

filium habebit ; si vero ibi decesserit, sui iuris filius erit. Filius quoque si captus fuerit ab hostibus, similiter propter ius postliminii patria potestas interim pendebit.

El texto comienza afirmando que el padre que ha sido hecho prisionero por el enemigo, adquiere la condición de *servus* , pero que si regresa recupera todos sus derechos en virtud del postliminio.

En el segundo párrafo se centra en la *patria potestas* : destacando que durante el periodo de prisión *patria potestas pendebit* ; pero si regresa vuelve a tener a sus hijos bajo su potestad; no obstante, si muere en prisión, el hijo será *sui iuris* .

D. 49, 15, 12, 1 (TRYPHONINUS libro quarto disputationum). Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti an adhuc pro filiis familiarum computentur: nam defuncto illo apud hostes , ex quo captus est, patres familiarum, reverso numquam non in potestate eius fuisse credentur. ideo et de his, quae medio tempore acquirunt stipulatione traditione legato (nam hereditate non possunt), tractatum est, ubi non est reversus, si forte alii vel in totum (his exhereditatis testamento) vel in partem instituti sunt heredes, utrum in

*hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint. quod verius est: diversumque in his, quae per servos adquiruntur, merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseverant, hi sui iuris exinde sibi que ideo adquisisse intelleguntur.*¹³⁴

El texto corresponde al controvertido fragmento 12 del título sobre los prisioneros, sobre derecho de postliminio y redención; comienza planteando la duda de si los hijos del cautivo de guerra durante la prisión son independientes o se les sigue considerando como hijos de familia, siguiendo idéntico criterio tal como fue expuesto en los textos anteriores: si el padre regresa del cautiverio siguen bajo su potestad y se entiende que no dejaron de estar nunca bajo su potestad, pero señala claramente como durante el tiempo de prisión la condición de los hijos es incierta.

En un segundo momento señala el texto en relación a las adquisiciones realizadas por los hijos durante el tiempo de prisión del padre, que estas, en caso de que el padre no regrese, se considerará que las hicieron los hijos para sí, y no a favor del patrimonio del padre, pues estos son

¹³⁴ El texto es considerado por BESELER obra de los compiladores tal como señala RATTI *op. cit* p. 113, quien por el contrario lo considera una manifestación genuina del pensamiento clásico

independientes desde el momento de la prisión; queda claro pues en el texto y así lo pone de manifiesto BONFANTE ¹³⁵, como la condición de *sui iuris* la adquieren con carácter retroactivo.

De modo claro, aparece la idea de retroactividad en el texto que hacemos objeto de consideración a continuación.

D. 49, 15, 22, 2 (IULIANUS libro sexagensimo secundo digestorum). Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi acquisitum intellegitur, etsi vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendentis est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.

El texto del mismo título que el analizado anteriormente, trata sobre las adquisiciones y estipulaciones realizadas por el hijo de aquel que se halla en poder del enemigo; sigue manifestando como los textos anteriores que la condición de los hijos está pendiente de que aquellos

¹³⁵ BONFANTE *op. cit.* p. 133

regresen o no, hasta aquí lo dicho no supondría ninguna aportación nueva respecto a los textos anteriores, pero hay algo nuevo que aparece enunciado al final, nos referimos al efecto retroactivo con que el hijo adquiriría la condición de *sui iuris* si su padre muere, desde el momento en que éste cayó en prisión.

Ahora bien, sobre estas palabras recaen dudas acerca de su autenticidad, para BECHMANN, RATTI, AMIRANTE ¹³⁶ el texto está glosado en su último párrafo, por el contrario, autores como MAYNZ y BONFANTE ¹³⁷ lo mantienen como fundamento de la idea de retroactividad.

En cualquier caso, esté o no interpolado el texto en sus últimas líneas, el germen de la idea de retroactividad ya la encontramos en el mismo, y así autores como el mismo BECHMANN ¹³⁸ y MITTEIS ¹³⁹ sostienen que el principio de

¹³⁶ BECHMANN *op. cit.* p. 30, manifiesta sus dudas a cerca de que estas palabras sean obra de Juliano; AMIRANTE *op. cit.* p. 56 lo considera glosado; RATTI *op. cit.* p. 116 dice claramente que estas últimas palabras son sin duda un glosema; así pone de relieve que la utilización de *existimatur, pater familias, eius*, en lugar de utilizar los plurales *existimantur, patres, eorum*; *mortuo*, en lugar de *mortuo eo*; *fuisse* en vez de *factus esse*; *potestate* en lugar de *potestatem* hacen pensar en un glosema

¹³⁷ MAYNZ *op. cit.* p. 108; BONFANTE *op. cit.* p. 133

¹³⁸ Ver nt. 113.

retroactividad se desarrolla en época clásica. Quizá debamos concluir con KRELLER ¹⁴⁰ que la idea de retroactividad supone anteponer los intereses de las personas afectadas por la situación incierta en que las coloca la *spes postliminii* a la aplicación estricta del derecho.

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

El texto del mismo título que los anteriores, enuncia con carácter general el principio de retroactividad; SOHM ¹⁴¹, sitúa el texto entre aquellos que enuncian el principio de la ley Cornelia; para BONFANTE ¹⁴² el texto expone claramente la teoría de la retroactividad por la que optó finalmente la jurisprudencia.

¹³⁹ MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf Diocletianszeit* (Leipzig 1908) p. 131 cit por RATTI *op cit* p 117

¹⁴⁰ KRELLER, *op cit* p 188

¹⁴¹ SOHM *op cit* p 203

¹⁴² BONFANTE *op cit* p 133

D. 14, 6, 1, 1 (ULPIANUS libro vicensimo nono ad edictum). Si pendeat, an sit in potestate filius, ut puta quoniam patrem apud hostes habet, in pendenti est, an in senatus consultum sit commissum: nam si recciderit in potestatem, senatus consulto locus est, si minus, cessat: interim igitur deneganda est actio.

El texto del libro 14 título 6 sobre el senadoconsulto Macedoniano en el fragmento 1 párrafo *principium* expone la causa que dió origen al senadoconsulto y su contenido: no se dará acción a quien prestase dinero a un hijo de familia, ni aún después de muerto su padre; en el párrafo 1 se refiere específicamente a la posibilidad de aplicar el senadoconsulto Macedoniano en aquellos supuestos en que el hijo de familia tiene a su padre prisionero del enemigo, llegando a la siguiente conclusión: mientras el padre permanece en prisión; la aplicación del senadoconsulto está en suspenso y pendiente de que o bien el padre regrese de la prisión y por tanto el hijo vuelva a estar bajo su potestad en virtud del postliminio, en cuyo caso se aplicará el senadoconsulto; si el padre no regresa, el senadoconsulto no se aplicará, pues el hijo será considerado *sui iuris*.

