ( ULPIANUS libro primo institutionum. ). Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano; ceteri latrunculi vel praedones appellantur. et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est; ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Phartis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat.*

En el texto Ulpiano distingue los efectos que el cautiverio produce entre aquellos a los que el pueblo romano reconoce como enemigos y aquellos con los que no mantiene ningún tipo de relación, es decir no les reconoce personalidad como estado. El capturado por estos últimos no se hace esclavo de ellos ni necesita del "postliminio, por el contrario dice que el prisionero de los enemigos se hace esclavo de ellos.

*D. 49, 15, 19, 3 ( PAULUS libro sexto decimo ad Sabinum ). Postliminio redesse videtur, cum in fines nostros intraverit,*

*sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. sed et si in civitatem sociam amicumve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat.*<sup>5</sup>

El fragmento 19 es extenso, en él se define el postliminio, se nos dice que es el derecho a recuperar de manos extrañas una cosa perdida y restituirla a su antigua condición. En el parágrafo 2 se nos dice que los apresados por piratas y bandoleros siguen siendo libres y en el parágrafo 3 se nos explica que debe entenderse por regreso. Regreso y por ende postliminio, es *cum in fines nostros intraverit* y añade *ubi fines nostros excessit*. Parece que se va más allá en la consideración del prisionero como esclavo del enemigo y se reconocen efectos a esa esclavitud en la misma Roma, conclusión a la que llegamos si observamos el paralelismo del planteamiento del texto; se recupera la condición romana con la entrada a Roma o ciudad amiga, se pierde con la salida.

“

*D. 41, 1, 7, pr. ( GAIUS libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum). adeo quidem, ut et liberi homines in*

---

<sup>5</sup> RATTI, *Studi sulla captivitas* ( Napoli 1980 ) p. 10 nt 21 sospecha que el texto fue manipulado por los compiladores.

*servitutem deducantur: qui tamen si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem.*

El texto se encuentra dentro del título 1 que trata sobre la adquisición de la propiedad de las cosas, en los fragmentos anteriores al texto citado se habla de la ocupación como de una institución propia del Derecho de gentes, y más exactamente de la adquisición por ocupación de los animales y de los distintos supuestos ante los que podemos encontrarnos. En el fragmento 7 que nos ocupa, traslada esta misma figura jurídica a los hombres, afirmando *ut et liberi homines in servitutem deducantur*

Autores como RATTI o KARLOWA <sup>6</sup> ponen de relieve como el origen de esta situación en que se viene a encontrar el hecho prisionero por un pueblo al que se le ha declarado la guerra o con el que no se ha concluido ningún tipo de tratado hay que buscarlo en la *naturalis ratio* según la cual *res nullius cedit primo occupanti*

Gayo en sus Instituciones recoge esta misma idea.

*Gai. 2, 66, y 69. Nec tamen ea tantum quae traditione nostra fiunt, naturali nobis*

---

<sup>6</sup> KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* ( Leipzig 1901 ) p. 114 y ss.; RATTI, *op. cit.* p. 7.

*ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo persecuti erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur. 69. Ea quoque quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.*

En el libro 2 sobre las cosas, párrafo 66 de las Instituciones Gayo comienza a hablar de la ocupación y dice que es ésta una institución de Derecho natural en virtud de la cual se toman las cosas que no son de nadie, en los párrafos siguientes establece los criterios para hablar de ocupación y en el 69 termina diciendo que también se hacen nuestras por razón natural las cosas que tomamos del enemigo. Relaciona pues la ocupación con los objetos que se toman del enemigo y ambos con el Derecho natural o con principios comunes a todos los pueblos.

*D. 11, 7, 36 ( POMPONIUS libro vicensimo sexto ad Quintum Mucium. ). Cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel "sacra esse, sicut homines liberi in servitutem perveniunt: quod si ab hac calamitate fuerint liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur.*

De nuevo aparecen relacionadas la esclavitud en que cae el prisionero con la ocupación. Las tierras ocupadas por los enemigos pierden su carácter sagrado, y de igual modo los hombres libres se hacen esclavos. En este texto a diferencia de los anteriores no se añade al término *servus* el calificativo de *hostium*, se habla de esclavos, con carácter general sin matizar que lo sean sólo en relación con el ordenamiento del pueblo que los ha capturado y no con su propio ordenamiento. Se hacen esclavos *Iure gentium*.

*D. 1, 5, 5, 1 ( MARCIANUS libro primo institutionum ). Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior vigintiannis ad pretium participandum venire passus est: iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur...*

En el texto se diferencian dos modos de entrar en esclavitud, una *iure civili* cuando una persona mayor de veinticinco años permite ser vendida para participar en el precio, otra *iure gentium* aquellos que son enemigos cautivos o que nacen de esclava. El texto contempla la situación desde el punto de vista del ordenamiento romano pues dice, *iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur*, parece pues que la condición de esclavo sólo la



adquiere frente al pueblo que los capturo y no frente a su propio pueblo.

*D. 50, 16, 3, 1 ( ULPIANUS libro secundo ad edictum ). Eius, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, quia servus decessit.*

El texto de Ulpiano, se encuentra en el título 16 sobre la significación de las palabras , el título responde al espíritu compilatorio de elaboración de grandes principios y *regulae* . Teniendo en cuenta este dato atenderemos al texto que nos dice que, quien muere en poder de los enemigos no puede causar la sucesión pues muere esclavo y por tanto no es sujeto de derecho. El texto no deja lugar a dudas, contrariamente a lo que dice el texto anterior, excluye al prisionero de su propio ordenamiento para el que también es esclavo.

*D. 38, 16, 1, 1 ( ULPIANUS libro duodecimo ad Sabinum ). Quaeri poterit, si ex ea, quae in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. et cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa haec habeatur, ut uxor ducta*

*suum pariat ? nec mirum sit, ex serva ingenuum nasci, cum et ex captiva rescriptum sit ingenuum nasci. quare ausim dicere, etsi pater huius pueri eiusdem sortis fuerit, cum mater moram passa in libertate fideicommissa, ipseque moram passus est, suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit. ergo sive postea pater eius post moram manumittatur, recipiet eum in potestate, sive ante decesserit, definiendum erit suum existere.*

El texto del título 16 sobre herederos legítimos plantea la cuestión de si el hijo de una esclava cuya manumisión ha sido retrasada indebidamente y de padre libre es heredero legítimo de su padre una vez concebido y nacido. El jurista contesta que sí debe considerársele libre y heredero legítimo, y que esto no debe sorprendernos pues también se dispone en los rescriptos que sea libre el hijo del que se halla en cautiverio. El jurista ha comparado al cautivo con la esclava y ha identificado ambas situaciones jurídicas.

“

*D. 26, 1, 15 ( ULPIANUS libro trigesimo octavo ad Sabinum ). Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus. aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit, quia servus non efficitur, tutor manet sed interim a praesidibus alius tutor dabitur.*

El texto debe entenderse *a sensu contrario* , *si quis tutor non sit captus ab hostibus... quia servus non efficitur*. Enumera las situaciones en las que no se considera que uno sea *captus ab hostibus* y especifica que en estos casos se sigue siendo tutor puesto que no cae en esclavitud.

*D. 23, 2, 45, 6 ( ULPIANUS libro tertio ad legem Iuliam et Papiam. ). Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. et qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim Iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam. certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.*

El fragmento 45 trata sobre el matrimonio de la liberta con su patrono y el parágrafo 6 nos dice que no se disuelve dicho matrimonio si el patrono cae en cautiverio, es una excepción a lo que ocurriría si el patrón cayera en cualquier otra clase de esclavitud, en cuyo caso el matrimonio se consideraría disuelto. Dejando a un lado el problema de la subsistencia del matrimonio que plantea el texto, cuestión que será tratada cuando hablemos de los

efectos de la prisión sobre el matrimonio del cautivo, lo que interesa poner aquí de manifiesto es que el texto dice que la prisión de guerra es una clase de esclavitud.

Esto mismo se dice en:

*D. 24, 2, 1 ( PAULUS libro trigesimo quinto ad edictum. ). Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.*

Entre las causas de disolución del matrimonio aparece la caída en prisión o cualquier otra clase de esclavitud.

*D. 37, 1, 3, 6 ( ULPIANUS libro trigesimo nono ad edictum ). Sed et eius, qui apud hostes decessit, bonorum possessionem admitti posse, quamvis in servitute decedat, nulla dubitatio est.*

“

El pretor puede conceder la *bonorum possessio* de los bienes del que muere en cautiverio del enemigo como una excepción, puesto que, como dice el texto, murió siendo esclavo. Es pues esto una excepción a las reglas generales en

materia sucesoria pues un esclavo jamás causaría una sucesión, y así queda claro en el texto.

*D. 38, 17, 2, 3 ( ULPIANUS libro tertio decimo ad Sabinum. ). Sed si in servitute concepit filium et manumissa ediderit, ad legitimam eius hereditatem admittetur: idemque et si serva poenae concepit et restituta edidit: hoc idem et si libera concepit, edidit serva poenae, mox restituta est: sed et si libera concepit et in servitute redacta edidit, mox manumissa est, ad legitimam hereditatem eius admittetur. item si adhuc praegnas manumissa est, dicendum erit prodesse. et in servitute editi filii ad legitimam hereditatem mater admittetur, ut puta si post moram factam in fideicommissa libertate peperit, vel apud hostes et cum eo rediit, vel si redempta edidit.*

El fragmento enumera una serie de supuestos en los que la madre tiene la ventaja del senadoconsulto Tertuliano y, concretamente, al final del párrafo 3 se nos dice que la madre tendrá la ventaja del Tertuliano en algunos casos en los que en el momento de dar a luz era esclava y entre estos está el caso de la madre que dio a luz estando cautiva del enemigo y luego regresó. Una vez más en el texto se incluye el caso de la prisión de guerra como una de las situaciones de esclavitud que pueden darse.



Como hemos podido comprobar en las fuentes nos encontramos con dos tipos de expresiones, unas señalan que el prisionero se convierte en *servus hostium* y otras simplemente dicen que el prisionero es esclavo. Esta distinta calificación ha dado lugar a que parte de la doctrina <sup>7</sup> haga la siguiente matización, el prisionero tiene la condición de esclavo para el ordenamiento jurídico del pueblo que lo hizo prisionero, pero no para su propio ordenamiento, pues para éste sería una mera situación de hecho sin efectos jurídicos.

BARTOSEK, señala que las fuentes dicen directamente que el ciudadano romano caído en cautiverio enemigo se hace *servus hostium* y que aquellas fuentes que utilizan el término esclavo sin más se refieren siempre a una esclavitud *iure gentium*, es decir, una esclavitud sólo frente al estado enemigo, no para el ordenamiento jurídico romano. Añade que en textos como D. 24, 2, 1; 4, 6, 15, pr; 38, 16, 1, 1, se establece una oposición entre los terminos cautiverio y esclavitud <sup>8</sup>. Para BARTOSEK el prisionero sería *servus ex*

---

<sup>7</sup> MOMMSEN, *op. cit.* p. 3 y ss.; FERRINI, *Pandette* (Milano 1908) p. 63; SOHM, *Institutionem des Römischenrechts* (Leipzig 1908) p. 209; DESSERTAUX, *Etudes historiques sur la capitis deminutio* (Dijon 1909) p. 82 y 137; BARTOSEK, *op. cit.* p. 111 y 137.

<sup>8</sup> En mi opinión tal y como he dicho al analizar los textos tal oposición no existe, antes bien se incluye el cautiverio como una de las causas de esclavitud (D. 24, 2, 1) o se equiparan ambos casos para dar respuesta al supuesto planteado (D. 38, 16, 1, 1) o se resuelve el caso del cautivo como una excepción a las reglas de la esclavitud y así se pone de manifiesto (D. 4, 6, 15, pr).

*iure gentium* , atendiendo al principio de reciprocidad, lo que vendría a significar que los romanos reconocerían esta esclavitud al igual que el pueblo enemigo debía reconocer que el capturado por el pueblo romano también se hacía esclavo de estos, pero esto no significaría que reconocieran tal esclavitud *iure civili* , es decir, frente a su propio ordenamiento y pone como ejemplo los casos de aquellos prisioneros que cumplían condena en Roma, cuando regresen a Roma seguirán cumpliendo condena independientemente de que en el estado enemigo hubieran adquirido la libertad (D. 49, 15, 12, 9 )<sup>9</sup>. Es por tanto *servus hostium* y prueba de ello para BARTOSEK es que en Roma se sigue considerando que tiene personalidad jurídica, aunque, como él mismo dice, limitada<sup>10</sup>. GIOFFREDI<sup>11</sup> tampoco cree que el prisionero sea *servus* para el ordenamiento jurídico romano, parte de la utilización del término *servus hostium* en algunos textos como un término específico y técnico para referirse a la

---

<sup>9</sup> El supuesto planteado en D. 49, 15, 12, 9 no tiene nada de excepcional de acuerdo con los principios que rigen en materia penal, el ciudadano romano debe cumplir el resto de la condena, principios estos absolutamente distintos a los que rigen en materia civil.

<sup>10</sup> Aquí el mismo BARTOSEK admite que la personalidad jurídica que se le reconoce es limitada, más bien está en suspenso y la razón de esto no hay que buscarla en su condición de *servus* o no, pues si no es *servus* no tendría porque limitarse, sino en la posibilidad abierta del regreso y del postliminio

<sup>11</sup> GIOFFREDI, *op. cit.* p. 27 y ss.

situación del prisionero de guerra, que relaciona con la definición de *servitus iure gentium* que aparece en ( D. 1, 5, 5, 1 ), sería *servitus iure gentium* aquella fundada en un principio común a todos los ordenamientos jurídicos, pues bien, en el texto no se califica de tal la esclavitud del ciudadano romano hecho prisionero por el enemigo y sí se dice que es causa de esclavitud *iure gentium* la del enemigo hecho prisionero por los romanos y esto es así para GIOFFREDI pues en el texto se habla de las causas de esclavitud que tienen relevancia para el ordenamiento jurídico romano. Así pues, si la prisión del ciudadano romano no se califica de *servitus iure gentium* es porque tal no es causa de esclavitud para el ordenamiento jurídico romano.

Creemos que el razonamiento de GIOFFREDI peca de formalista y no atiende a la estructura política de los distintos pueblos en la antigüedad y la exclusión recíproca de ordenamientos. Creemos además que el mismo GIOFFREDI se contradice cuando siguiendo su discurso sí reconoce que tal situación de cautiverio del *civis* romano tiene efectos jurídicos en el propio ordenamiento romano, aunque matiza que no por sí misma sino por "el efecto que comporta de pérdida del *status civitatis et familiae* , pues es este *status* el que hace de la persona sujeto de derecho en un ordenamiento jurídico; perdido tal *status*, el romano prisionero no es sujeto de derecho para su propio ordenamiento. Decir esto, y afirmar a la vez que la caída en

prisión del *civis* es un hecho extraño al ordenamiento es un tanto absurdo.

Esto mismo puede decirse del argumento de BARTOSEK cuando afirma que no se le considera *servus* frente al propio ordenamiento, pues en éste se le reconoce incluso capacidad jurídica aunque limitada, antes bien y siguiendo la lectura de las fuentes, concluiríamos lo contrario, el ordenamiento romano le niega la capacidad ( D. 50, 16, 3, 1 quien muere prisionero del enemigo no causa sucesión; D. 26, 1, 15 no puede seguir siendo tutor; D. 24, 2, 1 se disuelve su matrimonio; D. 37, 1, 3, 6 se permite al pretor conceder la *bonorum possessio* de sus bienes; D. 38, 17, 2, 3 le concede a la madre, pese a su condición de esclava, la ventaja del senadoconsulto Tertuliano. )

Como pone de manifiesto BETTI <sup>12</sup>, decir que los romanos consideraban la prisión de guerra de sus ciudadanos como un hecho extraño a su ordenamiento, significaría que se desinteresaban por la suerte que corrieran sus ciudadanos y sus relaciones jurídicas, cosa que no es cierta pues, de lo contrario, no nos estaríamos dedicando a su estudio.

Con el término *hostium* en los casos en los que aparece matizando el término *servus* se indicaría la lejanía

---

<sup>12</sup> BETTI, *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica* en *RISG* ( 1951 ) 94 y ss.

física, el encontrarse en territorio extranjero y en esclavitud de un extranjero, frente a los esclavos que se encuentran en Roma y lo son de ciudadanos romanos, pero la situación jurídica de ambos es idéntica.

### **I.c- *Capitis deminutio* del prisionero.**

Como vimos anteriormente el ciudadano hecho prisionero pierde la libertad y la ciudadanía; se hace esclavo y sufre una *capitis deminutio* en cuanto pierde su posición jurídica frente a su propio ordenamiento. Con el término *capitis deminutio* se indica la pérdida de relevancia jurídica que sufre un sujeto, en cuanto perteneciente a una organización, respecto de ésta. En un sentido más concreto, que interesa al caso, significaría que una persona pierde su posición social y personalidad jurídica respecto de su ordenamiento jurídico<sup>13</sup>.

“

---

<sup>13</sup> Como recoge KORNHARDT, *Postliminium in Republikanischer Zeit* en *SDHI* ( 1953 ) 20. El término *caput* es la rúbrica en el registro del censo que indicaba que el individuo había sufrido una *iuris deterioris* , es decir, una *capitis deminutio*. La pérdida del *caput* en el censo significaría la pérdida de la ciudadanía y con la ciudadanía la libertad, la posición familiar y todos los derechos que esto conlleva.

*Gai. I, 160.. Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quae accidit incensis, qui ex forma censuali venire iubentur; quod ius.pr -( unas líneas ilegibles )- qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint: item femina, quae ex senatusconsulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus inuitis et denuntiantibus dominis cum servis eorum coierint.*

El presente texto define la *capitis deminutio maxima* como el cambio de estado que se produce cuando alguien pierde al tiempo la ciudadanía y la libertad <sup>14</sup>.

Vimos ya que el prisionero de guerra pierde la ciudadanía y la libertad, y por tanto sufre una *capitis deminutio* <sup>15</sup>, uniendo esto a la definición que hemos dado

---

<sup>14</sup> Es cierto que seguidamente enumera una serie de supuestos que entrarían dentro de la *capitis deminutio maxima* y entre ellos no figura la prisión de guerra, pero el "término *quae...*" entiendo que tiene carácter ejemplificativo y no enumerador de unos supuestos que fueran a constituir un *numerus clausus*.

<sup>15</sup> A esta conclusión no podrán llegar jamás aquellos que no admiten que el prisionero pierda la libertad y la ciudadanía convirtiéndose en esclavo, y dicen que la esclavitud a que se refieren los textos es una mera esclavitud de hecho frente al ordenamiento romano, tal es el caso de PEROZZI, *Istituzioni I* ( Firenze 1906 ) p. 184; FERRINI, *op. cit.* p. 63; DESSERTAUX, *op. cit.* p.

de *capitis deminutio* , diremos que el prisionero deja por tanto de ser sujeto de derecho para su propio ordenamiento, y tal pérdida afecta tanto a sus *publica iura* , como a las relaciones jurídicas privadas de las que fuera sujeto.