El texto ha sido objeto de un detallado análisis por la doctrina: para SERTORIO ¹⁴³, el texto no deja lugar a dudas

¹⁴³ SERTORIO *op. cit.* p. 57

acerca del estado de incertidumbre en que se encuentra la condición del hijo de familia durante la prisión del padre; la misma postura mantiene AMIRANTE ¹⁴⁴, para el que el estado de suspensión en que se encuentra el *status* del hijo provoca la inaplicabilidad del senadoconsulto Macedoniano.

BESELER ¹⁴⁵ sostiene que el pensamiento original de Ulpiano era que al hijo de familia en el caso examinado no se le aplicaba el senadoconsulto Macedoniano, pues el hijo del prisionero tenía la condición de *sui iuris*. La idea de que al hijo del prisionero se le debe aplicar el senadoconsulto es obra de los compiladores, señalando algunos indicios formales de interpolación cual es la utilización de términos tales como: *in S. C. commissum*, en lugar de *contra s. c. factum*; *locus est* y *cessat* en vez de *erit* y *cessabit*; el verbo *cessat* no lleva sujeto; y termina asegurando que de la adversativa *certe* y del contenido de la sucesiva decisión, puede asegurarse que en el caso examinado por Ulpiano decía *S. C. locum non habebit*.

RATTI ¹⁴⁶, admitiendo que el texto es en parte obra de los compiladores, inicia el análisis del texto por sus primeras palabras *si pendeat an sit in potestate filius, ut puta quoniam patrem apud hostes habeat*, palabras en las

¹⁴⁴ AMIRANTE *op. cit.* p 55

¹⁴⁵ BESELER *op. cit.* p. 143

¹⁴⁶ RATTI *op. cit.* p. 113

que se hace referencia a la especial situación de incertidumbre sobre la condición del hijo, y esta incertidumbre trae como consecuencia que se opte por una solución como la que se toma al final del texto: *interim igitur deneganda est actio* , pues suspendida está entre tanto la aplicación o no del senadoconsulto.

Puede negarse que el párrafo *nam si...cessat* sea clásico, ya sea por las razones formales expuestas por BESELER, ya porque no contiene esta resolución la idea de incertidumbre con la que comenzaba el texto; si se nos dice que el senadoconsulto tendrá aplicación si el hijo vuelve a estar sujeto a la patria potestad del padre y que no se aplicará si el hijo no retorna a esta situación, se está contradiciendo con la afirmación precedente si *pendeat...*

Para RATTI lo que Ulpiano quiso decir es lo siguiente: para el caso del hijo que tiene a su padre en prisión es dudoso si cabe o no la aplicación del senadoconsulto Macedoniano y ante la duda no se concede acción al acreedor y esto es así porque el *status* jurídico del hijo del prisionero *pendet*. ..

En Derecho justiniano, sabemos que el prisionero de guerra no es considerado siervo, no sufre una *capitis deminutio*; por lo tanto, durante el tiempo que permanece prisionero del enemigo sigue teniendo la *patria potestas* sobre los hijos, aunque admitiendo una situación de suspensión de la misma, dado que la *patria potestas* se

extinguiría con efecto retroactivo si el cautivo muriera *apud hostes* ¹⁴⁷.

En el mismo Digesto encontramos textos que atestiguan tal innovación:

D. 38, 16, 15 (PAPIANUS 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 texto que versa sobre materia de sucesiones, nos dice en su primer párrafo que si un padre muere cautivo del enemigo, su hijo muerto con anterioridad en la ciudad, como ciudadano, murió con la condición jurídica de *sui iuris*, aunque no hubiera quedado plenamente liberado de la *patria potestas* mientras vivía su padre.

¹⁴⁷ AMIRANTE *op. cit.* p. 183 y ss; RATTI *op. cit.* p. 51 y ss

En el último párrafo se afirma que si el padre hubiera regresado del cautiverio, en este caso obtendrá por derecho de postliminio todo aquello que el hijo muerto en la ciudad hubiera adquirido durante el tiempo de prisión, pues el hijo se consideraría que al regresar el padre habría estado bajo su potestad durante todo ese tiempo, pues la *patria potestas* del padre durante ese tiempo se hallaba en suspenso.

Dos cosas llaman la atención en este texto, en primer lugar la frase *quamdiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus*, tiene un significado oscuro ¹⁴⁸ ya que no es concebible una liberación parcial de la patria potestad.

Esta consideración de una liberación parcial de la patria potestad no es concebible en Derecho clásico, como hemos visto, donde el padre cautivo perdía, dada la condición de siervo en la que caía con la prisión, todos sus derechos. Así aunque hemos dicho que la condición del hijo es incierta durante este tiempo, dado el efecto del postliminio, esto no es lo mismo que afirmar que el hijo se halla parcialmente bajo el poder del padre.

En segundo lugar, la expresión final *per suspensi iuris constitutionem* se refiere al derecho del prisionero y viene a decirnos que la personalidad jurídica del prisionero

¹⁴⁸ RATTI *op. cit.* p. 118

está en una situación de suspensión ¹⁴⁹; esto es igualmente inadmisibles en Derecho clásico, pues como hemos visto el prisionero en Derecho clásico es *servus* a todos los efectos.

Debemos concluir que el texto, contrariamente a la opinión de los juristas clásicos, confirma lo dicho al inicio, en Derecho justiniano la personalidad jurídica del prisionero continúa durante la prisión y por lo tanto éste seguiría teniendo la *patria potestas* sobre los hijos.

En otro texto de Juliano, encontramos trazos de esta nueva situación en Derecho justiniano.

D. 49, 15, 22, 2 (IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum). Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi acquisitum intelleditur, etsi vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendentibus est, et reverso quidem patre existimatur numquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.

¹⁴⁹ AMIRANTE *op. cit.* p. 184 ; BESELER, *Beitrage zur Kritik des römischen Rechtsquellen* p. 134 *cit* por AMIRANTE p. 184 nt. 24; RATTI *op. cit.* p. 47 nt. 51

El texto del libro 49 título 15 sobre la prisión de guerra, derecho de postliminio y redención, en el fragmento 22 trata exactamente de las estipulaciones o adquisiciones hechas por el hijo de familia durante la prisión del padre a favor de éste.

Se admite que lo que adquiere o estipula un hijo durante la prisión de su padre lo adquiere para sí si su padre muere en prisión. Entiendo que el hecho de que se equiparen la validez de las adquisiciones y la validez de las estipulaciones en el supuesto que el padre no regrese es, con toda probabilidad, obra de los compiladores, que, siguiendo el criterio antes enunciado, considerarían que el hijo del prisionero sigue estando bajo la *patria potestas* de su padre cautivo. Juliano, de acuerdo con los criterios clásicos, estaría por la nulidad de tales estipulaciones ¹⁵⁰. Sabemos que las estipulaciones deben reunir desde el principio todos los requisitos de validez exigidos para ser eficaces.

Otro texto igualmente interpolado a fin de adaptarlo a la nueva concepción es:

“

¹⁵⁰ Es inválida la estipulación hecha a favor de una persona distinta del estipulante, si no es aquella bajo cuya *patria potestas* se halla el estipulante (Gai. 3, 103). En Derecho clásico el hijo de familia no está bajo la *patria potestas* del padre prisionero, otra solución sería la dada para el Derecho justiniano

D. 26, 1, 6, 4 (ULPIANUS libro trigesimo octavo ad Sabinum). Ei cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est: sed si datus sit, an in pendentem sit datio, quaeri potest et non putu dationem valere: sic enim post patris regressum reccidit in potestatem, atque si numquam pater ab hostibus captus fuisset. immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.

El texto del libro 26 título 1 sobre las tutelas en el fragmento 6 parágrafo 4 comienza negando la posibilidad de nombrar un tutor al hijo del prisionero; ¹⁵¹ ahora bien, se plantea la cuestión de si el nombramiento quedará en suspenso, a lo que se contesta que no pues si regresa el padre, el hijo volvería a estar bajo su potestad con efecto retroactivo; el texto concluye diciendo que lo correcto es nombrar un *curator* que administre los bienes del prisionero.

RATTI ¹⁵², pone de manifiesto ciertos datos gramaticales que nos hablan claramente de interpolación.

¹⁵¹ Cosa obvia, como veremos más adelante, dado que el hijo no está en la situación exigida por el derecho para que se le nombre un tutor.

¹⁵² RATTI *op. cit* p. 119.

Aquello que Ulpiano parecía plantearse es la duda acerca de la validez de la *datio tutoris* para el caso de que el padre muriera *apud hostes* y si en este caso podría considerarse que la *datio tutoris* está sometida a la condición suspensiva de que el padre no regrese. En este caso la *datio* no sería válida mientras el padre permaneciera prisionero, puesto que puede regresar, pero sería válida en un futuro si el padre moría *apud hostes* .

Toda esta discusión es obviada por los compiladores, dado que, estando el hijo durante la prisión del padre bajo su potestad, no cabe hablar de una *datio* suspensiva con efecto retroactivo.

RATTI, hace dos observaciones con carácter general respecto al texto que ponen de manifiesto la incoherencia del mismo, incoherencia que por demás salta a la vista con su simple lectura. Lo primero que llama la atención es el absurdo de plantearse el problema por parte de los juristas, de si debe darse o no tutor al hijo del cautivo. ¿ Para qué dar un tutor a éste si no tiene patrimonio ?. Sabemos que la función del tutor era administrar el patrimonio del menor *sui iuris* , y que el hijo del prisionero no tiene patrimonio propio; en segundo lugar, el texto está en sede de tutela, libro 26 del Digesto, y en sus primeras líneas plantea, como hemos dicho, el problema de la conveniencia o no de dar tutor al hijo del cautivo, y concluye diciendo que lo que debe hacerse en estos casos es nombrar un *curator* que

administre el patrimonio del padre, qué tiene que ver esto con la cuestión que se plantea al comienzo del texto.

Este texto nos sirve para enlazar con la siguiente cuestión: ¿ debe nombrarsele tutor al hijo del prisionero mientras su padre está en prisión ?. Las fuentes no dejan lugar a la duda, *Ei cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est...*, el por qué está claro, pues la institución de la tutela requiere encontrarnos ante un *sui iuris* impúber, el hijo del prisionero no es *sui iuris* , puesto que su condición es incierta ¹⁵³.

II.b- Capacidad jurídica de los hijos durante la prisión del padre.

Llegado este punto, y habiendo concluido que el hijo durante la prisión del padre se encuentra en una situación jurídica incierta, cabe que nos cuestionemos cuál sería la condición del hijo respecto a las relaciones jurídicas de su padre y respecto a las posibles relaciones jurídicas que él mismo pudiera contraer.

¹⁵³ VOIGT, *Die XII Tafeln* (1966) p. 294, equipara en este punto la situación del hijo a la de la mujer del cautivo, que seguiría en un matrimonio *cum manu* bajo el poder de su marido, en un estado incierto.

BECHMANN ¹⁵⁴, distingue con buen criterio, aquellos negocios jurídicos que el hijo puede realizar y que admiten ser sometidos a condición suspensiva; estos, dada la incierta capacidad del hijo, pueden ser realizados por éste sin problemas, D. 49, 15, 12, 1 y D. 49, 15, 22, 2, lo obtenido con ellos pasará a formar parte del patrimonio del padre o del hijo según se produzca el regreso o no.

Por el contrario, aquellos negocios que necesiten perfeccionarse en el mismo momento en que se contraen y no admiten estar sometidos a suspensión, no podrán ser realizados por el hijo durante la prisión de su padre, siendo éste el caso de las estipulaciones, D. 49, 15, 22, 2 que, como ya dijimos, no debían ser consideradas válidas en Derecho clásico las realizadas por el hijo mientras su padre estaba en prisión.

II.b.1. Adquisiciones realizadas por hijos y esclavos.

La primera cuestión que cabe que nos planteemos es la condición jurídica del hijo respecto de su peculio y las cosas que pudiera adquirir durante la prisión del padre.

Es claro que el hijo no teniendo la cualidad de *sui iuris*, tendrá la mera detentación de su peculio y de aquellas cosas que vaya adquiriendo durante la prisión del padre.

¹⁵⁴ BECHMANN *op. cit.* p. 24.

Ahora bien, cuál será la suerte de estos bienes en el caso que el padre muera en prisión o por el contrario regrese, qué ocurriría en el caso concreto de que el hijo muera estando el padre en cautiverio.

Veamos cada una de las cuestiones según el testimonio de las fuentes:

D. 49, 15, 22, 2 y 2a (IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum). Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi adquisitum intellegitur, etsi vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit ¹⁵⁵. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendentibus est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret. (2a) Pater familias qui habebat filios in potestate duos et in bonis viginti milia, ab hostibus captus est: alter ex filiis acceptis decem milibus alia decem milia adquisivit: quaeritur patre apud hostes defuncto quid filii habituri sint. respondit, si reversus esset pater, etiam postea adquisita decem milia eius futura fuisse: at cum in captivitate mortuus sit, communia non fore, sed eius

¹⁵⁵ BECHMANN *op cit* p 29 nt 3, apunta que este párrafo debería contener mejor una negación

*qui adquisivit. viginti autem milia
aequaliter dividenda.*

El fragmento 22 del título 15 libro 49 versa sobre el patrimonio del que cayó en poder enemigo, exáctamente en los párrafos que sometemos a estudio habla de las adquisiciones y estipulaciones realizadas por hijos y sometidos durante el cautiverio del padre; lo que el hijo adquiere o estipula durante la prisión de su padre, se entenderá que lo adquiere para sí, si su padre muere en cautiverio, puesto que en tal caso se entiende que el hijo adquirió la condición de *sui iuris* desde el momento en que su padre cayó prisionero; si por el contrario su padre regresa debe entenderse que como *alieni iuris* que es, todo lo adquirido pasaría al patrimonio del padre.