RATTI <sup>16</sup> prueba tal pérdida de los *publica iura* , en primer lugar afirma, apoyándose en

*C. 12, 35 ( 36 ) ( Imp. Antoninus A. Annaeo militi.). Stipendia et donativa temporis, quo apud hostes fuisse te dicis, restitui tibi postliminio regresso restitutoque non iure desideras. ( s. f. )*

El militar que regresa de la prisión no tiene derecho a la soldada que él hubiera recibido en este tiempo de no haber sido hecho prisionero; ello significa que durante el tiempo de prisión no conservó su cargo militar pues si así fuera tendría derecho a la soldada, evidenciándose que el derecho de postliminio no tiene carácter retroactivo.

“

---

140; GIRARD, *Manuel de Droit Romain* ( Paris 1911 )p. 103; CUQ, *Manuel des Institutions* (Paris 1917 ) p. 112 nt. 8.

<sup>16</sup> RATTI, *op. cit.* p. 23. En sentido contrario ver VOIGT, *Die XII Tafeln* ( Leipzig 1883 ) p. 287; MITTEIS *Romisches Privatrecht* (Leipzig 1908 ) p. 128; SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* ( Roma 1971 ) p. 153.

Hace seguidamente mención al caso del emperador Valeriano, que fue hecho prisionero por los persas en el año 260 d. d. C. y del que Latancio en *De mortibus persecutorum*<sup>17</sup> decía:

*Hic captus a Persis, non modo imperium, quo fuerat insolenter usus, sed etiam libertatem, quam ceteris ademerat, perdidit, vixitque in servitute turpissime.*

Valeriano al caer prisionero de los persas no sólo perdió el *imperium*, sino también la libertad, cayendo en estado de esclavitud. Valeriano con la prisión deja pues de ser emperador.

Por último, al hacer referencia a la extinción de cargos religiosos, el autor toma en consideración el texto de San Gregorio Magno<sup>18</sup> en el que narra el caso del obispo Paulino ( s. IV d. d. C. ), cuenta San Gregorio que siendo interrogado el obispo en prisión a cerca de su personalidad respondió: *servus tuum sum* , á lo que se le replicó que se quería conocer *non quis esset, sed quis in terra sua fuisset*. El obispo respondió: *episcopum se fuisse testatus est*.

---

<sup>17</sup> C. V. ed. Halma, 1962 p. 60.

<sup>18</sup> *Dialogos* L. III en *Opera Basileae* 1564 I p. 1380 y ss.



El obispo Paulino respondió que él ahora era *servus* porque su estado no le permite mantener su cargo religioso y por eso responde en pasado *fuisse*.

Junto a RATTI, la mayoría de la doctrina mantiene nuestra misma afirmación<sup>19</sup>; otros autores<sup>20</sup> lo niegan tajantemente sosteniendo su tesis en el hecho de ninguna fuente jurídica lo dice expresamente, pero a esto hemos de responder que son muchas las fuentes literarias que como tal se refieren al *captivus*, además de aquellas fuentes jurídicas que, sin decirlo expresamente, lo contemplan como tal.

*CESAR, De bello civ, 2, 32: Sacramento quidem vos tenere qui potuit, cum, proiectis fascibus, et deposito imperio, privatus, et captus ipse in alienam potestatem venisset. Relinquitur nova religio, ut eo neglecto sacramento, quo tenemini, respiciatis illud, quod deditioe ducis, et capitis deminutione sublatum est.*

---

<sup>19</sup> AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* ( Napoli 1950 ) p. 26; BETTI, *Falsa impostazione della quaestione storica* en *SDHI* ( 1950 ) 126; KORNHARDT, *op. cit.* p. 23; LONGO, *Postille critiche in tema di captivitas* en *IURA* ( 1957 ) 40; SERTORIO, *op. cit.* p. 144.

<sup>20</sup> Este es el argumento que utilizan VOIGT, *op. cit.*, p. 287 y BARTOSEK, *op. cit.* p. 110, para negar la *capitis deminutio maxima* del prisionero. Para SERTORIO, *op. cit.* p. 144 nt. 1, el silencio de las fuentes es un argumento de poco valor, él habla de una evolución histórica que terminaría por excluir la *capitis deminutio maxima* del prisionero que en un principio sí acompañaba a la prisión.

Algunos autores <sup>21</sup> niegan oportunidad al texto a efectos de demostrar la *capitis deminutio maxima* del prisionero por el contexto del mismo; es un discurso pronunciado por Cesar a unos soldados de Domiciano que han sido vencidos y hechos prisioneros por Cesar con el fin de persuadirles para que rompan el juramento hecho a Domiciano, quizá por esto los argumentos utilizados para persuadir a los soldados son con tal objeto algo exagerados y no demasiado de acuerdo con la realidad, máxime si pensamos que es ésta una guerra civil donde no se produce pérdida de la libertad y la ciudadanía y por tanto no hay postliminio. El texto es quizá jurídicamente poco riguroso o nada riguroso, si se quiere, tratandose de una guerra civil pero lo que quizá hace Cesar es, conscientemente, trasladar los efectos del cautiverio por un pueblo enemigo, mucho más rigurosos o, por que no decirlo, rigurosísimos, a la situación de estos prisioneros, amenazandolos veladamente con ellos, para conseguir que rompan el juramento a su caudillo.

“

*HORACIO, Carmina, 3, 5, 41*

*Fertur pudicae coniugis osculum,*

---

<sup>21</sup> COHN, *Beiträge* ( Berlin 1880 ) cit por SERTORIO, *op. cit.* p. 144 nt 1; VOIGT, *Ius naturale* Beilage IX p. 38; KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio* ( Breslau 1887 ) p. 16.

*Parvosque natos, ut capitis minor,  
ab se removisse* <sup>22</sup>

El texto habla del encuentro de Atilio Régulo, hecho prisionero por los cartagineses, con su mujer y con sus hijos, e indica las consecuencias de la prisión de guerra que son claras: el prisionero ha sufrido una *capitis deminutio* .

Es cierto que Atilio Régulo no tenía la ventaja del postliminio, al igual que los prisioneros del texto anterior, puesto que había prometido volver con los enemigos, pero esto no obsta para que con *postliminium* o sin él, una de las consecuencias que se derivan del hecho de la *captivitas* sea la *capitis deminutio* que sufre el prisionero.<sup>23</sup>

*LIVIO 22, 60, 15. Liberi atque incolumes  
desiderate patriam..., sero nunc  
desideratis, deminuti capite, abalienati  
iure civium, servi Carthaginiensium facti.*

“

---

<sup>22</sup> El término *minor* entiendo que no equivale a *minima* , sino a *minutus*.

<sup>23</sup> GIOFFREDI, *op. cit.* p. 31, dice que en este texto Atilio Régulo sí sufriría una *capitis deminutio* porque no tiene la ventaja del postliminio, dado que tenía *animus remanendi* , es decir, pensaba regresar con los enemigos. Opino que esto no afecta al hecho de la *capitis deminutio* que deriva de la *captivitas*.

El texto se refiere a los soldados romanos que durante la batalla de Cannas se pasaron al bando enemigo, los cartaginenses; de nuevo GIOFFREDI, rebate el texto como representativo de la *capitis deminutio* que sufre el prisionero, diciendo que en cuanto soldados que se han pasado voluntariamente al bando enemigo no tienen derecho de postliminio; nosotros seguimos pensando que esto no obsta para que los soldados convertidos en *servi* sufran una *capitis deminutio* como el texto indica.

Quizá la utilización del verbo *venit* en lugar de *pervenit* signifique como pone de manifiesto GIOFFREDI, que se está hablando de un pasarse al enemigo voluntariamente, como en el texto anterior, en cualquier caso la consecuencia del hecho es la *capitis deminutio* .

Es cierto que los textos citados se refieren a supuestos en los que no entraría en juego el derecho de postliminio a favor del prisionero, pues o bien no existe *animus revertendi* , o bien se trata de una guerra civil o de la desertión, pero no estimamos "lógico concluir que por el hecho de que en estos casos se hable de *capitis deminutio* , no pueda hablarse de *capitis deminutio* cuando existe la ventaja del postliminio para el prisionero.

En cualquier caso llama la atención que tratándose de textos literarios y no jurídicos, sus autores utilicen de

forma natural un término jurídico como es *capitis deminutio* , y es esto lo que da valor a los textos, pues no siendo textos específicos sobre la materia y ni siquiera teniendo carácter jurídico utilizan , como hemos dicho, del modo más natural un término jurídico como es *capitis deminutio* ; esto nos hace pensar que la idea de la *capitis deminutio* del prisionero estaba totalmente extendida y en absoluto discutida, era de conocimiento general <sup>24</sup>.

Es cierto que no encontramos textos jurídicos en los que se diga expresamente que el *captivus* sufra una *capitis deminutio* , pero si hay textos que relacionan la situación del *captivus* con la *capitis deminutio* cuando desarrollan los efectos de ésta.

*D. 38, 16, 1, 4 ( ULPIANUS libro duodecimo ad Sabinum ). Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate. quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit nepotes non succedunt. proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt " ante luitionem ": sed si interim decesserit,*

---

<sup>24</sup> DESSERTAUX, *op cit.* p. 153

*cum placeat eum statu recepto decessisse,  
nepotibus obstatit.*

El texto del título 16 sobre herederos legítimos, libro 1 fragmento *principium*, comienza definiendo los casos en que se considera que un ciudadano ha muerto intestado y por tanto daría lugar a la apertura de la sucesión legítima. Pasa en el fragmento 1 y siguientes a analizar caso por caso supuestos en los que existiría duda a cerca de si una persona tiene la condición de heredero legítimo o no. En el fragmento 1 se plantea la cuestión de si el hijo de una esclava cuya manumisión fideicomisaria ha sido indebidamente retrasada, una vez concebido y nacido es heredero de su padre, concluye Ulpiano que sí, pues se admite que nace libre a semejanza de lo dispuesto por Antonino Caracala en su rescripto sobre el hijo concebido y nacido en cautiverio al que debe considerársele libre y heredero de propio derecho, y es más también sería heredero el hijo de un padre cuya manumisión fideicomisaria se hubiera retrasado. En el fragmento 2 se nos dice que son herederos legítimos, los hijos y las hijas tanto de sangre como adoptados, y en el fragmento 3 se plantea una excepción respecto al derecho a la herencia legítima por un hijo, diciendo que éste en ocasiones aunque heredero legítimo queda excluído por preferencia del fisco en algunos casos de condenas penales. En el fragmento 4 se plantea el problema del derecho de representación por estirpes; comienza afirmando que cuando

el hijo heredero legítimo queda en situación de no poder heredar, le suceden los nietos y nietas nacidos de él; sigue el texto aclarando cuándo un hijo deja de estar en situación de poder heredar y nos dice que esto ocurre cuando el hijo sale de la potestad de su padre por una *capitis deminutio* de grado mayor o menor, y añade el texto *quod si filius apud hostes ist*, en este caso no suceden los nietos en tanto que él viva y añade que si es redimido, es decir, regresa, no sucede antes del pago del precio de la redención, sí sucede y tiene de nuevo la condición de heredero legítimo desde el momento en el que el precio se haya pagado. Si, por el contrario, muere, como se entiende que muere como hijo de familia, por una extensión de los efectos de la ley Cornelia, cuya ficción acabará, como veremos más adelante, dando un carácter retroactivo a la situación jurídica del cautivo en orden a todos sus derechos, se entiende que murió como hemos dicho, como hijo de familia, y por tanto es heredero él y no sus hijos, pues no ha lugar al derecho de representación.

El texto es perfectamente claro respecto a la situación del prisionero en su condición de heredero legítimo, pero lo que nos interesa es si el "caso del hijo cautivo que se presenta acto seguido de haber hablado de la *capitis deminutio* es para Ulpiano un supuesto específico de *capitis deminutio* , o es un caso distinto a éste. GIOFFREDI <sup>25</sup> dice que el jurista en el periodo *quod si filius...* no se refiere a un

---

<sup>25</sup> GIOFFREDI, *op. cit.* p 33 y ss

caso concreto de *capitis deminutione* , sino a otro caso en el que podría pensarse que el hijo deja de ser *suus heres* , y añade GIOFFREDI, que esto resulta claro cuando sabemos por *Gai.* 1, 129 que el hijo no deja de estar bajo la patria potestad del padre. En nuestra opinión no es aceptable el argumento de GIOFFREDI, pues *Gai.* 1, 129 no dice que el hijo prisionero permanezca bajo la patria potestad de su padre, sino que ésta queda en suspenso, pendiente del posible regreso, en cuyo caso sí se consideraría que ha estado bajo la patria potestad del padre, o de la muerte del hijo *apud hostes* , en cuyo caso se consideraría que no estuvo bajo la *patria potestas* desde el momento que fue hecho prisionero.

Otros autores <sup>26</sup> creen, en nuestra opinión más fundamentadamente, que *quod si...* hace referencia a un caso concreto de *capitis deminutio*, *quod si* tiene en el texto un significado concesivo, no indica una oposición, en opinión de AMIRANTE, si Ulpiano hubiese querido indicar una oposición entre la *capitis deminutio* y la *captivitas* hubiera utilizado los términos *sed si*. No hay oposición sino que se precisan los efectos que el postliminio tiene sobre la *capitis deminutio* del cautivo, efecto que consiste en no dar en este caso a la *capitis deminutio* un valor definitivo dada la posibilidad del regreso.

---

<sup>26</sup> AMIRANTE, *op. cit.* p. 29; LONGO, *op. cit.* p. 42; RATTI, *op. cit.* p. 32.



Creemos que el sentido del texto es el siguiente, la prisión es un caso de *capitis deminutio*, y por eso mismo el jurista se ve obligado a hacer referencia especial a él, pues siguiendo el contenido del texto es una excepción especial al derecho de representación de los nietos por *capitis deminutio* del padre, es una excepción pues en este caso la *capitis deminutio* no es definitiva, sino que finaliza con el regreso y por efecto del postliminio o con muerte y por efecto del juego de la retroactividad que propone la ley Cornelia.

La misma conclusión sacamos a partir de

*Ulp. Reg. 23, 4.. Irritum fit testamentum, si testator capite diminutus fuerit, aut si iure facto testamento nemo extiterit heres*

Es cierto que no encontramos ningún texto en el que se afirma tajantemente que el *captivus* es *capite deminutus*, pero a esto podemos encontrar una doble explicación; por un lado, la evolución histórica del régimen de prisión de guerra y del postliminio, como veremos, durante la época republicana hubo una tendencia a suavizar los efectos de la prisión; por otro lado, la propia evolución del significado del término *capitis deminutio*, que de ser en su origen un término que sirve para constatar el hecho de la pérdida de la libertad y la ciudadanía, pasó a asumir la

función de un instituto jurídico que causa la pérdida de la libertad y la ciudadanía y que aparece siempre en relación a condenas penales <sup>27</sup>. Pero como se contiene en Gai. 1, 160 la *capitis deminutio es maxima* cuando alguien pierde la libertad y la ciudadanía; consiguientemente el prisionero, perdiendo la libertad y la ciudadanía sufre pues una *capitis deminutio maxima*

“

---

<sup>27</sup> Es por esto por lo que decimos que el prisionero perdiendo la ciudadanía y la libertad sufre una *capitis deminutio* y no que sufre una *capitis deminutio* y en consecuencia pierde la ciudadanía y la libertad.

## II- POSTLIMINIUM

### II.a- Concepto de *postliminium*.

Hemos analizado hasta el momento las duras consecuencias que la prisión de guerra tenía para el ciudadano romano: la pérdida de la libertad y de la ciudadanía, lo cual significa pérdida de su *status* jurídico. Pero frente a estos principios del derecho de guerra, junto o paralelamente a estos, aparece la institución del postliminio, institución que tendría como efecto eliminar las consecuencias negativas de la prisión.

La situación de esclavitud en la que se encuentra el prisionero finaliza con el retorno<sup>28</sup> del mismo a la ciudad; con la huida de la prisión, el cautivo recupera su libertad fáctica<sup>28</sup>, pero esta adquisición fáctica de la libertad no tiene

---

<sup>28</sup> BECHMANN, *Das Ius postliminii und die Fictio legis Corneliae* ( Erlagen 1872 ) p 6 y ss. Encuentra analogías jurídicas entre la captura y la huida del prisionero y la ocupación de animales salvajes, fundando ambas situaciones en principios del *ius gentium* .

consecuencias jurídicas para el prisionero frente a su ordenamiento jurídico sino va unida a unos determinados presupuestos como es el regreso a su ciudad en unas determinadas circunstancias. Así junto al lado negativo que supone la real abolición de la prisión por la huida, hay otro lado positivo que viene marcado por el regreso y a esto es a lo que se le señala con la palabra *postliminium*.

*D. 49, 15, 19, pr ( PAULUS libro sexto decimo ad Sabinum ). Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. nam quod bello amisimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio ut qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.*

En el texto de Paulo, que encontramos en el título 15 relativo a los prisioneros de guerra, derecho de postliminio y redención, se nos define el contenido y la naturaleza del postliminio; respecto del contenido del derecho se nos dice que consiste en recuperar de manos extrañas una cosa perdida y restituirla a su antigua condición, al igual que consiste en que el retenido por gentes extrañas recupere su antiguo derecho. En cuanto a su

naturaleza el texto es claro, el *ius postliminii* es una institución de origen consuetudinario a la vez que legal, común a todos los pueblos <sup>29</sup>. Institución pues propia del *ius gentium* cuya *ratio* hay que buscarla en la justicia natural y por tanto en los principios de equidad.

En el texto se explica pues el simple funcionamiento de la institución, haciendo hincapié en su naturaleza; las razones de la existencia de dicha institución hay que buscarlas en principios de justicia y equidad; y esta sería la definición que correspondería al sentido originario y arcaico del término.

Rasgos de su naturaleza y contenido encontramos al analizar etimológicamente el término: KORNHARDT <sup>30</sup>, señala tres rasgos específicos que del análisis etimológico del término pueden concluirse; en primer lugar señala como el término formado por una preposición ( *post* ) y la expresión ( *limen* ), con una desinencia declinable ( *ium* ), hacen del término una palabra declinable que significa " aquello que está detrás o en medio del umbral", tiene pues por tanto un marcado sentido local, y su originario campo de aplicación sería el interior de la casa, de la casa y de su gobierno, campo de aplicación que se ampliaría, por supuesto, con la

---

<sup>29</sup> Entendiéndose por legal, no sólo las leyes populares romanas en sentido propio, sino también los acuerdos internacionales.

<sup>30</sup> KORNHARDT, *op. cit.* p. 3

evolución posterior de la institución. En segundo lugar señala la autora como en la documentación que encontramos de la palabra, está va siempre unida a verbos de regreso ( *redire, reverti, recipere, reducere, restituere, revocare* ), lo que nos hace pensar que el término está en relación desde su origen con las reglas jurídicas del regreso o de la prisión del que regresa y en este sentido sería el término jurídico opuesto a *exilium* . Por último, señala la autora el carácter civil del término *postliminium* , frente al carácter sacral del término *pomerium* , que sí aparecería relacionado con aspectos sacrales.