En caso de que el hijo muriera estando su padre en prisión y éste muere después en prisión, lo adquirido por el hijo pertenecerá al heredero del padre. Si el hijo muere y el padre regresa, como luego veremos, lo adquirido por el hijo pasa a manos del padre, jamás a los herederos del hijo.

El texto va describiendo paralelamente también las adquisiciones realizadas por los esclavos, las cuales corren una suerte diversa y en ocasiones contraria a las realizadas por el hijo.

D. 49, 17, 9 (ULPIANUS libro quarto disputationum). ... nam et si filius eius, qui ab hostibus captus est, decesserit patre captivo vivo, si quidem pater regrederetur, quasi filius familias peculium haberet: enim vero si ibidem pater decesserit, quasi pater familias legitimum habebit successorem, et retro habuisse creditur eius successor ea quoque, quae medio tempore filius iste quaesivit, nec heredi patris, sed ipsi filio quaesita videbuntur.

Este texto del libro 17 sobre el peculio castrense, fragmento 9 aclara con toda nitidez lo que se apuntaba en el texto anterior, si el hijo muere durante el cautiverio de su padre la suerte que corre su peculio y demás adquisiciones que haya realizado durante este tiempo va a depender de un evento posterior, a saber, que su padre regrese, en cuyo caso se considerará que es propiedad del padre; si el padre muere en prisión, debe entenderse que el hijo muere como persona independiente y esto pasará al heredero del hijo, nunca al heredero del padre.

BECHMANN ¹⁵⁶, señala acertadamente cómo la muerte del hijo en la ciudad, mientras su padre está en prisión, provoca una situación de suspensión respecto de la capacidad legal del hijo para adquirir durante este tiempo y

¹⁵⁶ BECHMANN *op. cit.* p 34

por tanto hasta que tal situación no se resuelva con el regreso del padre o su muerte en prisión no sabemos si estamos ante un peculio o un patrimonio. A esta misma conclusión llega *D. 38, 16, 15* y *D. 38, 7, 2, 3*.

D. 49, 15, 12, 1 (TRYPHONINUS libro quarto disputationum). ... ideo et de his, quae medio tempore adquirunt stipulatione traditione legato (nam hereditate non possunt), tractatum est, ubi non est reversus, si forte alii vel in totum (his exheredatis testamento) vel in partem instituti sunt heredes, utrum in hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint. quod verius est: diversumque in his, quae per servos adquiruntur, merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseverant, hi sui iuris exinde sibi quoque ideo adquisisse intelleguntur.

De nuevo este texto al final del párrafo 1 nos es de utilidad; lo que adquieren los hijos durante el cautiverio del padre en el caso de que su padre no regresara pertenece a estos y jamás a los herederos del padre.

II.b.2 Testamentifactio activa y pasiva del hijo del prisionero.

El hijo del prisionero no puede hacer testamento dado el estado de incertidumbre sobre su capacidad y su condición de propietario; sobre el particular no hay duda según el testimonio del siguiente texto:

D. 38, 7, 2, 3.(ULPIANUS libro quadragensimo sexto ad edictum). Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum pater familias an filius familias sit, quia pater eius ab hostibus captus adhuc vivat vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis est, ne possit peti bonorum eius possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, cum incertum sit, an testari possit...

Tampoco puede el hijo del prisionero en este tiempo hacer adición de herencias de las que sea beneficiario, ni para su padre ni para él mismo, así se concluye de la lectura de *D. 49, 15, 12, 1*.

El hijo de familia precisa del *iussum* paterno para realizar tal acto y este *iussum* debe ser anterior a la toma de

posesión de los bienes ¹⁵⁷. El *iussum* por parte del padre prisionero es absolutamente ineficaz pues, como ya sabemos; el padre prisionero ha perdido la capacidad, pero es que, aunque hubiera autorizado con su *iussum* a dicha adición antes de la prisión, el *iussum* se habría vuelto ineficaz en el mismo momento en que el padre fue hecho prisionero.

Tampoco podrá hacer adición de la herencia para sí, pues su condición jurídica es incierta y en Derecho romano jamás se admitiría una adición sometida a un efecto suspensivo ¹⁵⁸.

Parece ser que el hijo del prisionero, si bien es cierto que no podía ser heredero, si podía aparecer como *heredis loco*, pidiendo la *bonorum possessio* para la cual no necesita el *iussum* paterno ¹⁵⁹. O bien adquiriendo la herencia en calidad de fideicomisario universal, puesto que para esto no necesita hacer adición de la misma ¹⁶⁰.

En Derecho justiniano, puesto que el hijo de familia no necesita el *iussum* del padre para adir la herencia, el hijo del prisionero puede hacerlo personalmente, tal y como queda reflejado en “

¹⁵⁷ D. 29, 2, 25, 4; D. 29, 2, 6, pr.

¹⁵⁸ BECHMANN *op. cit.* p. 30

¹⁵⁹ D. 29, 2, 6, 1; D. 38, 15, 5, pr; C. 6, 9, 1.

¹⁶⁰ RATTI *op. cit.* p. 123 nt. 1

C. 6, 61, 8, pr. (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.). Cum non solum in maternis rebus, quae filiis familias deferuntur, sed etiam de aliis omnibus , quae acquisitionem effugiunt, et maxime post novellam nostri numinis legem, quae omnia , quae extrinsecus ad filios familias perveniunt et non ex paterna substantia , non esse acquirenda patribus statuit nisi tantum modo ad usum fructum, variae altercationes exortae sunt et varios eventus variosque continent tractatus et semper in iudiciis versantur, necesse est utiliter et apertissime omnia dirimere. (a. 531)

II.b.3. Obligaciones contraídas por el hijo del prisionero.

Por lo que respecta a la responsabilidad del hijo del prisionero por las deudas contraídas durante la prisión, será de aplicación el senadoconsulto Macedoniano en caso de que se produzca el retorno del padre, pues en tal caso el hijo tendría la condición de hijo de familia en el momento en que las contrajo. Si, por el contrario, el padre muere *apud hostes* la serían exigibles al hijo las deudas que contrajo, pues éste tendría la condición de *sui iuris* en el momento de contraerlas, así lo refleja el siguiente texto:

D. 14, 6, 1, 1 (ULPIANUS libro vicensimo nono ad edictum). Si pendeat, an sit in potestate filius, ut puta quoniam patrem apud hostes habet, in pendenti est, an in senatus consultum sit commissum: nam si reciderit in potestatem, senatus consulto locus est, minus cessat: interim igitur deneganda est actio.

Es decir, la posibilidad de reclamar estas deudas, de dar acción al acreedor, se mantendría en suspenso hasta que el padre regresara o muriera *apud hostes* , puesto que en suspenso está la condición del hijo ¹⁶¹.

II.b.4. Matrimonio del hijo del prisionero.

Dentro del tema de la capacidad que se le reconoce al hijo de familia para realizar determinados actos con carácter válido mientras su padre permanece en prisión, se plantea un tema muy discutido por la doctrina: el de si puede el hijo del prisionero contraer matrimonio válidamente y con todos los efectos jurídicos que el matrimonio conlleva.

¹⁶¹ RATTI *op cit.* p 125, opta por esta solución frente a la posibilidad que supondría el admitir que el hijo del cautivo puede obligarse civilmente puesto que en ese momento no está bajo el poder del padre bajo condición resolutoria del retorno del padre

La cuestión guarda un paralelismo, con el problema ya tratado de la imposibilidad del hijo durante este tiempo de adir una herencia ¹⁶², puesto que en ambos casos es necesario el *iussum* paterno.

D. 23, 2, 2 (PAULUS libro trigesimo quinto ad edictum). Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.

El texto del libro 23 título 2 sobre la debida forma del matrimonio, contiene un principio general, el hijo del cautivo no podría casarse puesto que su padre no puede manifestar su consentimiento, y aún pudiéndolo manifestar éste no sería válido pues el prisionero no es capaz para el derecho ¹⁶³.

Junto a D. 23, 2, 2. nos encontramos en las fuentes otros textos que admiten de un modo excepcional la posibilidad de que el hijo del prisionero durante la prisión del padre contraiga matrimonio.”

¹⁶² RATTI *op. cit* p. 127

¹⁶³ Por otro lado, D. 23, 2, 2 exige el consentimiento de aquellas personas bajo cuya *potestas* estén los contrayentes, hemos visto que en Derecho clásico la *patria potestas* del padre cesa durante la prisión.

Antes de entrar en el estudio pormenorizado de estas fuentes, conviene aclarar, que hablamos del hijo y no de la hija, pues el consentimiento del padre al matrimonio de la hija tiene menos importancia, dado que dicho matrimonio no supone una alteración en la familia de la novia, puesto que los hijos que nazcan de dicho matrimonio no pasan a formar parte de la familia materna sino de la paterna; por esto el consentimiento que se exige en este caso, es un consentimiento pasivo, es decir, basta con que el padre no muestre su disconformidad ¹⁶⁴; así se nos dice en el siguiente texto donde Paulo recoge la opinión de Juliano sobre el tema:

D. 23, 1, 7, 1.(PAULUS libro trigesimo quinto ad edictum). In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.

Por esta razón, la doctrina admite sin discusión que el matrimonio de la hija del "prisionero sería válido en

¹⁶⁴ MORIAUD, *Du consentement du père de famille au mariage en droit classique* en *Mélanges P F Girard* (Paris 1912) p. 303 ss.

cualquier caso y la discusión la centran en el matrimonio del hijo ¹⁶⁵.

Veamos ahora que dicen las fuentes al respecto; en este sentido, encontramos tres textos que autorizan el matrimonio del hijo del cautivo, pero su contenido no es equivalente.

D. 23, 2, 9, 1 (ULPIANUS, libro vicesimo sexto ad Sabinum). Is cuius pater ab hostibus captus est, si non intra triennium revertatur, uxorem ducere potest.

De acuerdo con este testimonio se permite el matrimonio al hijo del cautivo pasado un plazo de tres años desde que su padre fue hecho prisionero y no regresó.

D. 23, 2, 11 (IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum). Si filius eius qui apud hostes est vel absit ante triennium captivitatis vel absentiae patris uxorem duxit vel si filia nupserit, puto recte matrimonium vel nuptias contrahi, dummodo eam filius ducat uxorem vel

¹⁶⁵ ACCARIAS, *Précis de Droit Romain* (Paris 1886) p 208; SERTORIO *op cit* p 92; RATTI *op. cit* p. 129

filia tali nubat, cuius condicionem certum sit patrem non repudiaturum.

Se entiende lícito el matrimonio del hijo o hija del prisionero contraído antes del plazo de los tres años, que se establecía en el texto anterior, siempre que lo contrajera con persona de tal condición que su padre no tuviera porque repudiarla.

D. 49, 15, 12, 3 (TRYPHONINUS libro quarto disputationum). Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat.

“

Admite, sin hacer referencia a ningún tipo de plazos, que el hijo del prisionero puede contraer matrimonio durante la prisión de su padre y argumenta dos motivos para fundamentar tal excepción, la primera, el padre no puede dar su consentimiento pero tampoco puede negarlo; la segunda se basa en la utilidad pública.

El texto añade además, que los hijos que nacieran de dicho matrimonio estarían bajo la potestad del abuelo cuando éste regrese del cautiverio y serán sus herederos necesarios.

En los textos encontramos indicios ciertos de interpolación, ahora bien, qué es lo que estos contienen de Derecho clásico, es en este punto donde la doctrina está dividida.

La doctrina dominante cree que en Derecho clásico se permite al hijo del cautivo que contraiga matrimonio ¹⁶⁶; otro sector de la doctrina, sin negar tal posibilidad, aboga por una solución no del todo permisiva en derecho clásico ¹⁶⁷.

No ha lugar a dudas que el plazo de tres años exigido en el texto de Ulpiano y que luego se recoge en Juliano, es obra de los compiladores, pues no es propio de los juristas clásicos establecer plazos ¹⁶⁸; también hay indicios

¹⁶⁶ ACCARIAS *op. cit.* p. 208; BECHMANN *op. cit.* p. 15 y ss; MAYNZ, *Cours de droit romain* III (Bruxelles 1877) p. 11; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1892) p. 122; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (Paris 1911) p. 156 nt. 1.

¹⁶⁷ BUCKLAND, *The roman law of Slavery* (Cambridge 1908) p. 297; SERTORIO *op. cit.* p. 94 y ss; RATTI *op. cit.* p. 127.