Diríamos pues que *postliminium* es un término utilizado para referirse a una institución de derecho civil, con la que se señalan los efectos jurídicos del regreso al propio territorio, a la propia jurisdicción.

“

## II.b- Presupuestos del *postliminium*.

### II.b.1 Caída en prisión.

No puede hablarse de *postliminium* si no se dan determinados presupuestos, como hemos dicho: una caída en prisión y un regreso. Analicemos detenidamente el contenido de cada uno de ellos.

Las fuentes hablan en primer lugar de *venire ad hostes*, y esto debe entenderse del siguiente modo:

\_ *venire ad hostes*, no sólo significa ser conducido fuera del territorio romano ( D. 49, 15, 19, 3 ), sino además que uno esté prisionero de militares enemigos ( D. 49, 15, 5, 1 ).

SERTORIO <sup>31</sup>, pone en relevancia como se exige de esta captura que tenga unos requisitos de estabilidad para que pueda derivarse de ésta, las graves consecuencias jurídicas que de la prisión de guerra se derivan, debe ser pues, algo más que un hecho episódico.

\_ Se considera prisionero de guerra sólo a aquel que haya sido capturado por el enemigo; no se entenderá que ha

---

<sup>31</sup> SERTORIO, *op. cit.* p. 27

sido capturado por el enemigo y por tanto no tendrá las ventajas del postliminio aquel que se pasó voluntariamente al enemigo, cual es el caso de los tráfugas ( D. 49, 15, 19, 4), los desertores y los que han sido vencidos o se han rendido al enemigo ( D. 49, 15, 17 ). Se exige de los soldados no sólo su lealtad a Roma, sino también su victoria.

\_ Se entiende por *hostes* <sup>32</sup>, todo pueblo extranjero enemigo de Roma. Como señalabamos al principio del capítulo, siguiendo a LEVY - BRUHL, se requiere que sea un pueblo al que Roma lo haya reconocido como estado soberano; enemigo no debe entenderse como estado de guerra, sino como expresión contraria a pueblo amigo o con el que se tienen tratados de paz. Quedan pues excluidos de las ventajas del postliminio los prisioneros de guerras civiles ( D. 49, 15, 21, 1 ; C. 7, 14, 4 ) o los hechos prisioneros por ladrones o piratas ( D. 49, 15, 19, 2; 49, 15, 24 )

### II.b.2 Regreso de la prisión.

El segundo presupuesto para hablar de *postliminium* es lo que en las fuentes se enuncia como *redire ab hostibus* ; en esta expresión debemos distinguir dos requisitos, uno material y otro intencional.

---

<sup>32</sup> Ver *Hostis* en HEUMANN SECKEL, *Handlexikon* ( Graz 1971 )



El requisito material exige el retorno *corpore* del cautivo. El prisionero debe retornar bien *intra praesidia nostra* (D. 49, 15, 5, 1 ), o también se le reconoce el derecho de postliminio si regresa a un pueblo que mantiene con Roma relaciones de amistad ( D. 49, 15, 19, 3 ).

\_ El regreso puede producirse bien, porque el mismo prisionero haya huido, o bien que haya sido rescatado por otros ( D. 49, 15, 20, 2 ). En el caso de que el regreso se produzca por rescate, se entiende que el rescatado goza de derecho de postliminio, aunque deberá pagarse el rescate a aquel que lo rescató para que el rescatado pueda tener el efectivo ejercicio de sus derechos.

\_ El regreso debe producirse además durante la misma guerra ( D. 49, 15, 19, 1 ). Es evidente que con esto se persigue motivar a los soldados para que vuelvan a Roma durante la misma guerra, que es cuando le son más necesarios.

Tema discutido y confuso en los textos es la aplicación del postliminio a aquellos que fueron hechos prisioneros durante una guerra " y regresan una vez se ha concluido la paz.

*D. 49, 15, 12, pr. ( TRYPHONINUS libro quarto disputationum ). In bello postliminium est, in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis*

*erat comprehensum. quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt. verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur. quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his ius postliminii.*

El texto de Trifonino comienza con una afirmación que da por generalmente admitida *in bello postliminium est* y añade una información que completa la anterior y que requiere ser explicada, según entiende el jurista, para su comprensión. Exáctamente añade que se da el postliminio también en la paz a favor de aquellos que fueron hechos cautivos y que no fueron tenidos en cuenta por los tratados de paz. Esto es así y cita aquí la opinión autorizada del jurista Servio Sulpicio Rufo, porque los romanos quisieron que sus ciudadanos tuvieran puesta la esperanza en volver durante la misma guerra, y no una vez que ésta hubiera terminado.

“

Sigue el texto planteando el supuesto de aquellos ciudadanos que fueron a territorio extranjero en tiempo de paz y que al estallar la guerra se hicieron esclavos del enemigo, de estos se dice que tienen derecho de postliminio durante la guerra y también en la paz a no ser que se determinara en el tratado de paz que no lo tuvieran.

Visto así, la afirmación *in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum*, está en abierta contradicción con la posterior afirmación que se hace por boca de Servio Sulpicio Rufo y también con el trato que se da a los romanos que son sorprendidos por una guerra en territorio enemigo.

La primera contradicción es más que obvia, pues si lo que se pretende es incentivar al prisionero a volver durante la misma guerra, no se tratará por igual a los que regresen pendiente el estado de guerra que a los que regresen una vez concluida la paz. Los primeros tendrán derecho de postliminio, los segundos, creemos lógico, que no, salvo que el tratado de paz los contemple expresamente y como una excepción les concediera el derecho de postliminio, mientras en el texto dice lo contrario, como regla general tendrían derecho de postliminio salvo que el tratado se lo negara expresamente <sup>33</sup>.

Poniamos de relieve una segunda contradicción, es la siguiente, tal y como se expresa el texto quedarían equiparados los prisioneros de guerra que fueron hechos

---

<sup>33</sup> En esto sigo la opinión de los autores más antiguos que cambiarían los términos *nihil in pactis* por *id in pactis*; SERTORIO, *op. cit.* p. 34 nt. 4, llega a la misma conclusión pero cambiando los términos *in pacem autem his* por *in pacem autem non ius*. En cualquier caso la lectura del texto sería la misma, no hay derecho de postliminio en tiempo de paz salvo que el tratado de paz diga expresamente lo contrario.

prisioneros durante la misma y se entiende que vencidos por las armas en el campo de batalla con aquellos que fueron sorprendidos por la guerra en territorio enemigo, y esta equiparación sería contraria a la idea de Servio Sulpicio Rufo y a la idea general del postliminio entendido como beneficio que se concede al que hecho prisionero logra huir del campo enemigo. Las circunstancias de la prisión o mejor dicho las causas son distintas en ambos casos y es de justicia que a los vencidos por las armas se les incentive y obligue a volver durante la misma guerra " la victoria o la muerte ", mientras que a los segundos que fueron sorprendidos por la guerra y que no son soldados se les dé un trato más benévolo concediéndoles el postliminio también una vez finalizada la misma, salvo que por determinadas circunstancias se decida establecer lo contrario en el tratado de paz.

Así pues, concluiremos diciendo que los capturados durante la guerra que regresan a Roma una vez concluido el tratado de paz, no gozan de derecho de postliminio salvo que en el tratado se diga lo contrario, ésta misma conclusión es mantenida por SERTORIO <sup>34</sup>. Esta interpretación está de acorde con otros textos. "

*D. 49, 15, 20, pr. ( POMPONIUS libro trigensimo sexto ad Sabinum. ). Si captivus, de quo in pace cautum fuerat, ut*

---

<sup>34</sup> SERTORIO, *op. cit.* p. 34

*rediret, sua voluntate apud hostes mansit,  
non est ei postea postliminium.*

En el texto se nos habla de un prisionero sobre el que se ha convenido en un tratado de paz que puede regresar. Luego en el tratado se le concede expresamente el derecho de postliminio y no al revés.

*D. 49, 15, 28, pr. ( LABEO libro quarto pithanon a Paulo epitomatorum.). Si quid bello captum est, in praeda est, non postliminio redit. PAULUS: immo si in bello captus pace facta domum refugit, deinde renovato bello capitur, postliminio redit ad eum, a quo priore bello captus erat, si modo non convenerit in pace, ut captivi redderentur.*

El texto plantea el caso de dos guerras sucesivas, si un ciudadano hecho prisionero en una primera guerra regresase a su casa una vez concluida la paz y luego al renovarse la guerra vuelve a ser capturado, si regresara por derecho de postliminio, regresaría a manos de quienes primeramente lo capturaron, debe entenderse que esto es así, porque cuando regresó por primera vez no obtuvo el privilegio del postliminio, y añade el texto la excepción a la regla general que vendría dada porque en un tratado de paz

concluido en la primera guerra, expresamente se les hubiera concedido a los prisioneros el derecho de postliminio.

DE VISSCHER <sup>35</sup> plantea la cuestión de si por el simple hecho del retorno se adquiere el *postliminium* o se requiere el cumplimiento de algún otro requisito como una autorización por parte de las autoridades. LEVY - BRUHL <sup>36</sup> supone, que al menos en su origen el postliminio debía consistir en una decisión de las autoridades civiles y militares. DE VISSCHER, es de la opinión que esto sería cierto en una época antiquísima y como tal esta hipótesis es difícilmente verificable, él cree que del conocimiento que ha llegado hasta nosotros de la institución del postliminio puede deducirse que las autoridades se limitarían a controlar que se cumplan los requisitos exigidos para la aplicación del postliminio, requisitos que afectan al modo de producirse el regreso, tal y como hemos analizado, y que cumplidos estos la aplicación del postliminio es automática sin requerir de una autorización expresa o de un control que atienda a otras causas. Por supuesto si estos no se cumplen también automáticamente se excluye su aplicación.

”

Una vez examinado el requisito material del retorno, debemos detenernos en el estudio del requisito

---

<sup>35</sup> DE VISSCHER, *Aperçus sur les origenes du postliminium* en *Festschrift Paul Koschaker I* ( Weimar 1939 ) p. 375.

<sup>36</sup> LEVY - BRUHL, *op. cit.* p. 37

espiritual o intencional que se exige a este *redire ab hostibus*, éste consistiría en que el prisionero debe tener al regresar la voluntad de retomar su anterior *status* jurídico y permanecer en Roma.

La doctrina ha estudiado con detenimiento la exigencia de este requisito <sup>37</sup> llegando a la conclusión de que en el originario postliminio bastaba el hecho fáctico del retorno para que automáticamente se diera el privilegio de la institución y que es en un momento posterior de la evolución de la institución, cuando comienza a exigirse no sólo el regreso material sino también la voluntad de regresar.

Respecto del origen y la evolución del *animus remanendi* existen distintas interpretaciones por la doctrina, DE VISSCHER <sup>38</sup>, sitúa el origen de la exigencia de este requisito hacia finales del siglo II a. d. C., basándose en el fragmento de Pomponio ( D. 49, 15, 5, 3 ), que comenta al jurista Quinto Mucio ( L. 37 ad Q. M. ), DE VISSCHER estima, que el fragmento puede coincidir con la opinión dada por Quinto Mucio en su momento al „caso de Menandro, dado que se produciría en un momento en que Grecia sería ciudad aliada de Roma ( 146 a. d. C. ) y por lo tanto se trataría de un

---

<sup>37</sup> KARLOWA, *op. cit.* p 116, BUCKLAND, *The roman Law of Slavery* ( Cambridge 1908 ) p. 304, BONA, *Sul animus remanendi nel postliminio* en *SDHI* ( 1961 ) 186 y ss, SERTORIO, *op. cit.* p. 162.

<sup>38</sup> DE VISSCHER, *op. cit.* p. 372 nt. 18

postliminio *cum foederatis*, y existiendo por tanto autonomía en materia de derechos de ciudadanía resultaría pues para Quinto Mucio inútil la ley.

Frente a esta tesis SERTORIO <sup>39</sup> localiza cronológicamente la exigencia del *animus remanendi* en los primeros decenios del principado. Llega a esta conclusión comparando la solución dada por dos textos al caso de Menandro.

*CICERON, pro Balbo ( 11, 28 ). ... sed etiam postliminio potest civitatis fieri mutatio. Neque enim sine causa de Cn. Publicio Menandro, libertino homine, quem apud maiores legati nostri in Graeciam proficiscentes interpretem secum habere voluerum, ad populum latum est, ut is Publicius, si domum revenisset et inde Romam redisset, ne minus civis esset.*

*D. 49, 15, 5, 3 ( POMPONIUS libro trigensimo septimo ad Quintum Mucium). ... et ideo in quodam interprete Menandro, qui posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis Romanus: nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret*

---

<sup>39</sup> SERTORIO, *op. cit.* p. 162 y ss.



*esse civis, sive animus fuisset revertendi,  
maneret civis, et ideo esset lex  
supervacua.*

Ambos textos hacen referencia al caso de Menandro, un griego prisionero de guerra de los romanos y por tanto esclavo, que, una vez manumitido, adquirió la ciudadanía romana; posteriormente acompañó en calidad de intérprete a una delegación romana a Grecia, con tal ocasión se votó una ley especial que le aseguraba la ciudadanía romana si volvía a Roma.

Cicerón señala en su texto que con ocasión del regreso a Grecia, el postliminio hubiera producido un cambio en su ciudadanía y por esta razón *neque...sine causa* se votó la ley que le garantizaba la ciudadanía romana si regresaba a Roma. Frente al énfasis de Cicerón en la necesidad de la ley para garantizarle la ciudadanía romana, Pomponio afirma *non est visa necessaria lex*, es decir, no era necesaria la ley para que pudiera conservar la ciudadanía pues todo dependía de su voluntad.

De la confrontación de ambos textos concluye SERTORIO que Cicerón no da ningún valor a la voluntad de Menandro en el sentido de querer permanecer en Roma o regresar a Grecia y que la ley era necesaria porque en virtud del regreso, automáticamente se hubiera convertido en ciudadano griego. Así pues en tiempos de Cicerón no era

relevante el *animus remanendi* en el postliminio, mientras que de la lectura del texto de Pomponio, la clave del cambio de ciudadanía que podría producirse en Menandro estaría por el contrario en la voluntad del regreso o no que éste tuviera. No admite SERTORIO, la tesis de DE VISSCHER sobre la posibilidad de un postliminio *cum foederatis*, pues en D. 49, 15, 5, 3 se habla de la manumisión de Menandro y Cicerón recalca que en el momento de marchar como intérprete es *libertino homine*, lo que indica en ambos casos que había tenido la condición de esclavo.

BONA <sup>40</sup>, va más allá en la consideración del requisito intencional del *animus remanendi* y estima, desde un estudio conjunto de las fuentes, que en absoluto cabe afirmar que el *animus remanendi* fuera un requisito exigido desde el origen de la institución. Del contraste entre D. 49, 15, 5, 3 y el texto de Cicerón extrae una conclusión, a nuestro modo de ver, certera, no puede considerarse que mientras Quinto Mucio consideraba la *lex civitate* dada para el caso de Menandro innecesaria, Cicerón considere fundada la existencia de esta ley. Esto nos conduce a pensar que en el texto no se recogió el pensamiento de Quinto Mucio.

Ahora bien se plantea la cuestión si D. 49, 15, 5, 3 responde, tal y como se recogió por los compiladores, al pensamiento de Pomponio; de la simple lectura del texto

---

<sup>40</sup> BONA, *op cit* p 186 y ss

llama la atención su incoherencia, el texto comienza enunciando una regla general, regla cuyos sujetos son los hechos prisioneros por el pueblo romano, y dice que cuando estos regresan a su pueblo enviados por los mismos romanos, se entenderá que se ha recuperado por el postliminio si ésta es su voluntad, la de seguir entre los suyos.

En el siguiente párrafo nos dice que así se resolvió en el caso de Atilio Régulo, y cuando conocemos el caso de Atilio Régulo resulta ser éste un ciudadano romano prisionero de los cartagineses, por tanto no entraría dentro de lo enunciado al comienzo. Sigue el autor planteando otro caso, el de Menandro, griego capturado por los romanos y por tanto a él sí se le aplicaría el principio enunciado al comienzo.

De lo expuesto deduce BONA que el caso de Atilio Regulo no estaría en el originario texto de Pomponio sino que sería un añadido de los compiladores, porque efectivamente si suprimimos el caso de Atilio Regulo el texto vuelve a ser coherente.

Del estudio de este texto y del resto que hacen referencia al *animus remanendi* ( D. 49, 15, 12, 9; 49, 15, 26; 49, 15, 20, pr ) y de las estrictas reglas de aplicación del postliminio a los ciudadanos romanos antes y después de concluida la paz, concluye BONA que el *animus remanendi* es irrelevante para los casos de ciudadanos romanos hechos prisioneros; estos recuperarían su ciudadanía con el simple

regreso antes o después de firmada la paz, siempre que cumplan los requisitos exigidos en cada caso, porque si efectivamente hubiera sido para estos casos relevante el *animus remanendi*, no tendrían razón de ser los rígidos principios que regulan el regreso durante la guerra y después de la paz. Para BONA, el *animus remanendi* en el derecho clásico sería de aplicación en los casos de extranjeros que han sido hechos prisioneros de guerra por los romanos y que con posterioridad han sido manumitidos adquiriendo por tanto la ciudadanía romana, es el caso de Menandro al que con claridad hacen referencia las fuentes, en estos casos es claro que dar relevancia al *animus remanendi* significa dar protección jurídica a un ya ciudadano romano. La extensión de la exigencia del *animus remanendi* como presupuesto del beneficio del postliminio sería obra de los compiladores, como puede verse en la manipulación efectuada en algunos textos clásicos, que por lo demás se refieren a casos concretos, mientras en el resto de los textos los presupuestos exigidos para hablar de postliminio, tanto durante la guerra como durante la paz, son de tal rigor que no puede pensarse que se dejara tal posibilidad a la simple intencionalidad del sujeto. Creemos certera la conclusión de BONA, por la sencilla razón de que parte de un estudio conjunto de los textos, que a su vez analiza desde la perspectiva de la institución en términos generales.

En resumen, tendrían pues el beneficio del postliminio los ciudadanos romanos que han sido hechos

prisioneros por un pueblo enemigo de Roma, que regresan a Roma o a un pueblo aliado, bien porque han huido del enemigo o han sido rescatados, y regresan durante la misma guerra o si lo hacen después de haberse convenido la paz, expresamente se les ha dado tal beneficio en el tratado de paz.