¹⁶⁸ No deja de haber cierto paralelismo entre estos textos y los analizados en relación al matrimonio de la mujer del cautivo, donde también en Derecho justiniano se exige a ésta esperar cinco años para poder contraer matrimonio.

de interpolación en los distintos *vel* que se repiten en el texto, en el pleonasma *matrimonium vel nuptias*, y en el trato igual que reciben casos tan distintos como son la ausencia y la prisión de guerra ¹⁶⁹, pero dejando a un lado esto, en los tres textos se permite el matrimonio al hijo del prisionero, y en esto apoyan su tesis aquellos autores que admiten sin duda tal posibilidad para el hijo del prisionero.

Si eliminamos aquellas modificaciones que los compiladores introdujeron en los textos de Ulpiano y Juliano, ambos juristas admitirían la legitimidad de dicho matrimonio.

El texto de Trifonino añade esta excepción a la regla general de D. 23, 2, 2; los motivos por los cuales se admite la excepción, el primero es que el padre no puede ni dar ni negar su consentimiento dada su condición de esclavo, el segundo por razones humanitarias, dada la situación en que se encuentra el hijo y también por razones de utilidad pública ¹⁷⁰.

“

¹⁶⁹ SERTORIO *op. cit.* p. 94.

¹⁷⁰ Rechaza BECHMANN *op. cit.* p 17, que quepa someter la validez del matrimonio del hijo a una condición suspensiva, a saber, que el padre muera en prisión o regrese y dé su consentimiento, como parece indicar ACCARIAS; pues dada la naturaleza de la institución matrimonial no admitiría tal estado de suspensión, así el matrimonio será legítimo desde el principio.

Es cierto que la *patria potestas* estaba en suspenso, que la condición del hijo es incierta pero por encima de estas razones existen razones de utilidad práctica como es el favorecer el matrimonio.

A esta postura doctrinal se formula por parte de algunos autores una crítica muy puntual en alguna de sus afirmaciones ¹⁷¹. Estos autores prefieren hablar de evolución en este punto, que seguiría la línea general tanto en materia de postliminio como de matrimonio. Así en el tema concreto que nos ocupa se habría pasado de una prohibición más o menos absoluta a una permisibilidad más o menos amplia.

A esta evolución correspondería cada uno de los textos, donde en un primer momento, se exigiría que hubieran transcurrido tres años para que el hijo pudiera contraer matrimonio, tal y como exige el texto de Ulpiano; en un segundo estadio se exigiría la presunción del consentimiento del padre ¹⁷², aquí correspondería el texto de Juliano, en un tercer momento se permitiría el matrimonio sin observar plazos, ni consentimientos y aquí situamos el fragmento de Trifonino.

¹⁷¹ SERTORIO *op. cit.* p. 94 y ss; RATTI *op. cit.* p. 126 y ss.

¹⁷² Para aquellos autores que defienden la absoluta permisibilidad al matrimonio del hijo, esta limitación sería obra de los compiladores. Frente se argumenta a favor del clasicismo del texto que Paulo en D. 23, 1, 7, 1 cita a Juliano en este sentido.

De todo lo expuesto se puede concluir, independientemente de los numerosos indicios de interpolaciones que señalan ambos sectores doctrinales en la defensa de sus respectivas tesis y son contestados para defender las tesis contrarias ¹⁷³, que creemos que efectivamente, el asunto que estamos tratando experimentaría una evolución, puesto que, como hemos visto, la institución de la prisión de guerra la sufre y también el matrimonio. Y es muy probable que no hubiera una opinión unánime por parte de los juristas clásicos al respecto; lo mismo observamos en casos semejantes tal y como viene atestiguado en C. 5, 4, 25.

De este modo las opiniones de los juristas clásicos podrían ir desde aquellas que permitían el matrimonio, pasando por aquellas que ponían condiciones, hasta la prohibición absoluta del mismo.

En toda esta discusión aparece Juliano, como un auténtico innovador que conjuga perfectamente los intereses del padre prisionero, del hijo y el interés público; el hijo puede casarse siempre que lo haga con una persona a la que el padre dada su condición no tendría razones para repudiar ¹⁷⁴; ese mismo talante innovador de Juliano lo descubrimos

¹⁷³ Ver BECHMANN, SERTORIO, RATTI.

¹⁷⁴ Es curioso que esto mismo se exija para el matrimonio de la hija.

en materia del matrimonio de la mujer del prisionero en D. 23, 2, 45, 6 y en materia de posesión adquirida por los hijos del prisionero D. 49, 15, 12, 2. .

En todo esto lo que no encaja es el plazo de los tres años que aparece en los textos de Ulpiano y Juliano; dicho plazo no puede ser obra de la jurisprudencia, sino que tendría un origen legislativo, siendo complejo localizar dicho origen, lo que motiva también en este punto que la doctrina esté dividida; para HASE ¹⁷⁵, habría que buscar la fijación de dicho término en la ley Papia, según SERTORIO ¹⁷⁶ su origen estaría en un rescripto, mientras que según BECHMANN ¹⁷⁷, sería obra de los compiladores.

En Derecho justiniano, es unánime la doctrina al considerar que el hijo debería respetar el plazo de tres años antes de poder contraer un matrimonio legítimo. Esto supone una limitación a lo establecido en derecho clásico, limitación que estaría en conexión con la concepción que en Derecho justiniano se tiene de la prisión de guerra, donde el hijo se

“

¹⁷⁵ HASE, *Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae* (Halle 1851) p. 78.

¹⁷⁶ SERTORIO *op. cit.* p. 100.

¹⁷⁷ BECHMANN *op. cit.* p. 19.

considera que sigue estando bajo la patria potestad de su padre prisionero ¹⁷⁸.

Puesto que el hijo del prisionero puede contraer matrimonio estando su padre en prisión, cabe que nos preguntemos quiénes estarían autorizados para pactar los asuntos económicos que el matrimonio conlleva.

En las fuentes encontramos dos textos que nos dan luz sobre el asunto:

D. 23, 4, 8. (PAULUS libro septimo ad Sabinum). Quotiens patre furente vel ab hostibus capto filius familias ducit uxorem filiaque familias nubit, necessario etiam pactio cum ipsis dumtaxat dotis nomine fieri poterit.

El texto del libro 23 título 4 sobre pactos dotales dice de modo claro que será el hijo o la hija quien pactará sobre la dote.

..

D. 23, 3, 5, 4 (ULPIANUS libro trigesimo primo ad Sabinum). Sed et si proponas praetorem vel praesidem decrevisse,

¹⁷⁸ ACCARIAS *op. cit.* p 208; BECHMANN *op. cit.* p. 19; SERTORIO *op. cit.* p. 93; RATTI *op. cit.* p 126 nt 1

quantum ex bonis patris vel ab hostibus capti aut a latronibus oppressi filiae in dotem detur, haec quoque profecticia videtur.

En este texto del libro 23 título 3 sobre el derecho de la dote parece que el pretor o el gobernador de la provincia puede también fijar lo que se dará en dote, de los bienes de su padre, a la hija del prisionero. El texto en sus primeras palabras , *sed et si proponas*, parece indicar que esto podía hacerse pero que se haría en casos excepcionales, siendo lo usual que se pactase con los interesados.

Los descendientes del hijo que contrajo matrimonio estando su padre prisionero estarán bajo la potestad de su abuelo cuando éste regrese de prisión.

D. 49, 15, 12, 3 (TRYPHONINUS libro quarto disputationum)... susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito... ..

D. 49, 15, 23 (IULIANUS libro sexagensimo nono digestorum). Si quis praegnate uxore relicta in hostium potestatem pervenerit, mox natus filius eius uxore ducta filium vel filiam procreavit ac tunc postliminio avus

reversus fuerit: omnia iura nepotis nomine perinde capiet, ac si filius natus in civitate fuisset.

Encontramos en las fuentes un supuesto excepcional, por el que se otorga a la hija del prisionero la posibilidad de actuar en litigio para reclamar la dote en caso de divorcio:

D. 24, 3, 22, 11 (ULPIANUS libro trigesimo tertio ad edictum). Idem decernendum est et si ab hostibus captus sit pater, puellae dandam actionem de dote repetenda.

Es una excepción que en opinión de los autores deriva de la oportunidad práctica y de la equidad ¹⁷⁹. En cualquier caso no deja de sorprender que la excepción pasa por encima de requisitos formales tales como la necesidad de un tutor que represente a la hija en el juicio dada su condición de mujer.

¹⁷⁹ SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare en giudizio* en *BIDR* (1897 - 1898) p. 160; RATTI *op. cit.* p. 124

II.c. CONCLUSIONES:

1- Con la prisión de guerra el *pater familias* pierde su condición de tal, por tanto los hijos dejan de estar bajo su potestad, pero cabría calificar tal situación de suspensiva, pues en virtud del derecho de postliminio el padre recuperaría su derecho y además con efecto retroactivo.

En Derecho justiniano, el padre sigue teniendo la *patria potestas* durante la prisión, aunque dicha *patria potestas* se extinguiría con efecto retroactivo si el padre muere *apud hostes*.

2- La situación jurídica del hijo es incierta; si el padre regresa se considerará que siempre estuvo bajo su potestad, si por el contrario „muere *apud hostes* se le considerará *sui iuris* desde el mismo momento en que su padre cayó prisionero.

3- Durante este tiempo hay negocios que el hijo puede realizar y que estarán sometidos a la condición de que finalice tal situación de incertidumbre, por ejemplo: adquisiciones, contraer un mutuo. Habrá otro tipo de actos

jurídicos que no pueda realizar dada su situación incierta, por ejemplo: hacer testamento, o aceptar una herencia.

Excepcionalmente se le permite realizar determinados actos, siempre en estos casos priman razones de equidad y de interés público como contraer matrimonio, o a la hija del prisionero en concreto, se le da acción para reclamar la dote.

“

III- EFECTOS DE LA PRISION SOBRE LAS SITUACIONES POSESORIAS DEL PRISIONERO. BIENES POSEIDOS POR EL PRISIONERO POR MEDIACION DE SUS SOMETIDOS. POSESION INICIADA DURANTE LA PRISION POR SUS SOMETIDOS.

Como hemos puesto de manifiesto, en relación a la posesión y a la prisión de guerra, debemos distinguir tres puntos.

En un primer momento atenderemos a la posesión que sobre unos determinados bienes venía realizando el prisionero; en este caso la prisión tiene unos efectos específicos no tanto por la extinción que la prisión provoca en tal situación, puesto que en esto seguiría la suerte de los otros derechos del prisionero, sino por su no recuperación *iure postliminii* y es que en ningún caso se reconocería que ésta estuviera sometida a un efecto suspensivo.

En un segundo momento entraremos a considerar la posesión que a favor del prisionero estuvieran realizando sus sometidos, esclavos e hijos, y como esta posesión *ex re*

peculiari sí admite su sometimiento a una condición suspensiva.

Finalmente estudiaremos la posibilidad de que los sometidos iniciaran durante la prisión la posesión de bienes a favor del prisionero.

III.a- Bienes poseidos por el prisionero.

Respecto al primer punto, diremos que la posesión se extingue con la prisión dada la *capitis deminutio* que sufre el prisionero ¹⁸⁰, en esto no creemos que la posesión merezca una consideración diferente a la suerte que corren los demás derechos del prisionero.

Ahora bien, esta posesión no se recuperará *iure postliminii*, o dicho de otro modo, no estará sometida durante el tiempo que dure la prisión a un efecto suspensivo como ocurre con otros derechos y es aquí donde debemos atender a la especial naturaleza de la posesión para explicar esto ¹⁸¹.

¹⁸⁰ En esto seguimos a RATTI, *Studi sulla captivitas* (Napoli 1980) p. 3. El resto de la doctrina fundamenta tal extinción en la especial situación de hecho en que consiste la posesión.

¹⁸¹ La doctrina mayoritaria invierte el razonamiento y afirma que la posesión se extingue en atención a su especial naturaleza

La posesión es una situación de hecho que precisa de dos requisitos para su existencia, a saber: *possessio corpore* y *animus possidendi*.

El significado y alcance de ambos términos ha sido profusamente discutido por la doctrina ¹⁸², diremos brevemente que la posesión exige tenencia material del objeto, no necesariamente un contacto corporal directo, pero si una disponibilidad sobre el objeto que excluya la disponibilidad por otros. El concepto de la *possessio corpore* se va espiritualizando a lo largo de la historia del Derecho romano hasta llegar a admitir la *possessio corpore* a través de terceros.

El segundo requisito exigido para hablar de posesión, el *animus possidendi*, podría definirse como la voluntad de tener la cosa como propia.

La posesión como mera situación de hecho existirá mientras subsistan los dos elementos que la componen,

como situación de hecho. ACCARIAS, *Précis de droit romain* (Paris 1886) vol. 1 p. 109; BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano* (Torino 1946) p. 364 ss; AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950) p. 141; SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971) p. 74.

¹⁸² En este sentido ver SAVIGNY, *Traité de la possession en Droit Romain* (Paris 1866); CORNIL, *Traité de la possession en Droit Romain* (Paris 1905); ALBERTARIO, *Corso di Diritto Romano; Possessio e quasi possessio* (Milano 1943) p. 1 ss; BONFANTE, *op. cit.* p. 362 ss.

cuando realmente se ejercite y es por esto que no admite estar sometida a efectos suspensivos ¹⁸³. Esta es la razón por la que el prisionero no podrá recuperar la posesión de los bienes que estaba poseyendo en el momento de caer en cautiverio, y deberá en todo caso iniciar de nuevo la posesión de estos al regreso de prisión siendo ésta una nueva posesión.