“

## II. c- El *ius postliminii* como institución del derecho de guerra

Partiendo de los presupuestos del postliminio podemos llegar a la conclusión de que el *ius postliminii* tiene carácter militar, que se aplica a los prisioneros de guerra que regresan a Roma en determinadas circunstancias. Es necesario señalar que no todos los autores están de acuerdo con esto, algunos <sup>41</sup> mantienen la tesis de que en su origen el postliminio no era una institución referida únicamente al prisionero de guerra, sino a toda persona que dejaba las fronteras de Roma para adentrarse en otra comunidad; hablan del carácter excluyente de los ordenamientos de los distintos pueblos de la antigüedad. La soberanía de un pueblo venía marcada por los límites de su territorio y la pertenencia de un individuo a una comunidad y su derecho venía marcado, no sólo por vínculos personales y sociales, sino también territoriales, y por tanto la salida de un individuo de su territorio marcaba el fin de su *status* jurídico. Aunque el mismo GIOFFREDI matiza que la

---

<sup>41</sup> GIOFFREDI, *op. cit.* p. 18; KORNHARDT, *op. cit.* p. 3; AMIRANTE, *Ancora sulla captivitas ed il postliminio* en *Studi in Onore de Pietro de Francisci I* ( Milano 1956 ) p. 520; SERTORIO, *op. cit.* p. 133.

humanización posterior de las relaciones entre los pueblos atenua estas graves consecuencias y el postliminio queda reducido a determinados casos particulares <sup>42</sup>. Cuando estos autores quieren pasar de las meras especulaciones a las fuentes, aluden a una definición del gramático Elio Gayo recogida por Festo

*Postliminium receptum Gallus Aelius in libro primo significationum, quae ad ius pertinent, ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat, in eandem civitatem redit eo iure, quod constitum est de postliminis; item qui servos a nobis in hostium potestatem pervenit, postea ad nos redit in eius potestatem, cuius antea fuit, iure postlimini; equi et muli et navis eadem ratio est postliminium receptionis quae servi. Quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminium redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostis redire possunt. Cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium nobis est ita uti cum hostibus.*

“

---

<sup>42</sup> También nosotros cuando centrábamos el tema de la *captivitas* dentro de las relaciones entre los pueblos de la antigüedad, hablabamos de la captura *in pace* a la que calificábamos de hecho antiquísimo y anecdótico.

KORNHARDT <sup>43</sup> extrae las siguientes conclusiones del texto, en primer lugar, pone de relieve como el término *postliminium* que aparece en el texto en las líneas 1 y 8, es un antiguo acusativo de dirección ( *Lativo* ), caso que a finales del siglo III a. d. C. desapareció conservando su forma en topónimos como ( *Romam, Corinthum ire* ) o fórmulas como ( *domum, rus ire* ), pero que en este caso el texto de Festo conserva. Esto lleva a la autora a pensar que el origen de la expresión aclarada por Elio Gayo *postliminium receptum* se estableció por lo menos en el siglo III a. d. C. Y añade que en este caso tiene el *postliminium* un claro sentido local.

En la penúltima línea aparece de nuevo el término *postliminio* pero no en sentido local, sino como expresión usual del *postliminio* jurídico, y con los términos *ita uti cum hostibus* lo extiende en su forma a los enemigos. Este orden sería un orden cronológico, apareciendo por tanto al principio el *postliminio* en su forma más antigua, el derecho de regreso en tiempos de paz, y concibiéndolo al final como el regreso de la prisión de guerra.

“

Frente al sentido local del término *postliminio*, DE VISSCHER <sup>44</sup>, pone de relieve el sentido temporal que Cicerón

---

<sup>43</sup> KORNHARDT, *op cit* p 7 y ss

<sup>44</sup> DE VISSCHER, *op cit* p 370 nt 4



o Justiniano dan al prefijo *post* , en el sentido de evocar el retorno después de salir de las fronteras.

Tampoco D' ORS y FUENTESECA <sup>45</sup> reconocen carácter científico al texto de Elio Gayo, Gayo era un gramático y es fácil suponer que en la explicación que un gramático da de la institución del postliminio, ésta pueda perder sus nítidos perfiles. Estos autores prestan atención al hecho de que en la definición se da un concepto amplísimo de postliminio y se utiliza al final del pasaje la analogía para extender la figura del postliminio, extendiendo sin reparos la idea del postliminio pacífico.

Compartimos con estos autores el rechazo a la idea de que del texto de Elio Gayo pueda concluirse que en su origen el postliminio tuviera carácter territorial y no un contenido marcadamente militar. Efectivamente el texto contiene una definición amplia y por general, imprecisa. Comienza dando una definición general y de escaso rigor científico, al menos desde el punto de vista jurídico, pasa a hablar del postliminio aplicado a los esclavos ( *item* ) y acto seguido habla de los caballos y los barcos, comparándolos con el postliminio de los esclavos, parece que pretende explicar la definición primera, pretensión que resulta del todo

---

<sup>45</sup> D' ORS A, *Postliminium in pace* en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* ( 1942 ) Rc SANTA CRUZ en *AHDE* XVI p 689; FUENTESECA, *Orígenes y perfiles clásicos del postliminio* ( Madrid 1951 ) p 32

incongruente. A partir de esta concatenación de ideas, pasa a establecer como regla general la reciprocidad del postliminio. Y finaliza diciendo que esta institución se da entre pueblos libres y federados y ( *ita uti* ) parece que por extensión analógica también a los enemigos.

Todo es como hemos dicho general y confuso, y desde luego entra en abierta contradicción con las fuentes jurídicas manejadas hasta el momento, en este sentido resultan de interés el detallado estudio que de las fuentes jurídicas hace FUENTESECA y las conclusiones que en este sentido extrae <sup>46</sup>.

Diremos pues que atendiendo a las fuentes de las que tenemos conocimiento, el postliminio se nos presenta como una institución de Derecho de guerra, que tiene como sujeto al *miles captus ab hostibus* . No podemos obviar que algunos textos hablan de un *postliminium in pace* , frente a un *postliminium in bello* , pero del estudio de las fuentes podemos concluir que dicha distinción únicamente tiene sentido dentro del *postliminium in bello* <sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> FUENTESECA, *op. cit.* p. 11 y ss. analiza D. 49, 15, 19; 49, 15, 5; 49, 15, 20; 49, 15, 12 llegando a idénticas conclusiones que nosotros antes indicábamos.

<sup>47</sup> Sobre la claridad o no de la distinción *postliminium in bello*, *postliminium in pace* ; *postliminium cum hostibus* , *postliminium cum foederatis* , se ha escrito mucho. Las opiniones doctrinales se reducirían básicamente a las siguientes posiciones, KARLOWA, *op. cit.* p. 115 reconduce la bipartición *postliminium cum*

D. 49, 15, 5, pr, 1 y 2 ( POMPONIUS libro trigensimo septimo ad Quintum Mucium ).  
*Postliminii ius competit aut in bello aut in pace. ( 1 ) In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset. antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis. tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra*

---

*hostibus , postliminium cum foederatis* a la de *postliminium in bello e in pace* , pues cabría hablar de *postliminium cum foederatis* sólo existiendo guerra, pues de lo contrario no habría lugar al postliminio; además hablar en tiempos del imperio de *postliminium cum foederatis* carece de sentido, en un momento en que en todas estas ciudades están ya bajo el orden social del gran imperio. Y concluye entendiendo que tal bipartición *in bello, in pace* sólo tiene sentido dentro del postliminio *in bello* . A esta última postura se unirían autores como DE VISSCHER, *Aperçus sur les origenes du postliminium* en *Festschrift Paul Koschaker* ( Weimar 1939 ) 371 y *Droit de capture et postliminium in pace* en *RIDA* ( 1956 ) 197; D' ORS A.; Rc. SANTACRUZ, *op. cit.* p. 688; GIOFFREDI, *op. cit.* p. 19; FUENTESECA, *op. cit.* p. 29; BONA, *Postliminium in pace* en *SDHI* ( 1955 ) 250; SERTORIO, *op. cit.* p. 16, para quienes la distinción entre *postliminium in bello* o *in pace* como categorías distintas que se aplican en la guerra o en la paz tendría su origen en una errónea y por eso no menos intencionada interpretación hecha por los compiladores de los juristas clásicos. Frente a estos MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* cit. por AMIRANTE , *Captivitas e postliminium* p. 10 nt 2 y el mismo AMIRANTE consideran la distinción clásica.

*praesidia nostra esse coepit. ( 2 ) In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque igitur casu postliminium datum est.*<sup>48</sup>

Para los autores que mantienen la bipartición postliminio *in bello* e *in pace* dentro del postliminio *in bello*, este texto en ningún caso se referiría al momento de la captura, sino al momento del retorno. El fragmento primero es claro; el capturado durante la guerra que regresa durante la misma, tiene el beneficio del postliminio y de esto no cabe la menor duda. Ahora bien, son distintas las interpretaciones que se dan al fragmento segundo; dicho fragmento que nos habla de un postliminio en tiempo de paz, cuando no existe con otro pueblo tratado de amistad, ha sido considerado espúreo por entero por la mayoría de la doctrina. Sólo DE VISSCHER intenta a mi entender una interpretación forzada del texto, mantiene que el fragmento se refería al beneficio del postliminio al que tendrían derecho los hechos prisioneros durante la guerra, que no regresaron durante la

---

<sup>48</sup> Abundantes son los comentarios desde un punto de vista histórico - crítico hechos al texto que cuestionan la clasicidad del mismo, en este sentido ver BONA, *op cit.* p. 259

misma y cuya situación no fue contemplada en los tratados de paz posteriores a ésta, estos prisioneros tendrían derecho de postliminio si regresasen en un momento más o menos cercano en el tiempo al fin de las hostilidades. Digo que ésta es una interpretación forzada y en total desacuerdo con D. 49, 15, 20 y 49, 15, 12, pr., que reflejan una regulación muy estricta a cerca de cómo y cuándo debe producirse el regreso para gozar del postliminio.

Por otro lado, la interpretación de DE VISSCHER está absolutamente alejada de la letra del texto, por lo que podemos concluir que el texto es espúreo, y la bipartición hecha en el texto sería consecuencia, entre otras razones, como señala FUENTESECA, de una mala interpretación del término *pax* que se utilizaría siempre como sinónimo de tratado de paz <sup>49</sup>

*D. 49, 15, 12, pr ( TRIPHONINUS libro quarto disputationem ). In bello postliminium est, in pace autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum. quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt. verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto*

---

<sup>49</sup> FUENTESECA, *op. cit.* p. 36 nt. 68

*deprehendetur. quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace, nisi foedere cautum fuerat, ne esset his ius postliminii.*

El texto fue ampliamente comentado en las páginas precedentes y a esta crítica nos remitimos, sólo añadiremos que también este texto se refiere al momento del regreso. Así cuando el regreso se produce una vez concluida la paz, si el que regresa es un soldado que fue hecho prisionero durante la guerra gozará del *beneficium* del *postliminium* si expresamente así se estableció en el tratado de paz. Si el que regresa es un ciudadano romano al que la guerra sorprendió en territorio enemigo, tiene derecho de postliminio al regresar, una vez concluida la guerra, salvo que en el tratado de paz se establezca lo contrario.

El *postliminium in pace* se refiere pues al momento del regreso y el diferente trato que se da al soldado y al civil lo justificarían las palabras de Servio Sulpicio Rufo; lo conveniente a los intereses de Roma es que vuelva durante la guerra, *in virtute belica*, y este esfuerzo es más exigible al soldado que al civil.

Otros textos que hablan del postliminio *in pace* no merecen ser mencionados más que para hacer de ellos una

crítica de interpolaciones, tal es el caso de D. 49, 15, 19, pr 50.  
En cuanto a:

*D. 49, 15, 26 ( FLORENTINUS libro sexto institutionum ). Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit, ita tamen, si ea mente venerit, ut non illo reverteretur: nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est. sed et qui victis hostibus recuperantur, postliminio redisse existimantur.*

En la primera parte del texto se nos dice que goza de postliminio todo aquel que regrese durante la guerra, ya lo hiciera porque lo dejaron marchar o porque logró escaparse. Se refiere al regreso en plena guerra, pero también se deduce de la adversativa final *sed et* que se refiere al regreso una vez concluida la guerra y por un tratado de paz.

“

Concluimos pues que el postliminio es una institución del derecho de guerra y sus límites de aplicación vienen marcados por el derecho de guerra; por tanto la distinción *postliminium in pace, in bello* únicamente tiene

---

<sup>50</sup> Ver crítica al texto GIOFFREDI, *op. cit.* p. 22 y ss.; BONA, *op. cit.* p. 265 y ss.

sentido en época clásica dentro del postliminio *in bello* . La noción de postliminio perderá después de la época clásica todo su perfil concreto, cayendo la institución en franca degeneración, perdiendo sus perfiles clásicos con la única finalidad de favorecer el regreso en un momento en que Roma pasa a estar a la defensiva.

## **II.d- Evolución histórica de la institución del *postliminium*.**

### II.d.1. *Postliminium* en Derecho Arcaico.

Delimitado el concepto y la naturaleza de la institución, ha llegado el momento de abordar un estudio histórico de la institución, analizando la evolución del postliminio desde la época arcaica hasta el derecho justiniano; dicho estudio resulta imprescindible para comprender la aparición y el posterior desarrollo de conceptos como suspensión de los derechos del cautivo o retroactividad de su recuperación, conceptos estos que van a modificar todo lo relativo a la situación jurídica de los hijos del cautivo. Sin necesidad de volver a hacer incapié en el hecho de que la idea del postliminio no es romana sino que es una institución que con distinto nombre e incluso con distintos efectos la encontramos en todos los pueblos de la



antigüedad <sup>51</sup>, hay que buscar el origen de la misma en razones de equidad y de lógica. Debemos pensar, en primer lugar, que el prisionero podía regresar de su cautiverio y a esto se le debía dar una solución jurídica, y es más no sólo podía sino que debía regresar, tal y como hemos visto, y debía tener puesta su esperanza en el regreso y sobre todo en el regreso durante la misma guerra; esto último por razones prácticas de táctica militar. Así el derecho no puede dar la espalda al hecho del regreso y por razones éticas no puede abandonar a su suerte a quienes valerosamente expusieron su vida por la patria.

Aparece pues el postliminio como institución paralela y complementaria de la *captivitas*, ambas instituciones no pueden entenderse por separado, el postliminio vendría a negar los efectos de la *captivitas*, y aún en los tiempos más antiguos esto se vería como una necesidad tanto fundada en razones éticas como en razones jurídicas, al prisionero que regresa debe dársele una solución jurídica a su nueva situación en la ciudad.

”

---

<sup>51</sup> MAFFI, *Ricerche sull postliminio* ( Napoli 1992 ) en el capítulo I, describe ésta institución y la paralela en Derecho griego, a la vez que otras semejantes para los casos de emigración y exilio.

La doctrina es unánime en la solución que fueron capaces de dar los juristas antiguos a este problema <sup>52</sup>; frente a la extinción que produce la *captivitas*, el *postliminium* supone la recuperación automática de los derechos. En este momento, como bien dice BARTOSEK, el postliminio viene a reconocer una situación de hecho, el regreso. Tiene un carácter práctico y la jurisprudencia no buscó una explicación o justificación teórica a esto, ni mucho menos se planteó cuál era la condición de los derechos durante el periodo de tiempo en que su titular estuvo prisionero, ni si el cautivo recuperaría sus mismos derechos o se puede considerar que son derechos distintos. Este planteamiento es el que aún encontramos en algunas fuentes que han mantenido el pensamiento de estos primeros tiempos.

*D. 49, 15, 4 ( MODESTINUS libro tertio regularum ). Eos, qui ab hostibus capiuntur vel hostibus deduntur, iure postliminii reverti antiquitus placuit...*

“

*D. 49, 15, 19, pr. ( PAULUS libro sexto decimo ad Sabinum ). ...ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.*

---

<sup>52</sup> BECHMANN, *op. cit.* p. 9 y ss.; AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* ( Napoli 1950 )p. 21; BARTOSEK, *op. cit.* p. 159 y ss.; SERTORIO, *op. cit.* p. 151

II.d.2. Evolución posterior: *postliminium* en Derecho clásico.

Con el tiempo frente a la idea de la prisión, la esperanza del retorno va haciendo mella en la jurisprudencia, y así lo que en un principio no pasaba de ser la constatación de un mero hecho, pasa a adquirir mayor relevancia y por tanto necesita de una más estructurada solución <sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> BARTOSEK, *La spes en Droit Romain* en *RIDA* ( 1949 ) 37 y ss. La jurisprudencia primitiva no toma en consideración el retorno del cautivo. Con la ley Hostilia se toma el hecho del retorno del cautivo por primera vez en consideración y por tanto el carácter transitorio de la prisión de guerra. En un primer momento se tiene de esto un conocimiento meramente intuitivo, pero en época clásica alcanzará un primer plano tal y como se recoge en las fuentes que se refieren a la *spes postliminii* como uno de los motivos a considerar al hablar de suspensión de los derechos del cautivo, hasta llegar en época clásica tardía la consideración de elemento técnico de carácter objetivo con el que se viene a expresar la transitoriedad de la condición de prisionero. Concluye diciendo que sobre este elemento reposa la construcción clásica de la "suspensión de los derechos del cautivo.

Interesante en este sentido el análisis que BARTOSEK hace de los textos, mientras que en algunos textos el regreso se toma como la mera constatación de un hecho ( D. 38, 4, 13, 2; 49, 15, 12, pr ), en otros textos encontramos que los juristas aluden a la posibilidad del regreso como al elemento decisivo que obliga a dar una solución determinada al caso que se está considerando ( D. 10, 2, 22, 5; 10, 2, 23; 38, 2, 4, 2; 15, 2, 2, 1 )

Este nuevo tratamiento del tema por parte de la jurisprudencia no se inicia desde un planteamiento abstracto de la institución, sino que comienza paulatinamente en aquellos derechos que tienen mayor trascendencia en el orden social. Es así como BECHMANN <sup>54</sup> señala que la primera transformación en el tratamiento que la jurisprudencia da a la institución se produciría con relación a la *patria potestas* del cautivo. Si pensamos que este derecho tiene mayor trascendencia social que otros en cuanto que determina la capacidad jurídica o no del *filius familias*, esto se ve con claridad, pues tiene más relevancia jurídica que la mera relación que une a dos personas. Unido al problema de la capacidad jurídica del hijo de familia está el problema de la sucesión de los bienes del cautivo, sucesión que ante la eventualidad del regreso necesita de una nueva regulación y para ello la jurisprudencia utiliza los medios que tiene a su alcance.

Una primera intervención legislativa que se produce en materia de condición jurídica del cautivo la encontramos en la ley Hostilia, de cuya existencia tenemos noticia en:

*Inst. 4, 10, pr. Nunc admonendi sumus  
agere posse quemlibet aut suo nomine aut  
alieno. alieno veluti procuratorio tutorio*

---

<sup>54</sup> BECHMANN, *op. cit.* p. 14

*curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine egere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent. et quia hoc minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exsequi possint.* <sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> AMIRANTE, *Ancora sulla captivitas ed il postliminium* en *Studi in Onore di Pietro de Francisci I* p. 529, niega que la referencia al *captus ab hostibus* en el texto sea clásica, sino que la entiende postclásica, viniendo a enmarcarse en la concepción postclásica de la prisión de guerra que atribuye capacidad jurídica al prisionero. Frente a esta tesis tanto KRELLER, *Juristenarbeit am Postliminium* en *ZSS* ( 1952 ) 189 como BARTOSEK, *Captivus* en *BIDR* ( 1953 ) 165 nt. 61, ponen de manifiesto para negar cualquier alteración posterior del texto originario de la ley, el escaso interés que los juristas posteriores mostraron por la ley y por el derecho arcaico en general, tal y como lo prueba el hecho de que la única mención que encontramos de la misma en las fuentes aparece en las Instituciones de Justiniano, mientras que en el Digesto ni siquiera se recoge.

En cualquier caso no sólo esta ley hace referencia al concepto de suspensión con anterioridad a la ley Cornelia, sino que ya hemos hecho hincapié en la consideración del regreso como elemento trascendental para resolver el tema y como tal se refleja en las fuentes.

Esta ley permite que un tercero utilice la acción de hurto en nombre de otro que o bien se encuentra en prisión enemiga, o está ausente por motivos de estado o está bajo tutela. Es claro que para hablar de hurto hay que hablar de propiedad y propietario, se reconoce pues al propietario la existencia de su derecho de propiedad durante el tiempo de su cautiverio. BARTOSEK fecha la aparición de dicha ley hacia finales del siglo III a. d. C. y la primera mitad del siglo II a. d. C.

Reconociéndole derechos patrimoniales al cautivo, es imposible pensar en una apertura de la sucesión de los bienes del cautivo, antes bien como veremos más adelante se establece el nombramiento de un *curator bonorum* para el mismo e incluso se le reconoce *testamentifactio pasiva*

Hasta aquí el avance de la jurisprudencia se ha centrado en dos soluciones: la extinción de los derechos con la prisión o su continuación hasta el regreso del prisionero; es decir, si el cautivo no regresa los derechos se consideran extinguidos desde el momento "en que cayó prisionero, si regresa tal extinción no se habría producido. Una nueva ley ayudará a dar a la jurisprudencia un paso más en el tema del postliminio, la ley Cornelia.

La ley Cornelia admitiendo la sucesión a los bienes del prisionero y retrasando ésta del momento de la caída en

cautiverio a su efectiva muerte en prisión, modifica uno de los dos términos anteriores, si el prisionero no regresa sus derechos no se extinguen sino que se subroga en ellos su sucesor, por supuesto en aquellos derechos en que por su naturaleza es admisible la sucesión.

La trascendencia de la ley Cornelia en materia de evolución del postliminio, no es valorada igualmente por toda la doctrina. Tal y como nosotros venimos exponiendo la evolución de la institución, la ley Cornelia representa un paso más, con trascendentales repercusiones, pero un paso más en la evolución del postliminio. Ya hemos dicho que algo obvio apareció ante los ojos de la jurisprudencia que le obligó a replantearse el tratamiento que hasta ese momento se estaba dando al tema de la prisión de guerra, a saber, extinción - regreso. El hecho fáctico del regreso y la esperanza del mismo, hizo que la jurisprudencia comenzara a dar un trato distinto al tema y lo que antes era extinción va convirtiéndose en suspensión para algunos derechos.

Frente a esta idea de la paulatina entrada del concepto de suspensión frente a la extinción, AMIRANTE <sup>56</sup> situa a la ley Cornelia en el eje central de la evolución.

---

<sup>56</sup> AMIRANTE, *op. cit.* p. 42 y ss. El mismo AMIRANTE matiza esta apreciación en un artículo posterior, *Ancora sulla captivitas ed il postliminium.* en *Studi in Onore de Pietro Francesci* p. 529 y ss, pero admitiendo la importancia de la *spes postliminii* sigue pensando que el origen del concepto de suspensión de derechos está en la ley Cornelia.

Aparece la ley Cornelia ( año 81 a 84 a. d. C. ) garantizando la sucesión testamentaria del cautivo e invierte la perspectiva del tema. Según este autor con la ley Cornelia la muerte del cautivo en prisión adquiere por primera vez relevancia jurídica. Esto, como nosotros mismos hemos dicho, es cierto, pero AMIRANTE añade que es a partir de este momento cuando por este motivo se hace necesario suspender la extinción de los derechos del cautivo para mantenerlos en un estado de pendencia, y es aquí donde diferimos de este autor. Nosotros creemos que el concepto de suspensión es anterior y pensamos en la ley Cornelia como un paso más en la evolución de la institución.

La razón que oponemos a la tesis de AMIRANTE es sencilla, no concebimos la existencia de una ley que nazca de la nada, antes bien de una necesidad, de la necesidad de dar solución a un problema y así encuadramos la ley dentro del problema general de la situación del cautivo y las consecuencias, no siempre de fácil solución, que de ésta se derivan. Así la ley Cornelia se enmarcaría dentro del problema que provoca la extinción de los derechos del cautivo y más exáctamente el "tema de su sucesión que resulta a todas luces injusto y es a esto a lo que la ley Cornelia viene a dar respuesta, como la ley Hostilia hizo con anterioridad en el tema de su patrimonio.

La ley Cornelia sería un elemento más que viene a garantizar los derechos del cautivo en este caso salvaguardar



la validez de su testamento. Y esto sí abrió la puerta a nuevas soluciones al tema, sobre todo al tema de las adquisiciones *medio tempore* realizadas por hijos o esclavos y a la idea de retroactividad.

La regulación dada en materia de prisión de guerra en época clásica quedaría del siguiente modo: el prisionero pierde su condición de ciudadano y sufre una *capitis deminutio* a consecuencia de lo cual pierde sus derechos, ahora bien atendiendo a la posibilidad del regreso y retrayendo los efectos del postliminio al momento de la *captivitas* tal y como hemos visto permite una interpretación jurisprudencial de la ley Cornelia, no puede considerarse que sus derechos, en si mismo considerados y con independencia de su titular, se extingan sino que se considerarán en suspenso.

El *pendere* o el *in suspenso esse* de las fuentes debe ser entendido, tal y como pone reiteradamente de manifiesto GIOFFREDI <sup>57</sup> en sus trabajos, no con un valor dogmático preciso, tal y como lo entendemos en la actualidad, sino como indicativo del carácter incierto de los

---

<sup>57</sup> GIOFFREDI, *Sul ius postliminii* en *SDHI* ( 1950 ) 13; *Pendenza e sospensione dalla fonti romane alla dommatica odierna* en *SDHI* (1956 ) 113; *Pendere per la storia di un dogma* en *Studi Giuridici in memoria di Felippo Vassalli* p. 825 Ver también en este sentido *pendere y suspendere* en HEUMANN SECKEL, *Handlexikon*.

mismos en cuanto dependen de un hecho futuro o un negocio jurídico futuro.

Tal estado de incertidumbre tendrá su fin con el regreso de prisión o su eventual muerte *apud hostes* <sup>58</sup>; de suspensión habla pues la mayoría de la doctrina <sup>59</sup> excepto RATTI <sup>60</sup>, para quien la situación del cautivo y de sus derechos es durante el tiempo medio del cautiverio cierta, a saber, los derechos se extinguen. La posibilidad de que esa situación cierta en ese momento cambie ante un eventual futuro regreso del prisionero, no impide que en ese momento se hable de extinción, y por tanto él prefiere hablar de derechos futuros que se recuperan con efecto retroactivo más que de derechos en suspenso. Considero que RATTI se ve obligado a dar una complicada solución dogmática al caso, no sustentándose en la institución del cautiverio y sus fuentes sino en otros casos semejantes como el del

---

<sup>58</sup> Seguimos en nuestra exposición a AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* ( Napoli 1950 ) p. 159.

<sup>59</sup> AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminium* en *SDHI* ( 1939 )p. 202; GUARINO, *Sul ius singulare postliminii* en *ZSS* (1941 ) 58; GIOFFREDI, *passim* ; BARTOSEK, *Captivus* en *BIDR* ( 1953 ); LONGO, *op. cit* ; SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii* en *Scritti di Diritto Romano IV* ( Napoli 1963 )p. 565; *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* ( Roma 1971 )p. 151 y ss.; *La pendenza dei diritti nelle fonti romane* en *Scritti di Diritto Romano V* ( Napoli 1972 )p. 431.

<sup>60</sup> RATTI, *op. cit.* p. 189.

*nasciturus*, pero las fuentes no nos hablan de extinción y recuperación retroactiva sino de suspensión, y quizá RATTI se hubiera evitado todo su forzado discurso si tal y como hace AMIRANTE, hubiera distinguido entre los derechos en relación a la persona del cautivo y los derechos en sí mismo considerados, y sólo así puede entenderse el juego de la extinción y de la suspensión.

Admitiendo pues que la *captivitas* produce la pérdida de los derechos por parte del prisionero dada su condición de esclavo, pero estos quedan en suspenso por efecto del postliminio, y como hemos dicho esta incertidumbre tendrá su fin con el regreso de prisión o la eventual muerte *apud hostes*, el fin de esta incertidumbre se producirá con efecto retroactivo, excepto casos excepcionales que estudiaremos en los siguientes capítulos. Sobre el origen del concepto de retroactividad, hay dos posturas contrapuestas, una de ellas defendida por AMIRANTE y SERTORIO <sup>61</sup> que unen el concepto de retroactividad a la idea de suspensión; al admitir la jurisprudencia la suspensión de los derechos del prisionero necesariamente tiene que admitir "que estos se recuperen con efecto retroactivo, aunque la misma jurisprudencia excluye la idea de retroactividad de aquellos derechos en los que

---

<sup>61</sup> AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* ( Napoli 1950 ) p 167, SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* ( Roma 1971 ) p. 156 y 190.

admitirla hubiera conducido a resultados aberrantes como es el caso de la prisión del tutor legítimo o testamentario o la validez de las estipulaciones del esclavo prisionero.

Otros autores <sup>62</sup> relacionan directamente el concepto de retroactividad con la ficción de la ley Cornelia, la idea de retroactividad surge desde una interpretación extensiva que la jurisprudencia hace de la ley Cornelia, y observan un claro paralelismo entre la transmisibilidad de los derechos y la retroactividad, mientras que para aquellos derechos que por su naturaleza son intransmisibles *mortis causa* no se admite su recuperación con efecto retroactivo.

No creemos que ambas tesis se excluyan o sean contradictorias; por un lado ya hemos hablado de la importancia de la  *fictio legis Corneliae*  en la concepción de la institución del postliminio en época clásica; no hemos negado que de la interpretación laxa que hace la jurisprudencia de la misma surjan conceptos nuevos en la estructura del postliminio y entre estos la idea misma de suspensión entendida en sentido amplio. Pero no es menos cierto, a nuestro entender, que desde que se admite la idea de suspensión de los derechos del prisionero, su recuperación no puede entenderse más que en sentido retroactivo, siempre que por supuesto la naturaleza del derecho así lo admita. Es ilógico hablar de suspensión y de recuperación no

---

<sup>62</sup> MITTEIS, *Römisches Privatrecht I* ( Leipzig 1908 ) p. 130 ss.; RATTI, *op. cit.* p. 43.

retroactiva, en este caso no cabe hablar de suspensión sino de extinción y de recuperación de un derecho nuevo. Así el planteamiento lógico desde un punto de vista histórico - crítico sería primero admitir la trascendencia de la ley Cornelia en cuanto a una interpretación más laxa del concepto de suspensión, y después admitir la necesidad dogmática de que a esta suspensión se le una necesariamente el concepto de retroactividad, y esto explicaría cómo la retroactividad sólo entra en juego en aquellos derechos en los que se admite la tesis de la suspensión y no en aquellos en los que por su naturaleza se extinguen.

### II.d.3. La institución del *postliminium* en Derecho postclásico y justiniano.

Finalizaremos este primer capítulo de aproximación general a las instituciones de la *captivitas* y el *postliminium* haciendo referencia al último estadio evolutivo de las mismas en Derecho postclásico y justiniano.

De este último periodo baste señalar aquí algunas notas, puesto que la evolución experimentada por las instituciones en este último momento se estudia detalladamente en los siguientes capítulos cuando estudiamos las instituciones en relación a cada una de los derechos del prisionero.

Comenzaremos diciendo que como señala BARTOSEK<sup>63</sup>, las condiciones socio - económicas y políticas de Roma provocan un cambio en el planteamiento de la institución, al igual que como ponen de relieve otros autores<sup>64</sup> la influencia del cristianismo y las nuevas condiciones de Roma en materia de política internacional exigen un nuevo planteamiento. Por un lado, debido al influjo del cristianismo tiende a humanizarse la institución, a la vez que los emperadores se ven obligados a fomentar el retorno en la medida en que el imperio ha pasado ahora a colocarse en situación defensiva. Las guerras son ahora más largas y se producen en escenarios más lejanos, esto provoca que llegado un momento la situación fáctica del soldado y del prisionero lleguen a confundirse; se hace más incierta la posibilidad del retorno y ante esta situación hay que suavizar los inconvenientes que del *status* del prisionero derivan, no sólo para el prisionero sino también para su familia, su mujer y sus hijos, y así en ocasiones se establecen presunciones de muerte en relación por ejemplo con su matrimonio, o presunciones de consentimiento en relación con el matrimonio de sus hijos. „

El postliminio pierde incluso sus perfiles jurídicos, y es invocado como una mera razón jurídica que favorece el

---

<sup>63</sup> BARTOSEK, *op. cit.* p. 203 y ss.

<sup>64</sup> GIOFFREDI, *sul ius postliminii* en *SDHI* ( 1950 ). 57; FUENTESECA, *op. cit.* p. 44 y ss.; SERTORIO, *op. cit.* p. 109 y ss.

regreso; de esta nueva concepción de postliminio son claro ejemplo las alteraciones que en algunos textos clásicos realizan los compiladores, quienes manteniendo en los textos la concepción clásica y técnica de la institución no dejan por ello en ocasiones de alterar los estrictos límites de la figura originaria como hemos visto en el caso del *postliminium in pace* .

Distinguir entre el contenido postclásico de la institución y la concepción justiniana es difícil dado que en las fuentes no resulta sencillo distinguir lo que son los glosemas de aquellas alteraciones debidas a la mano de los compiladores.

Diremos pues que al prisionero se le reconoce durante el cautiverio personalidad jurídica, paulatinamente la jurisprudencia ha dejado de tratar a la persona del cautivo como esclavo para tratarlo como libre. ( D. 49, 15, 10; 38, 17, 1, 1; 3, 5, 20, pr. ). De modo más explícito

*Paul Sent. 3, 4, 8. Qui apud hostes est, quasi servus testamentum facere non potest.*

En el texto el término originario utilizado por Paulo *servus* , ha sido sustituido por *quasi servus* con la intención de distinguir la situación jurídica de aquel que *apud hostes*

*est* , de aquel otro que se encuentra en un estado de *servitus iuris civilis* , convirtiéndose su *status* en meramente análogo a la *servitus iuris civilis* .

*D. 28, 5, 32, 1 ( GAIUS libro primo de testamentis ad edictum praetoris urbani. ). Is qui apud hostes est iura civitatis in personam eius in suspenso retinentur, non abrumpuntur: itaque si reversus fuerit ab hostibus, adire hereditatem poterit. servus quoque eius recte heres instituitur et, si reversus sit ab hostibus, potest eum iubere adire hereditatem: si vero ibi decesserit, qui ei heres existet potest per servum heres fieri.*

Con la inserción de la frase *iure postliminii omnia iura civitatis in personam eius in suspenso retinentur non abrumpuntur* , los compiladores no sólo afirman la subsistencia objetiva de los derechos, tal y como la entendía la jurisprudencia clásica sino también la subjetiva respecto de la persona del cautivo; se afirma pues, la capacidad jurídica del prisionero.

Pero AMIRANTE sostiene que los compiladores van más allá y en su afán codificador construyen un principio general y para ello elaboran la *fictio postliminii* con el fin de afirmar la retroactividad general de los derechos del cautivo.



*Inst. 1, 12, 5. ... qui postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse...*

También encontramos la *fictio postliminii* formulada en otros fragmentos del Digesto

*D. 49, 15, 16 ( ULPIANUS libro tertio decimo ad Sabinum ). Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.*

*D. 49, 15, 18 ( ULPIANUS libro trigensimo quinto ad Sabinum ). In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

Ambos con claros signos de interpolación. Es probable que las raíces de este concepto de la *fictio postliminii* haya que buscarlas en las escuelas postclásicas, pues en:

*Paul. Sent. 2, 25, 1. Pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate:*

*postliminio vero reversus tam filios quam omnia sui iuris in potestatem recipit, ac si numquam ab hostibus captus sit.*

Encontramos junto a una afirmación clásica *pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate*, la expresión final *recipere omnia sui iuris* que expresa la eficacia completamente retroactiva ligada a una ficción jurídica y no como harían los clásicos al estado de suspensión en que se encuentran sus derechos.

Frente a esta tesis mantenida casi de forma unánime por la doctrina <sup>65</sup>, SOLAZZI mantiene que mientras el concepto de suspensión es clásico, en Derecho justiniano lo que se produce es una extinción de los derechos unida a una resurrección de los mismos <sup>66</sup>. Tal afirmación la concluye después de un análisis de fuentes en las que encuentra que las referencias a la extinción de los derechos son obra de los compiladores, mientras que las referencias a la suspensión son clásicas. A esto contesta el mismo AMIRANTE <sup>67</sup> con tres razones más que obvias: primera, admitir la extinción en Derecho justiniano cuando los juristas clásicos ya afirmaron

---

<sup>65</sup> Los mismos AMBROSINO, *op cit* p 202; GUARINO, *op cit.* p 58, en sus trabajos sobre textos concretos llegan a esta conclusión.

<sup>66</sup> SOLAZZI, *Il concetto del ius postlimini en Scritti di Diritto Romano IV* ( Napoli 1963 ) p 612

<sup>67</sup> AMIRANTE, *op. cit* p 178

el estado de suspensión sería volver a la concepción arcaica de la institución y esto no parece lógico. Segunda, de la lectura de las fuentes justinianas se extrae que el principio de suspensión está de todas, todas presentes y tercera y última, el dogma de la extinción es incompatible con la aceptación de la existencia de la sucesión testada e intestada del cautivo en virtud de la ley Cornelia, pues la extinción provocaría la automática sucesión de los bienes del cautivo sin necesidad de esperar a su muerte en prisión.

“

### III. CONCLUSIONES:

1- La *captivitas* produce en Derecho arcaico y en Derecho clásico la pérdida de la libertad y la ciudadanía y por tanto el *captivus* sufre una *capitis deminutio* que comporta la pérdida de sus derechos.

2- El postliminio tiene un carácter marcadamente militar y se regula por unos estrictos presupuestos. En su origen tiene como efecto borrar las graves consecuencias que la *captivitas* produce.

3- Con el tiempo la idea de regreso adquiere mayor relevancia para el Derecho surgiendo así un número de disposiciones legislativas que vienen a modificar la tradicional concepción de la *captivitas* y del postliminio. De entre ellas la de mayor relevancia, pues va a ser el punto de apoyo para el posterior desarrollo jurisprudencial de las instituciones que estudiamos es la ley Cornelia.

4- Llegado este punto, y a la luz de la ficción que establece la ley Cornelia, el postliminio adelanta sus efectos al momento de la *captivitas*. De la relación entre ambas instituciones surge la idea de suspensión de los derechos del prisionero y de la aplicación del principio de retroactividad a su recuperación.

5- Los cambios sociales, económicos, políticos y culturales que se producen en época postclásica vienen a modificar los principios que hasta ese momento regían en materia de prisión de guerra. El prisionero no pierde su condición de ciudadano y un número de disposiciones legislativas o la misma interpretación del Derecho vienen a considerarlo como ciudadano y a su regreso como si jamás hubiera estado en prisión.

“

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **ASPECTOS JURIDICOS DE LA PRISION DE GUERRA QUE INCIDEN EN LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS DE LOS PRISIONEROS.**

**I-EFECTOS DE LA PRISION DE GUERRA SOBRE  
EL MATRIMONIO DEL CAUTIVO Y CONDICION DE LOS  
HIJOS NACIDOS EN PRISION.**

**I.a- La prisión de guerra como causa de  
disolución del matrimonio.**

Es imprescindible para el estudio de la condición jurídica en que se encuentran los hijos nacidos en prisión, el análisis previo del efecto que produce la prisión de guerra de uno o ambos cónyuges en el matrimonio.

El matrimonio romano clásico ha sido definido por la doctrina moderna como " la convivencia entre hombre y mujer con la intención de ser marido y mujer. " <sup>68</sup>

El matrimonio era pues una situación de hecho fundada en la coexistencia de dos elementos: la convivencia

---

<sup>68</sup> ORESTANO, *la struttura giuridica del matrimonio romano* en *BIDR* ( 1940 ) 240 nt. 172 y 173.

y la voluntad de ser marido y mujer <sup>69</sup>. Faltando pues alguno de los dos requisitos el matrimonio se disuelve.

Que la prisión de guerra de uno o ambos cónyuges disuelve el matrimonio es una afirmación tajante que encontramos claramente en:

*D. 24, 2, 1 ( PAULUS libro trigesimo quinto ad edictum ). Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.*

Y que se deduce de otros textos del Digesto que regulan la dote <sup>70</sup> y las donaciones entre conyuges <sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Voluntad que los romanos llaman  *affectio maritalis*  y se exige sea recíproca, efectiva y continua.

A partir del siglo IV d. C., se transforma por influencia del cristianismo esta concepción del matrimonio, y la voluntad exigida para la existencia del matrimonio deja de ser una voluntad efectiva y continua, el matrimonio se funda en la voluntad inicial de los conyuges ( Nov. 75, 5 ); como veremos en su momento esta nueva concepción del matrimonio implica un cambio en los efectos que la prisión de guerra tiene sobre el mismo.

<sup>70</sup> D. 24, 3, 10 (  *Pomponius libro quinto decimo ad Sabinum*  ).

<sup>71</sup> D. 24, 1, 32, 14 (  *Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum*  )



La doctrina es unánime en su consideración de que el cautiverio disuelve el matrimonio, y es ésta una afirmación reiterada en los principales estudios que se han hecho sobre el matrimonio romano <sup>72</sup>

Ahora bien, la doctrina no es unánime en el momento de determinar cuál es la causa por la cual el cautiverio disuelve el matrimonio. Nos encontramos, llegado este punto, con dos corrientes doctrinales; la primera que pone énfasis en la pérdida de capacidad del prisionero de guerra que produciría la imposibilidad de mantener el consentimiento continuado que exige el matrimonio romano en derecho clásico <sup>73</sup>; frente a ésta nos encontramos con

---

<sup>72</sup> ACCARIAS, *Précis de Droit Romain* ( Paris 1886 ) p. 237; FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* ( Napoli 1910 ) p. 268; ORESTANO, *La Struttura giuridica del matrimonio romano* en *BIDR* (1940 ) p. 259; AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* ( Napoli 1950 ) p. 149; FERRINI, *Manuale di Pandette* ( Milano 1953 ) p. 689; SERTORIO, *La prigionia di Guerra e il diritto di postliminio* ( Roma 1971 ) p. 60; D' ORS, *Derecho Privado Romano* ( Pamplona 1972 ) p. 237 ; BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* ( Madrid 1979 ) p. 180; VOLTERRA, *"Iniustum matrimonium"* en *Studi in onore de Gaetano Scherillo* II p. 453; RATTI, *Studi sulla "captivitas"* ( Napoli 1980 ) p. 150.

<sup>73</sup> ACCARIAS *op. cit.* p. 237; KUNKEL, *matrimonium* en *Pauli - Wisowa* p. 2259 tomo 14. 2 ( Lysimacos - mazaison ); ORESTANO *op. cit.* p. 262; LONGO, *Affectio maritalis* en *BIDR* ( 1939 ) p. 135; *Postille critiche in tema di "captivitas"* en *IURA* ( 1957 ) VIII p. 29; AMIRANTE *op. cit.* p. 150; VOLTERRA *op. cit.* p. 453; RATTI, *op. cit.* p. 156.

aquellos autores que resaltando el elemento material del matrimonio romano, es decir la convivencia, afirman que el cautiverio disuelve el matrimonio pues en tal situación es imposible la convivencia <sup>74</sup>. Para algunos de estos autores el matrimonio es comparable a la posesión <sup>75</sup>, pues ambos fundamentan su existencia en elementos de hecho y tales elementos no admiten la ficción del postliminio Frente a estos; CUQ <sup>76</sup> imputa la disolución del matrimonio por *captivitas* a los inconvenientes que supondría en la práctica dejarlo en suspenso como otros derechos. Autores como VOLTERRA, ORESTANO, LONGO, RATTI <sup>77</sup> apoyan su tesis en:

*D. 49, 15, 12, 4 ( TRYPHONINUS libro quarto disputationum ). Sed captivi uxor,*

---

<sup>74</sup> FADDA *op. cit.* p. 332; D' ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio* en *SHDI* ( 1933 ) p. 34; LEVY, *Verschollenheit und Ehe in Antiken Rechten* en *Gesammelte Schriften* II ( 1963 ) p. 48; SERTORIO, *op. cit.* p. 60.

<sup>75</sup> BECHMANN, *Das Ius Postliminii und die Fictio Legis Cornelia* ( Erlagen 1872 ) p. 44; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* I ( Roma 1925 ) p. 240; VOLTERRA, *In tema di " accusatio adulterii "* en *Studi in Onore di Pietro Bonfante*, 2 ( Milano 1930 ) p. 123.

<sup>76</sup> CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains* ( Parigi 1917 ) p. 112 cit por ORESTANO, *op. cit.* p. 262 nt. 328.

<sup>77</sup> Ver crítica al texto LONGO, *Postille critiche in tema di " captivitas "* p. 35 donde se recoge la crítica hecha por SOLAZZI al texto; ORESTANO *op. cit.* p. 263 ss.

*tametsi maxime velit et in domo eius sit,  
non tamen in matrimonio est.* <sup>78</sup>

El texto en el fragmento 12 del título sobre prisioneros, derecho de postliminio y redención, estudia algunos aspectos de la prisión de guerra sobre determinadas situaciones jurídicas del prisionero y entre estas su matrimonio, concretamente en el párrafo 4 que citamos dice claramente que aunque la mujer del prisionero permanezca en casa del marido no sigue casada con él.

---

<sup>78</sup> SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii* en *Scritti di Diritto Romano IV* p. 301 nt. 3, considera interpoladas *maxime velit et* ; por el contrario ORESTANO *op. cit.* p. 263 nt. 334 y BONFANTE, *op. cit.* p. 241 nt. 1 sospechan de la palabra *maxime* ORESTANO añade que aunque efectivamente estuvieran interpoladas *maxime velit et* , esto no tendría mayor importancia. El fragmento de Trifonino en la compilación representa un estadio del derecho ya superado por la transformación postclásica y justiniana, por tanto qué interés hubieran tenido los compiladores en acentuar un elemento contrario a los principios vigentes en la materia en esos momentos, para este autor *maxime* tiene sentido referido tanto a *velit* como a *in domo eius est*.

DI MARZO, *Dirimitur matrimonium captivitate* en *Studi in onore di Siro Solazzi* p. 2 nt.5 y RASI, *Consensus facit nuptias* (Milano 1940)p. 103 nt. 2, defienden la tesis de que el texto no está interpolado, y ante la posibilidad de que el texto estuviera glosado, tal como se preguntaba ORESTANO, DI MARZO niega absolutamente tal posibilidad. Sigo en este punto a ORESTANO.

ORESTANO <sup>79</sup> pone de relieve como incluso estos autores que de forma absoluta afirman el valor esencial de la convivencia en el matrimonio tienen que admitir y admiten en alguno de sus escritos, que, en algunos casos, aún faltando la convivencia el matrimonio se mantiene con vida, así LEVY <sup>80</sup> admite que tanto el matrimonio como la posesión pueden mantenerse por un tiempo más o menos largo sin la materialidad de la convivencia. El mismo ARANGIO - RUIZ <sup>81</sup> admite que la imposibilidad de cohabitación a causa de la guerra o el exilio no destruye el matrimonio mientras permanezca la *affectio*. BONFANTE <sup>82</sup> afirma que la convivencia no debe necesariamente entenderse en sentido material sino con un significado ético y social.

Autores como SERTORIO <sup>83</sup> que mantienen la tesis que el matrimonio se disuelve en caso de cautiverio de uno de los dos conyuges por faltar el elemento de la convivencia, fundamentan su afirmación en el diferente trato que recibe el matrimonio, el cual no se recupera en virtud del

---

<sup>79</sup> ORESTANO, *op. cit.* p. 242. “

<sup>80</sup> LEVY, *Ehescheidung* ( Weimar 1925 ) p. 81 *cit.* ORESTANO *op. cit.* p. 233 nt. 242.

<sup>81</sup> ARANGIO - RUIZ, *Istitutioni di Diritto Romano* p. 437 *cit.* ORESTANO *op. cit.* p. 243 nt. 272.

<sup>82</sup> BONFANTE, *op. cit.* p. 188.

<sup>83</sup> SERTORIO, *op. cit.* p. 62.

postliminio como los otros derechos. Si el matrimonio se disolviera por la *capitis deminutio* que sufre el prisionero se recuperaría *iure postliminii* como el resto de los derechos.

FADDA <sup>84</sup> distingue entre el matrimonio *cum manu* y el matrimonio *sine manu*. La mujer casada *cum manu*, que es hecha prisionera, por derecho de postliminio recuperaría su antigua condición, pues al igual que el padre recupera la patria potestad sobre los hijos recuperaría la *manus* sobre la mujer. La mujer casada *sine manu*, cesando con la prisión de la mujer el estado de hecho presupuesto necesario para el matrimonio, éste se entendería disuelto <sup>85</sup>.

Al hilo de toda esta discusión acerca de la causa de disolución del matrimonio por el cautiverio, es menester que nos detengamos en hacer un estudio del conocido texto de Ulpiano que trata del matrimonio entre la liberta y su patrono, texto que supone y así lo admite la generalidad de la doctrina una excepción al principio de disolución del matrimonio.

“  
D. 23, 2, 45, 6 ( *ULPIANUS libro tertio ad  
legem Iuliam et Papiam* ). *Si ab hostibus  
patronus captus esse proponatur, vereor*

---

<sup>84</sup> FADDA, *op. cit.* p. 332

<sup>85</sup> Prevalciendo en derecho clásico el matrimonio *sine manu* éste no resurgiría jamás *iure postliminii*

*ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. et qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim Iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam. certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.* <sup>86</sup>

En el texto del libro 23, título 2 sobre la debida forma del matrimonio Ulpiano se plantea el caso concreto del patrono casado con una liberta que es hecho prisionero, dice el autor que en este caso concreto la liberta no puede contraer nuevo matrimonio y para apoyar esta tesis cita la opinión autorizada de Juliano que fundamenta tal solución en la reverencia que la liberta debe a su patrono; añade Ulpiano que es ésta una excepción a la regla general de lo que ocurriría si el patrono cayese en algún otro tipo de esclavitud, pues en este caso sin duda quedaría disuelto el matrimonio. Claramente este caso se plantea como una excepción a la regla general.

“

---

<sup>86</sup> Ver para interpolaciones: BESELER, *Beiträge zur Kritik des römischen Rechtsquellen* IV ( Tübingen 1910 ) p. 198, entiende interpolado el texto desde *esse proponatur*. BONFANTE, op. cit. p. 242 nt.3, donde alude a la falta en el texto de la referencia a la ley Julia, es decir al derecho de patronato, pero podía negarse en este caso el derecho al *conubium* con base en la *spes postliminii*. RATTI op. cit. p. 154 nt. 1 admite la interpretación de BONFANTE, no la de BESELER.

Para BESELER <sup>87</sup>, la excepción a la regla general que declararían extinguido el vínculo viene determinada por una falsa interpretación de D. 24, 2, 6 <sup>88</sup>. RATTI <sup>89</sup>, opina que la razón de esta excepción a la regla general en Derecho clásico vendría determinada por la *spes postliminii*, pero en ningún caso supone que Juliano admita la no disolución del matrimonio por prisión de guerra. SERTORIO <sup>90</sup>, siguiendo a HASE y RETES, es de la opinión que no debe considerarse matrimonio la unión entre la liberta y su patrono. Apoya esta tesis en D. 24, 2, 11. texto que niega a la liberta el derecho a divorciarse de su patrono. BECHMANN <sup>91</sup>, considera el texto interpolado, y en cualquier caso Juliano se refiere únicamente a esta especial relación entre patrono y liberta.

También Ulpiano trata el caso concreto del matrimonio entre liberta y patrono y llega a la misma conclusión, el matrimonio no se entendería disuelto, pero a diferencia de Juliano utiliza una vía más complicada, pues

---

<sup>87</sup> BESELER, *Postliminium und Cörnelia* en ZSS (1925) 198

<sup>88</sup> Texto que haremos objeto de un detallado análisis con posterioridad y que como veremos está totalmente alterado por los compiladores

<sup>89</sup> RATTI, *op. cit.* p. 154

<sup>90</sup> SERTORIO, *op. cit.* p. 64

<sup>91</sup> BECHMANN, *op. cit.* p. 46

comienza negando el *conubium* a la liberta y por tanto cualquier posterior matrimonio de la liberta sería nulo.

Para LEVY y BONFANTE <sup>92</sup> por extensión de la ley Julia a la liberta se le niega el *ius conubii*, frente al criterio tradicional *conubium, quemadmodum haberet, si mortuus esset*; dándosele al patrono el privilegio de ir a buscar a la liberta para un nuevo matrimonio, este texto tendría su paralelo en D. 38, 2, 3, 7; D. 37, 14, 21, pr; Gai. 1, 173 y Ulp. Reg. 11, 22.

D' ORS <sup>93</sup>, entiende que el texto contiene una regla práctica para asegurar que la liberta no vuelva a casarse sin el permiso del patrono. ACCARIAS <sup>94</sup>, ve en la excepción que el texto supone para el derecho clásico, el germen de lo que va a ser la regla general bajo los emperadores cristianos.

En cualquier caso, dándosele un sentido u otro al texto, es una excepción a la regla general como así lo hace constar su autor.

Siguiendo con el estudio de los efectos de la prisión de guerra sobre el matrimonio, diremos que el matrimonio

---

<sup>92</sup> LEVY, *op. cit.* p. 49; BONFANTE, *op. cit.* p. 240

<sup>93</sup> D' ORS, *op. cit.* p. 238.

<sup>94</sup> ACCARIAS, *op. cit.* p. 238



disuelto por prisión de uno de los conyuges no se recuperará *iure postliminii* , esto se encuentra afirmado en:

*D. 49, 15, 8 ( . PAULUS libro tertio ad legem Iuliam et Papiam ). Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii " post constitutum tempus " nupta non est: quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur. <sup>95</sup>*

*D. 49, 15, 14, 1 ( POMPONIUS libro tertio ad Sabinum ). Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.*

En ambos textos sus autores diferencian el diverso efecto que produce el derecho de postliminio en la *patria potestas* del padre del prisionero del efecto que produce respecto del matrimonio del cautivo; el padre recupera a su hijo por el derecho de postliminio, el matrimonio, disuelto

---

<sup>95</sup> La segunda parte del texto es obra de los compiladores, pues alude a *post constitutum tempus* palabras que siguen la tendencia de los compiladores de indicar términos fijos aplicables a una variedad de casos, a diferencia de los juristas clásicos que atienden a casos concretos, ver en este punto FADDA, *op. cit.* p. 333

por prisión, sólo se reconstituiría por el renovado consentimiento, no en virtud del derecho de postliminio.

Cabe que nos planteemos cuál es la razón por la cual la institución del postliminio no actúa sobre el matrimonio, como lo hace sobre el resto de relaciones jurídicas del prisionero. En este sentido BONFANTE <sup>96</sup>, es del parecer que el matrimonio no se recupera *iure postliminii* pues es una situación fáctica que dura mientras duren las condiciones de hecho de su existencia.

Al igual que BONFANTE, gran parte de la doctrina que sostiene la tesis que el matrimonio se disuelve en caso de prisión de guerra por la *capitis deminutio* del prisionero, cuando intentan explicar después por qué no se recupera *iure postliminii* se apoyan en la especial naturaleza del matrimonio romano como situación de hecho sostenida sobre la base de dos elementos: voluntad y convivencia <sup>97</sup>.

BECHMANN señala que la razón no hay que buscarla tanto en la naturaleza del matrimonio como en la propia limitación de la aplicación del postliminio a determinadas situaciones y así lo compara con la limitación de aplicación del postliminio a los hijos concebidos y nacidos en prisión

---

<sup>96</sup> BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* p. 180

<sup>97</sup> BECHMANN *op. cit.* p. 44; KUNKEL, *op. cit.* p. 2259; LEVY, *op. cit.* p. 49

hasta que el rescripto de Severo y Antonino estableció expresamente lo contrario.

ORESTANO <sup>98</sup>, afirma que hay que encontrar la razón de la inaplicabilidad del postliminio al matrimonio en la misma pérdida de capacidad del cautivo que hace que el matrimonio se disuelva. Frente a la tesis expuesta por la doctrina mayoritaria, dice ORESTANO, que no encontramos ningún texto legal que compare el matrimonio con la posesión en lo que al postliminio se refiere, Es más el único parangón que encontramos en las fuentes es aquel que contrapone el efecto del postliminio en la patria potestad y en el matrimonio, D. 49, 15, 14, 1.

La razón hay que buscarla en la misma disolución del matrimonio que produce el cautiverio, frente al estado de suspensión en que entran los otros derechos, derechos que tienen vida independiente y que surgen y se mantienen por un acto de voluntad inicial de su titular.

El matrimonio, por el contrario, requiere una voluntad efectiva, constante y continuada; cuando esta voluntad cesa , pues dada la *capitis deminutio* sufrida por el prisionero, tal voluntad ya no produce efectos jurídicos, el matrimonio no sólo se pierde sino que se extingue <sup>99</sup>. Aquí no podría operar la ficción del postliminio, *ipso iure* , pues

---

<sup>98</sup> ORESTANO, *op. cit.* p. 283 ss.

<sup>99</sup> Lo mismo ocurre con la *societas* , *Gai. 3, 153*

basándose el matrimonio en la voluntad de los conyuges solamente ellos pueden hacer tal creación, no una ficción.

Todos los principios enunciados hasta el momento cambian en Derecho justiniano. La nueva concepción del matrimonio más de acuerdo con los principios cristianos <sup>100</sup> es gradualmente introducida en la legislación no sin resistencia. Teóricamente el matrimonio se fundamenta en idéntico principio con que se enuncia en Derecho clásico *consensus facit nuptias* , pero estas palabras tienen un nuevo significado en derecho postclásico, pues el término *consensus* se refiere ahora únicamente a una voluntad inicial, voluntad que una vez manifestada crea el vínculo conyugal que persiste independientemente de que persista la voluntad.

Esta nueva concepción no aparece como tal formulada en las fuentes postclásicas, pero se deduce de una serie de instituciones introducidas en la legislación imperial <sup>101</sup>.

De acuerdo con esta nueva concepción del matrimonio, se afirmará en la legislación postclásica que el

---

<sup>100</sup> D' ERCOLE *op. cit.* p. 63 ss.

<sup>101</sup> Así por primera vez en el siglo IV se concibe el crimen de bigamia, se penaliza el divorcio cuando éste se produce por voluntad unilateral de los conyuges fuera de las justas causas admitidas Nov. 134, y se penaliza el adulterio Nov. 22, 117, 127.

matrimonio no se disuelve por cautiverio y por tanto se recuperaría *iure postliminii* <sup>102</sup>. Esta es la enseñanza que se contiene en:

*D. 24, 2, 6 ( IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum ). Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando. <sup>103</sup>*

---

<sup>102</sup> Para autores como BONFANTE, RATTI y ORESTANO, la razón por la cual no se disuelve el matrimonio por la prisión de guerra hay que buscarla no en la nueva estructura del matrimonio, sino en la nueva estructura de la *captivitas*, el cautiverio ya no es causa de esclavitud.

<sup>103</sup> Sobre la posible interpolación del texto, ver RATTI *op. cit.* p. 153 nt. 1

El texto del libro 24 correspondiente al título 2 sobre divorcios y repudios contempla el supuesto de prisión del marido o de la mujer y distingue entre si se sabe con certeza si el conyuge permanece vivo en cautiverio, en cuyo caso se prohíbe contraer nuevas nupcias, y el caso en que se desconozca si el conyuge vive o ha muerto en poder de los enemigos en cuyo caso se establece un plazo de cinco años desde que cayó prisionero a partir del cual el conyuge que permanece en la ciudad tiene derecho a contraer nuevo matrimonio.

D' ERCOLE <sup>104</sup>, pone de relieve como en este caso el matrimonio subsiste aun cuando han desaparecido los dos elementos que conformaban el matrimonio, tanto la *affectio maritalis* como la convivencia y esto se explicaría por el hecho de que el matrimonio ha pasado a fundamentarse en el consenso inicial.

DI MARZO <sup>105</sup>, entiende que este texto viene a anticipar la disposición que posteriormente establecerá Justiniano en Nov. 22, 7; esto es el citado texto del Digesto recoge una reforma en materia de matrimonio que Justiniano ya habría dispuesto antes de la compilación del Digesto. Sigue DI MARZO diciendo que en el texto aún se mantiene

---

<sup>104</sup> D' ERCOLE *op. cit.* p. 34

<sup>105</sup> DI MARZO, *op. cit.* p. 5.

vivo el principio *dirimitur matrimonium...captivitate*, en cuanto se permite que ante la incertidumbre de la vida o muerte del conyuge cautivo puede el conyuge que permanece en la ciudad volver a contraer nuevo matrimonio sin estar sometido a las penas del divorcio, pero, eso si, tras un plazo de cinco años, plazo del tiempo durante el cual se considera no disuelto.

AMIRANTE <sup>106</sup>, es de la opinión que hasta la promulgación de la Nov. 22, 7. de Justiniano en la que se dice claramente que el vínculo conyugal permanece durante la prisión de guerra de uno de los conyuges, no cabe hablar de que esto haya sido así con anterioridad atendiendo a textos legales precedentes, es decir para AMIRANTE, tanto D. 24, 2, 6 como D. 49, 15, 8 no establecen una consideración contraria a la concepción clásica, el texto, totalmente manipulado por los compiladores <sup>107</sup>, no afirma en ningún momento que el matrimonio perdure *pendente captivitate* sino que enuncia un principio general *et generaliter definiendum est...* y obliga a respetar un plazo para poder contraer nuevas nupcias. De hecho afirmar la validez de un matrimonio

“

---

<sup>106</sup> AMIRANTE *op. cit.* p. 191

<sup>107</sup> Son de idéntica opinión KRELLER, RATTI, BONFANTE, ver en este sentido FADDA, *op. cit.* p. 334; AMIRANTE, *op. cit.* p. 192 nt. 43 y ss. También SERTORIO, *op. cit.* p. 101 nt. 1

*pendente captivitate* sería afirmar un absurdo como es un matrimonio con una validez parcial <sup>108</sup>.

*D. 48, 5, 14, 7 ( ULPIANUS libro secundo de adulteris ). Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicitur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur.*

El texto pertenece al título de la ley Julia sobre represión de los adulterios, en el texto se admite que el marido acuse a la mujer de haber cometido adulterio, si estando cautiva del enemigo ha mantenido relaciones con otro hombre.

El texto, considerado interpolado por la doctrina, <sup>109</sup> es para algunos autores <sup>110</sup> un claro reflejo de como en

“

---

<sup>108</sup> En este punto AMIRANTE sigue a SOLAZZI, *op. cit.* p. 354

<sup>109</sup> VOLTERRA, *op. cit.* p. 125, que cita a su vez a ALBERTARIO *Conceptus pro iam nato habetur* en *BIDR* ( 1923 ) 76

<sup>110</sup> D' ERCOLE, *op. cit.* p. 35; LONGO *op. cit.* p. 37; VOLTERRA *op. cit.* p. 122 ss; RATTI, *op. cit.* p. 155



derecho justiniano la *captivitas* no disolvería el matrimonio.

AMIRANTE <sup>111</sup> fiel a su afirmación de que hasta la Nov. 22, 7. no se puede hablar de un cambio en los efectos que produce la prisión de guerra en el matrimonio, sigue en este punto de nuevo a SOLAZZI y asegura que lo expresado en el texto está cercano a la idea de una recuperación retroactiva del matrimonio por efecto del postliminio <sup>112</sup>.

*Nov. 22, 7. Sed etiam captivitatis casus talis est, quale est bona gratia distrahere matrimonium. Sive enim contingat tale infortunium viro, muliere in republica manente, sive rursus mulier quidem in captivitatem ducatur, maneat autem vir in republica, scrupulosa quidem et subtilis ratio transigit nuptias: servitute namque semel superveniente alteri personae fortunae inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit. Attamen humanius talia contemplantes, donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus, et non venient ad secundas nuptias neque mulieres neque*

---

<sup>111</sup> AMIRANTE, *op cit* p 195

<sup>112</sup> SOLAZZI, *op cit* p 354, en Derecho justiniano cabe hablar de extinción de derechos y de reviviscencia de todos ellos por el postliminio

*vir. nisi volunt videri ausu temerario hoc egisse et poenis succumbere. ille quidem ante nuptias donationis dicimus exactioni, illa vero dotis. Si vero incertum sit, utrum superest an non quae ad hostes persona devenit, tunc quinquennium expectandum est sive a viro sive a muliere, post quod, sive manifestum fiat de morte sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo. Et hoc enim nuncupatis bona gratia transactionibus a praecedentibus connumeratum est, nos quoque in hoc consentimus, ut hic neque repudio fiat opus, ita personis distantibus ab alterutris, et nullus ex hoc lucrabitur, neque vir dotem neque mulier ante nuptialem donationem, sed unusquisque in suis manebit.*

El texto es una clara prueba de la nueva regulación que en Derecho justiniano se da al matrimonio del prisionero. Es un paso más en la evolución del tema que estamos tratando <sup>113</sup>, evolución que seguiría con la *Const. 33* del Emperador Leon, en la que se exige prueba de la muerte en prisión del marido para considerar disuelto el matrimonio.

---

<sup>113</sup> Para AMIRANTE de acuerdo con lo dicho con anterioridad no sería un paso más en la evolución sino el primer paso Ver nt 40.

Los antecedentes de este proceso evolutivo habría que buscarlos según SERTORIO <sup>114</sup> en D. 24, 2, 6, 4. y en D. 49, 15, 8, en los cuales por primera vez se establece un plazo para que la mujer pueda contraer un nuevo matrimonio.

En cualquier caso la razón de esta nueva regulación es clara y hay que buscarla en definitiva, en razones de humanidad e influencia de las nuevas ideas cristianas <sup>115</sup>.

“

---

<sup>114</sup> SERTORIO *op. cit.* p. 102. Para este autor puesto que la Novela es posterior a la publicación del Digesto, no habría lugar a interpolaciones en los textos de Juliano y Paulo.

<sup>115</sup> ACCARIAS *op. cit.* p. 238; KRELLER, *Juristenarbeit am postliminium* en ZSS ( 1952 ) 209; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* p. 242.

**I.b- Condición jurídica de los hijos del cautivo.**

También razones de humanidad justifican el trato que recibirán los hijos de los prisioneros de guerra.

Céntrandonos en el tema que nos ocupa debemos hacer la siguiente distinción: condición de los hijos concebidos en la ciudad y condición de los hijos concebidos en prisión.

I.b.1 Hijos concebidos en la ciudad y nacidos en prisión.

El hijo concebido en la ciudad y nacido en cautiverio, según el principio *conceptus pro iam natu habetur* , al regresar a la ciudad, sería considerado a todos los efectos un *captus ab hostibus* y por tanto en virtud del derecho de postliminio, tendría la condición de hijo legítimo si fue concebido *ex iustis nuptiis* o ilegítimo si no fue éste el caso.<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> ARANGIO - RUIZ, Recenzioni a E. ALBERTARIO en *Archivio Giuridico* ( 1935 ) 81, ARANGIO - RUIZ mantiene esta tesis matizando la postura de ALBERTARIO; RATTI *op. cit.* p. 165.

*D. 1, 5, 26 ( IULIANUS libro sexagesimo nono digestorum ). Qui in utero sunt, in toto paene iure civii intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur ...*

El texto del título 5 sobre el estado de las personas enuncia el principio general *conceptus pro iam natu habetur* y lo refiere específicamente a los hijos concebidos en la ciudad y nacidos en cautiverio; los hijos concebidos en la ciudad gozan del derecho de postliminio al regresar a la ciudad, en virtud del principio de que al concebido se le tiene a todos los efectos como ya nacido.

---

ALBERTARIO y AMIRANTE, éste último en *op. cit.* p. 154, matizan que para el hijo no nacido *ex iustis nuptiis* sería de aplicación el principio: *hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore nascuntur* y por lo tanto no gozaría del derecho de postliminio y mantendría su condición de esclavo.

Esto no puede admitirse en ningún caso, como el mismo AMIRANTE acaba reconociendo, pues en tal caso quedarían estos en peor condición que los afectados por el rescripto de Severo y Antonino. Por tanto hemos de pensar, tal y como se desprende de las fuentes que esta máxima jamás la aplicó la jurisprudencia en materia de postliminio.

*D. 4, 6, 15, 1 ( ULPIANUS libro duodecimo ad edictum ). Non minus autem ab hostibus capto quam ibi nato, qui postliminium habet, succursum videtur.*

El texto del título 6 de las restituciones totales para mayores de veinte y cinco años, en el fragmento 15 declara que será de aplicación el edicto a aquellos que están en poder de los enemigos en cuanto que se hayan retenidos en esclavitud, el parágrafo 1 añade a lo dicho que de la misma forma se auxiliará al nacido en poder de los enemigos pues éste, al igual que el capturado por los enemigos, también goza de derecho de postliminio. La persona concebida en la ciudad y nacida en poder de los enemigos se equipara a efectos del postliminio al ciudadano capturado por los enemigos.

*D. 40, 7, 6, 1 ( ULPIANUS libro vicensimo septimo ad Sabinum ). Quid tamen si qua conceperit in servitute, deinde ab hostibus capta peperit ibi post existentem condicionem, an liberum pariat? et interim quidem quin servus hostium sit, nequaquam dubium est: sed verius est postliminio eum liberum fieri, quia, si mater in civitate esset, liber nasceretur.*

El texto de Ulpiano que encontramos en el título sobre manumisiones testamentarias bajo condición, plantea el caso de una mujer que concibió a su hijo siendo esclava; poco después fue capturada por los enemigos y es durante ese tiempo, cuando antes de dar a luz, se cumple la condición para su libertad; puesto que ese hijo de haber nacido en la ciudad hubiera nacido libre, gozará a su regreso del derecho de postliminio y será libre.

#### I.b.2. Hijos concebidos y nacidos en prisión.

Así si la condición de los hijos concebidos por una ciudadana y nacidos en cautiverio estuvo clara desde el principio, no ocurre lo mismo con los hijos que han sido concebidos por una prisionera y nacidos en prisión.

Siguiendo los criterios clásicos, el concebido y nacido en prisión en ningún caso gozaría del derecho de postliminio, pues no tenía la condición de *captus ab hostibus*.

Un rescripto de los emperadores Severo y Antonino vino a establecer una excepción a este principio.

*C. 8, 50 ( 51 ), 1 ( Impp Severus et Antoninus A. A. Ovinio ). Ex duobus captivis Sarmatia nata patris originem ita secuta videtur, si ambo parentes in civitatem nostram redissent. quamquam*

*enim iure proprio postliminium habere non possit quae capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam. Qui cum ab hostibus interemptus sit, matris dumtaxat condicionem, quae secum filiam duxit, videtur necessario secuta. nam fictio legis Corneliae, quae legitimos apud hostes defuncto constituit heredes, ad eam quae illic suscepta est non pertinet, cum eo tempore quo captus est diem suum pater obisse existimetur. PP sine die et consule. ( s. f. )*

El citado rescripto lo dirigen los emperadores a Ovinio Tertullus, que se halla en las provincias inferiores de Asia, viniendo a representar una excepción al principio general, a fin de salvaguardar exclusivamente los intereses de los hijos, dándoles los mismos derechos a su vuelta de prisión que si hubieran sido concebidos en la ciudad. Nada dice el rescripto, y como excepcional, en nada afecta a la situación del matrimonio de los padres, matrimonio que se habrá disuelto en el momento en que los padres fueron hechos prisioneros <sup>117</sup>.

El espíritu con el que fue dictado el rescripto, no atiende más que a la tradicional labor de la jurisprudencia de atender al caso concreto, reinterpreta los principios de

---

<sup>117</sup> BECHMANN *op. cit.* p. 49; RATTI *op. cit.* p. 163 nt. 1.



tal forma que estos jamás lleguen a producir situaciones injustas.

Este mismo espíritu y el sentimiento humanitario que imbuye todo el Derecho justiniano, hará que este principio sea recogido por los compiladores del Digesto para informar casos semejantes.

Atendamos exáctamente a aquello que dice el rescripto: el hijo concebido y nacido durante la prisión de los progenitores, adquirirá *iure postliminii* la libertad y la cualidad de hijo legítimo si vuelve a la ciudad junto con sus padres; y adquirirá la libertad y la condición de hijo ilegítimo o espúreo si vuelve sólo con su madre.

El contenido del mencionado rescripto es recogido por los compiladores en diferentes textos del Digesto.

*D. 49, 15, 9 ( ULPIANUS libro quarto ad legem Iuliam et Papiam ). Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii iura habet: habere enim eum postliminium nulla dubitatio est post rescriptum imperatoris Antonini et divi patris eius ad Ovinium Tertullum praesidem provinciae Mysiae inferioris.*

*D. 49, 15, 25 ( MARCIANUS libro quarto decimo institutionum ). Divi Severus et Antoninus rescripserunt, si uxor cum*

*marito ab hostibus capta fuerit et ibidem ex marito enixa sit: si reversi fuerint, iustos esse et parentes et liberos et filium in potestate patris, quemadmodum iure postliminii reversus sit: quod si cum matre sola revertatur, quasi sine marito natus, spurius habebitur.* <sup>118</sup>

*D. 38, 16, 1, 1. ( ULPIANUS libro duodecimo ad Sabinum ). Quaeri poterit, si ex ea, quae in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. et cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa haec hebeatur, ut uxor ducta suum pariat ? nec mirum sit, ex serva ingenuum nasci, cum et ex captiva rescriptum sit ingenuum nasci...*

*D. 38, 17, 1, 3 ( ULPIANUS libro duodecimo ad Sabinum ). Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertate matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius*

---

<sup>118</sup> LEVY *op. cit.* p. 149 nt. 5, plantea sus dudas a cerca del clasicismo del texto. Frente a éste ORESTANO, defiende que el fragmento es clásico.

*hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad Óvinium Tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus.*

En este texto se toma en consideración el rescripto para dar al hijo la condición de la madre y darle entrada a la herencia de ésta según el senadoconsulto Orficiano.

*C. 8, 50 ( 51 ), 16 ( Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Basilinae. ).  
Commercio redemptae filios, licet ex servo medio susceptos tempore, origini ingenuitatis matrix iuxta ea quae benigne placuerunt reddi convenit. S. v k. Sept. Viminacii AA cons. ( a. 293 )*

Bas. 34, 2, 15 ( ed: Schelma )<sup>119</sup>. Εἰ καὶ αἰχμαλωτισθεῖσά τις ἀπὸ κομμερκίου ἀγορασθῆ, ὅμος οἱ τεχθέντες ἐξ αὐτῆς, εἰ καὶ ἀπὸ δούλου εἰσὶν, ἐλεύθεροι εἰσὶν

"Si la mujer que fue capturada por el enemigo fue rescatada en virtud del

---

<sup>119</sup> Hb Tomo III p. 539; Zepos tomo III p. 822 ( B. XXXIV, 2, 14 ). En la obra de RATTI, *op. cit.* p. 162 hay un error al citar el texto pues tal y como está citado no aparece en el *supplementum*

comercio, sin embargo los hijos de ella, aunque son del esclavo, son libres."

*D. 40, 7, 6, 2 ( ULPIANUS libro vicensimo septimo ad Sabinum ). Plane si apud hostes eum concepisset et post existendem condicionem edidisset, benignius dicitur competere ei postliminium et liberum eum esse.*

En este texto, el párrafo 2, correlativo al examinado en páginas precedentes extiende igualmente por razones de equidad el postliminio al hijo concebido y nacido en prisión después de cumplida la condición para la libertad de su madre esclava <sup>120</sup>.

Por supuesto si el postliminio se concede al hijo concebido y nacido en prisión, con mayor razón se concederá al hijo concebido en prisión pero nacido en la ciudad al regreso de la madre.

"

---

<sup>120</sup> RATTI *op cit* p 163 nt 1, duda a cerca del clasicismo del texto, pues no se exige en el mismo como condición para que el hijo obtenga el beneficio del postliminio que éste regrese necesariamente con la madre Esto resulta difícil de creer que fuera mantenido por Ulpiano

*C. 8, 50 ( 51 ), 8 ( Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Matronae. ). Praeses provinciae, ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curae habebit: qui pro sollertia tua parum ignorat magis filiorum tuorum statum tueri, quos, posteaquam redempta es, enixam te esse significas, cum eos, qui post redemptionem nascuntur, ne pignoris quidem vinculo ob pretium, quod pro his datum non est, teneri nullis auctoribus visum est. PP. v id. Febr. Tiberiano et Dione cons. ( a. 291 )*

En Derecho justiniano, puesto que la prisión de guerra no era causa de esclavitud y por tanto no conlleva la disolución del matrimonio, el hijo concebido y nacido en prisión adquirirá, a su regreso de prisión, la condición de libre y legítimo, sin las limitaciones que impone el rescripto de Severo y Antonino.

No encontramos dicha limitación en los siguientes textos.

“

*D. 28, 3, 6, 1 y 2.( ULPIANUS libro decimo ad Sabinum ). Sed si pater eius, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste patre in eadem causa decedente post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia supra scripta persona ei non obstat: nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa*

*decebat, quamquam captivus reversus patris sui iniustum faceret testamentum in eo praeteritus. ( 2 ) Sive autem in civitate nepos fuit conceptus sive apud hostes, quoniam datur et partui postliminium, succedendo testamentum rumpit.* <sup>121</sup>

De los términos *sive in civitate fuerit conceptus sive apud hostes quoniam datur et partui postliminium* del párrafo 2 puede concluirse que el hijo concebido y nacido en prisión se considera legítimo aunque su padre haya muerto en prisión y como veremos al tratar el tema de la sucesión, a su regreso invalidará el testamento de su abuelo.

En D. 49, 15, 9 se recogen los términos del rescripto pero de un modo general, sin hacer distinciones a cerca de con quien regrese el hijo. La misma formulación general tiene:

Bas. 34, 1, 9, 25 ( ed.Scheltema ) A. IV p. 15560 παρὰ τοῖς πολεμίοις καὶ συλληφθεὶς καὶ τεχθεὶς καὶ μετὰ τῶν γονέων ὑποστρέψας ὑπεξούσιός ἐστι τῷ πατρὶ εἰ δὲ τοῦ πατρὸς ἐν

---

<sup>121</sup> RATTI *op. cit.* p. 165, los términos *sive apud hostes* serían obra de los compiladores. Para este autor en el texto genuino se hablaba sólo del nieto concebido en la ciudad y nacido *apud hostes*, a cuyo supuesto se referiría la frase *quoniam et partui datur postliminium*

αἰχμαλωσία τελευτήσαντος μετὰ τῆς μετρὸς  
ὑποστρέψει, ὡς ἄνευ ἀνδρὸς τεχθεὶς σπούριος  
ἔσται 122

"El concebido y nacido en cautividad y que  
retorno con los padres, está sometido a la  
potestas del padre; pero si el padre  
hubiese muerto durante el cautiverio y  
retornase con la madre, será espúreo  
puesto que fue generado sin marido."

Y lo mismo se establece en la Nov. 36, que el hijo  
concebido y nacido en prisión puede suceder al padre  
aunque éste haya muerto en prisión; la Nov. 36 vendría a  
derogar el rescripto, pues aquí se considera al hijo como hijo  
legítimo aunque no vuelva a la ciudad con su padre.

"

---

122 FERRINI - MERCATI, *Basilicorum libri 60* vol. VII  
Supplementum alterum p. 41.

**I.c. CONCLUSIONES:**

1- En Derecho clásico es una constante que la prisión de guerra disuelve el matrimonio.

2- En Derecho justiniano por el contrario la prisión de guerra no disuelve el matrimonio.

3- Los hijos concebidos en la ciudad aunque nacidos en prisión, puesto que se atiende al momento de la concepción para determinar los derechos que favorecen al *nasciturus*, gozan del derecho de postliminio como ciudadanos romanos, y por tanto de aquellos derechos que le correspondan según fue concebido en un matrimonio legítimo o ilegítimo.

Para el concebido en prisión, una ley especial le concede el derecho de postliminio, al cual según los principios que rigen en materia de postliminio en Derecho clásico no tendría derecho. Ahora bien para determinar su



condición de hijo legítimo o ilegítimo se atenderá al momento de su regreso, si regresa con ambos progenitores o sólo con su madre.

4- En Derecho justiniano, puesto que la prisión de guerra no es causa de esclavitud, y no disuelve el matrimonio, tanto el concebido en la ciudad como el concebido en prisión goza del derecho de postliminio y su condición de hijo legítimo o ilegítimo se determinará en atención al momento de su concepción.

“

## II- EFECTOS DE LA PRISION DE GUERRA SOBRE LA PATRIA POTESTAD: CAPACIDAD JURIDICA DE LOS HIJOS DURANTE LA PRISION DEL PADRE

En este punto nos proponemos el estudio de la capacidad jurídica de los hijos durante la prisión del padre, para lo cual tomamos como punto de partida los efectos que la prisión de guerra produce en la patria potestad, pasando luego a plantearnos el problema relativo a la condición de los hijos durante el tiempo de prisión, así como su capacidad jurídica, y los distintos negocios o actos jurídicos en los que puede o no puede intervenir el hijo del prisionero.

Comenzaremos por afirmar, con la totalidad de la doctrina, que con la prisión de guerra el ciudadano romano, sufre una *capitis deminutio* y si éste es *pater familias*, pierde tal condición de igual manera que como hemos visto, perdería todos sus otros derechos<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> BECHMANN, *Das ius postlimini und die lex Cornelia* (Erlagen 1872 ) p 15, MAYNZ, *Cours de Droit Romain* III ( Bruxelles 1877 ) p 108, SOHM, *Institutionen des romischen Rechts* ( Leipzig 1908 ) p 201, BONFANTE, *Diritto Romano* I ( Roma 1921 ) p 133, AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* ( Napoli 1950 ) p 51, SERTORIO,

Ahora bien, la doctrina mantiene posturas diversas acerca de cual es la situación en la que queda la *patria potestas* en este periodo de tiempo.

Para un sector de la doctrina el cese de la *patria potestas* tendría un carácter suspensivo <sup>124</sup>, mientras que para otros autores el derecho en cuanto tal seguiría existiendo y la prisión sólo impediría el ejercicio del mismo <sup>125</sup>; finalmente, según otros autores, la *patria potestas* sufre una verdadera interrupción en su existencia jurídica, aunque ello no implica que los hijos queden fuera del poder del padre y se conviertan en *sui iuris*, es decir, distinguen dos aspectos, el padre como *servus* que es en virtud de la prisión pierde sus derechos, los hijos durante este tiempo

---

*Prigionia di guerra e il diritto di postliminio* ( Roma 1971 ) p. 56; RATTI, *Studi sulla " captivitas "* ( Napoli 1980 ) p. 105.

<sup>124</sup> BUHL, *Salvius Iulianus* ( Heidelberg 1886 ) p. 259 cit. por SERTORIO *op. cit.* p. 58 nt. 1; BECHMANN, *op. cit.* p. 23; ROBY, *Roman Private law* II ( Cambridge 1902 ) p. 264; BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* ( Cambridge 1908 ) p. 295.

<sup>125</sup> HASE, *Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae* (Halle 1851 ) p. 72 y 94; JOSSELINE, *Du Postliminium* ( Bordeaux 1881 ) p. 67 cit por SERTORIO *op cit* p. 58 nt. 2; VOIGT, *Die XII Tafeln* I (Leipzig 1883 ) p. 293; SOHM *op. cit.* p. 209; BALDI, *La restituito in integrum e l' ius postliminii* ( Livorno 1909 ) p. 11 cit por SERTORIO *op. cit.* p. 58 nt. 2

están en una situación incierta que depende del hecho futuro de que el padre regrese o muera *apud hostes*.<sup>126</sup>.

Estas diferentes posturas doctrinales, que como vemos son más aparentes que reales, las encontramos en las fuentes.

*Paul. Sent 2, 25, 1.. Pater ab hostibus captus desinit habere filios in potestate: postliminio vero reversus tam filios quam omnia sui iuris in potestatem recipit, ac si numquam ab captus sit.*

*D. 28, 1, 12 ( IULIANUS libro quadragesimo secundo digestorum ). ... nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.*

El texto correspondiente al título 1 del libro 28 sobre quienes pueden hacer testamento y de que modo se ha de hacer; explica el contenido de la ley Cornelia y su incidencia sobre los herederos necesarios del prisionero, dando en el párrafo final la condición de heredero necesario

---

<sup>126</sup> BESELER, *Postliminium und Cornelia* en ZSS ( 1925 ) 196 y

al hijo del prisionero aunque, matiza, no lo sea por propio derecho pues no estaba bajo la potestad del causante en el momento de su fallecimiento

*D. 38, 16, 15 ( PAPINIANUS libro vicensimo nono quaestionum ). Si pater apud hostes moriatur, defunctum iam in civitate filium credimus patrem familias decessisse, quamvis patria potestate, quamdiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus: itaque heredem habiturus est iste non reverso patre. sed si postliminio redierit pater iam defuncto filio, quidquid medio tempore per eum quaesitum est habebit: et non est mirum, si peculium quoque defuncti pridem filii defertur patri, cum ex eo natus potestatis ipsius fiat per suspensi iuris constitutionem.*

El presente texto del libro 38 título 16 que versa sobre los herederos de propio derecho y legítimos, en el fragmento 15 atestigua que la *patria potestas* queda en suspenso, si el padre regresa “después de haber muerto su hijo en la ciudad obtendrá todo lo que le corresponda en atención a su condición de padre, pues se entiende que el hijo murió bajo su potestad. Si el padre no regresa, su hijo, muerto anteriormente en la ciudad, debemos considerar que en el momento de su muerte era independiente.

*Gai. Epitome 1, 6, 2. Item si ab hostibus pater captus sit, in potestate, quamdiu apud hostes fuerit, filios non habebit. sed si de captivitate evaserit, iure postliminii omnem, sicut in aliis rebus, ita et in filiis recipit potestatem. si vero pater, qui ab hostibus captus est, in captivitate moriatur, ab eo tempore, quo ab hostibus captus est, filii sui iuris effecti intelliguntur.*

*Gai. Inst. Frag. Aug 1, 22.. Quid ergo hac necessitate... si adducaris ad responsum, ut dicamus eos sui iuris esse, eo... potestate, opponitur tibi statim: cuius sunt in potestate? servi? Nam pater eorum, qui ab hostibus captus est, servus est. Ergo servus pater non habet filios in potestate. Utrumque ergo difficile est: sive dicamus sui iuris esse filios, illud opponitur, quod si revertatur et postliminium recipit, redit ad statum suum: si dicamus eos in potestate, illud, quod est facilius...*

“

En ambos textos se nos dice que el prisionero como *servus* que es, no tiene hijos bajo su potestad, pero tampoco puede decirse que los hijos sean *sui iuris*, pues si el padre regresa, en virtud del derecho de postliminio recuperará el poder sobre los hijos.

## II.a- Condición jurídica de los hijos durante la prisión del padre.

Por supuesto al ser la *patria potestas* un derecho, a diferencia de lo visto para el matrimonio y la posesión, éste se recuperaría *iure postliminii*, esto nos conduce a plantearnos el siguiente problema: ¿Cuál es la condición jurídica de los hijos durante el tiempo que el padre permanece en prisión?.¿Se les puede considerar *sui iuris* o por el contrario conservan su condición de *alieni iuris*. ?

Estas preguntas sólo pueden ser respondidas si previamente nos planteamos en qué condiciones recupera el padre *iure postliminii* la potestad sobre los hijos y cual sería la suerte que correría la *patria potestas* durante ese tiempo.

Comenzamos exponiendo la tesis de BESELER <sup>127</sup> el cual afirma la extinción de la *patria potestas* en Derecho

---

“

<sup>127</sup> BESELER *op. cit.* p. 196 y ss. para mantener semejante afirmación contraria a las fuentes, afirma que la idea de suspensión que encontramos en las mismas es obra de los compiladores.

BECHMANN, *op. cit.* p. 15 y ss., defiende la tesis que en Derecho arcaico, efectivamente el hijo durante el periodo de prisión del padre vive efectivamente como libre, pues es libre para el Derecho. En Derecho clásico, mantiene BECHMANN, que en algunos aspectos esta concepción se mantiene, por ejemplo, cuando se permite al hijo de

clásico, extinción que se produciría en todos los derechos del prisionero, y que en el caso de la *patria potestas* provocaría que el hijo se convirtiera automáticamente en *sui iuris* con todos los efectos que derivarían de la adquisición de su nueva condición.

Ahora bien, la tesis de BESELER quiebra en el momento en que se ve obligado a admitir que en Derecho clásico el prisionero con su regreso recupera todos sus derechos *iure postliminii* y por tanto también la *patria potestas* sobre sus hijos, lo que no cabe admitir en ningún caso es que un *sui iuris*, pueda adquirir la condición de *alieni iuris* al regreso de su padre, si como mantiene BESELER, es un *sui iuris* en el pleno sentido del término <sup>128</sup>; así pues debemos, atendiendo a las fuentes, rechazar el planteamiento de BESELER, ya que no cabe hablar de extinción sino antes bien de suspensión.

Las fuentes nos atestiguan reiteradamente la suspensión de derechos y concretamente la recuperación *iure postliminii* de la *patria potestas* sobre los hijos; quizá cabría hablar de extinción en „Derecho arcaico como hace BECHMANN, y entonces nos situamos dentro de la corriente

---

familia que durante la prisión del padre pueda contraer un matrimonio válido aún sin el consentimiento de su padre, como más adelante veremos.

<sup>128</sup> Seguimos en este punto la crítica que hace RATTI *op. cit.* p. 111 y ss a la interpretación que BESELER hace de los textos.



general admitida en la prisión de guerra y la operatividad del postliminio, que habla del paso de una situación de extinción de los derechos a una situación de suspensión, tesis tratada en los primeros puntos de nuestro trabajo <sup>129</sup>.

Aclarado este punto, retornemos de nuevo a las fuentes.

*Gai. 1, 129.. Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposue si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*

“

---

<sup>129</sup> Señalar en que momento se produce el paso de la teoría de la extinción a la teoría de la suspensión es difícil y es un punto en el que la doctrina no acaba de ponerse de acuerdo, para algunos autores sería anterior a la época clásica, pues en las fuentes de este periodo todos los juristas hablan de suspensión. Autores como BECHMANN *op. cit.* p. 16, sitúan la teoría de la suspensión al comienzo de la época clásica, fundamentándolo en razones de carácter religioso, p. 23 nt. 1.

En la primera parte del texto, plantea Gayo el caso del ascendiente que, habiendo sido hecho prisionero por el enemigo, regresa *iure postliminii*, y afirma que el ascendiente recobra todos sus derechos y por tanto vuelve a tener a los descendientes bajo su potestad, estando durante ese tiempo de prisión el derecho sobre sus descendientes en una situación de suspensión.

En el segundo párrafo expone el supuesto del ascendiente capturado por los enemigos que muere en prisión; en este caso los descendientes se harían independientes, planteándose la duda de si esto sería así desde el momento de su muerte o desde el momento en que fue capturado.

En el último párrafo nos habla del hijo o nieto capturado por los enemigos, supuesto que no interesa al caso.

Para la mayoría de los autores <sup>130</sup> las palabras del texto deben ser interpretadas dentro de su contexto, durante la prisión *pendet ius liberorum* y por tanto no podemos afirmar que el hijo sea *alieni iuris* ni *sui iuris*, porque esto va a depender de un hecho posterior, que el padre regrese del cautiverio o por el contrario muera como prisionero, por tanto subraya RATTI, oponiéndose a la tesis de BESELER, sólo

---

<sup>130</sup> MAYNZ *op. cit.* p. 108; AMIRANTE *op. cit.* p. 52; RATTI, *op. cit.* p. 111

puede decirse que el hijo llegará a ser *sui iuris*, por primera vez, con la muerte del padre.

La única duda que cabe plantearnos, dice RATTI, al igual que hace Gayo y a la que los juristas anteriores <sup>131</sup> dieron como veremos una respuesta afirmativa, es si la condición de *sui iuris* por parte del hijo es adquirida con efecto retroactivo o no. Si los juristas anteriores ya abogan por el efecto retroactivo de la muerte del prisionero en relación con la extinción de la *patria potestas*, puede concluirse que quizá Gayo nos plantee una duda que en su tiempo ya estaba resuelta, lo bien cierto es que en textos posteriores como *Inst. 1, 12, 5* la regla de la retroactividad aparece claramente establecida <sup>132</sup>.

AMIRANTE, relaciona la condición incierta del hijo del cautivo con la ley Cornelia; es claro que si el hijo adquiriera la condición de *sui iuris* con la prisión del padre, debería sucederle *mortis causa* desde el momento inicial en que fue hecho prisionero y por tanto no tendría razón de ser la ficción de la ley Cornelia para el caso de que el prisionero muera *apud hostes* .

---

<sup>131</sup> D. 49, 15, 22, 2 ( Iul. 62 dig. ).

<sup>132</sup> Si comparamos el texto de Gayo con *Inst. 1, 12, 5* parece verosímil dice RATTI *op. cit.* p. 112, que la frase *qui... videntur* de las Instituciones no sea genuina, pero no por esto puede afirmarse que cuando en los textos de los juristas clásicos encontramos enunciada la regla de la retroactividad sea esto obra de los compiladores.

BECHMANN<sup>133</sup>, señala en primer lugar la indeterminación del término *pendet*, excesivamente indeterminado en boca de los juristas romanos que igual puede señalar una verdadera suspensión, como una simple situación provisional, pues según él, la condición de *sui iuris* sería adquirida por el hijo, sin lugar a dudas, con efecto retroactivo desde el momento en que el padre fue hecho prisionero, la duda que se plantea Gayo y no llega a contestar no es más que un testimonio de la transición de ideas, que no puede llevarnos a no admitir el efecto retroactivo máxime cuando en textos de los juristas de época clásica estaba plenamente admitido.

Debemos concluir que pese a la duda que plantea el texto a cerca de la adquisición de la condición de *sui iuris* con efecto retroactivo, ésta debe ser resuelta en sentido afirmativo, pues en las fuentes anteriores a la ahora analizada así se resuelve.

*Ulp. Reg. 10, 4 . Si pater ab hostibus captus sit, quamvis servus hostium fiat, tamen, cum reversus fuerit, omnia pristina iura recipit iure postliminii, sed quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio eius interim pendeat, et cum reversus fuerit ab hostibus, in potestate*

---

<sup>133</sup> BECHMANN *op. cit.* p. 24 ss. En este punto ver también *pendere* en HEUMANN SECKEL, *Handlexikon*