Una gran parte de la doctrina ve un cierto paralelismo entre posesión y matrimonio, a nuestro modo de ver esto no es exacto. Es cierto que ambas instituciones no son recuperadas por el prisionero *iure postliminii* pero las causas de esta no recuperación son distintas, como ya vimos; el matrimonio exige una voluntad continua que el prisionero como *servus* que es no puede mantener. En la posesión no es la incapacidad del prisionero lo que determina su no recuperación *iure postliminii*, puesto que siendo la posesión una mera situación de hecho la capacidad jurídica y de obrar exigida no estaría sometida a los rigurosos requisitos exigidos por la ley sino que bastaría con una voluntad suficiente ¹⁸⁴.

“

¹⁸³ SOHM, *Institutionem des romischen Rechts* (Leipzig 1908) p. 209.

¹⁸⁴ BONFANTE *op. cit.* p. 363, señala como fue discutido por los juristas si el pupilo podía adquirir la posesión sin la *auctoritas* del tutor, y como según Ofilio y Nerva hijo dicen que sí pues la posesión no es un derecho sino un hecho.

Lo dicho acerca de la pérdida de la posesión por el prisionero y su no recuperación *iure postliminii*, lo encontramos claramente expuesto en las fuentes.

D. 41, 2, 23, 1 (IAVOLENUS libro primo epistularum). In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendi iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.

En el libro 41 título 2 sobre la adquisición y pérdida de la posesión y exáctamente en el fragmento 23 párrafo 1 se trata el tema de la posesión del cautivo; en el primer párrafo nos habla el texto de un derecho singular que tienen los prisioneros de guerra para retener sus derechos durante la prisión en clara alusión al postliminio; pasa inmediatamente el texto a establecer una excepción a tal derecho: la posesión.

Nos dice que el prisionero pierde la posesión por dos motivos: pierde la tenencia material, y pierde la capacidad para poseer, pues el mismo está en posesión de otro. Así, sigue el texto, al volver a Roma tienen que iniciar

de nuevo la posesión, aunque el objeto no haya sido poseído por otro.

El texto de Javoleno presenta visos de haber sufrido alteraciones en su forma originaria ¹⁸⁵, lo primero que llama la atención en este sentido es el uso del verbo *retinere*, cuando en el resto de los textos para hablar del efecto del postliminio sobre los derechos del prisionero, se dice que éste hace recuperar los derechos al prisionero; es decir, se habla de *recipere*. También cabe poner de relieve algunos indicios formales de alteración antes de pasar a ocuparnos de la parte del texto que se refiere a la posesión ¹⁸⁶.

Efectivamente en el segundo párrafo se nos plantea el caso de la posesión a modo de excepción al *in retinendo*

¹⁸⁵ Sobre las distintas tesis a cerca de las posibles alteraciones sufridas por el texto ver: ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur* en *BIDR* (1921) 84; BESELER, *Postliminium und Cornelia* en *ZSS* (1925) 205; AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema de postliminio* en *SDHI* (1939) 202; GUARINO, *Sul ius singulare postliminii* en *ZSS* (1941) 58 ss; RATTI, *op. cit.* p. 3.

¹⁸⁶ Entre los indicios formales, señalados unánimemente por la doctrina y que hacen referencia a la escasez de elegancia formal del texto señalar la reiteración abusiva de la preposición *in*, y la localización del adverbio *tamen* al principio de la frase si eliminamos la partícula *corporaliter*, y en tal elipsis está de acuerdo la doctrina, pues al resaltar que la posesión se pierde *corporaliter*, se está limitando la auténtica razón de por qué el prisionero pierde la posesión, haciendo hincapié en el elemento material de la posesión, como si pudiera está conservarse durante la prisión *solo animo*, cosa inaceptable en Derecho clásico.

iura rerum suarum , como si ésta de un derecho más se tratara, cuando hemos puesto de manifiesto, y ahí su diferencia respecto al postliminio con los derechos, es una situación de hecho. Así observando la ilógica relación entre el primer y segundo fragmento, concluimos con GUARINO¹⁸⁷, que el texto original de Javoleno debía ser del siguiente modo:

(*In his,) qui in hostium potestatem pervenerunt (, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen) possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit.*

Así el prisionero de guerra pierde la posesión, pues él mismo se halla en posesión de otros, es decir, no es ciudadano dada la *capitis deminutio* sufrida como consecuencia de la prisión, por lo que al regresar iniciará una nueva posesión.

D. 4, 6, 23, 1 y 2 (ULPIANUS libro duodecimo ad edictum). Is autem, qui

¹⁸⁷ GUARINO *op. cit.* p 71.

*apud hostes est, nihil per usum sibi
acquirere potest nec coeptam
possessionem poterit implere, dum est
apud hostes: hoc amplius nec postliminio
reversus reciperabit per usum domini
acquisitionem. (2) Item ei, qui per
captivitatem fundi possessionem vel usus
fructus quasi possessionem amisit,
succurrendum esse Papinianus ait, et
fructus quoque medio tempore ab alio ex
usu fructu perceptos debere captivo
restitui aequum putat.*

El texto del libro 4 título 6 sobre las causas de restitución total para mayores de veinte y cinco años, trata en los párrafos que sometemos a estudio acerca de la usucapión iniciada por aquel que luego cayó en poder enemigo; llama la atención al leer ambos párrafos la oposición de ideas existente entre ambos, pues en el párrafo 1, se nos dice que el que está en poder de los enemigos nada puede adquirir por usucapión, ni puede completar la usucapión comenzada mientras está en poder del enemigo, ni podrá recuperar por la posesión la adquisición de la propiedad; en otros términos, no puede iniciar la posesión de un objeto durante el cautiverio, ni seguir la usucapión iniciada antes del cautiverio, ni a su regreso adquirir la propiedad por usucapión computándose para ello el tiempo que estuvo en prisión. Luego es claro, según el texto, que la prisión de guerra extingue la posesión

que tuviera el cautivo, le incapacita para seguir o iniciar una nueva posesión y que dicha posesión no la recupera *iure postliminii* .

En el párrafo 2, se nos dice que Papiniano es de la opinión de dar acción al prisionero que regresa para que recupere la posesión que perdió.

Concluimos con ALBERTARIO ¹⁸⁸ que el párrafo 2 y sus divergencias con el 1 es obra de los compiladores; la razón es obvia, es impensable que Papiniano y Ulpiano, que cita al primero, digan que la *possessio fundi* o la *quasi possessio usus fructus* deba restituirse al regreso de prisión, si como hemos visto las fuentes clásicas y el mismo Papiniano en D. 4, 6, 19 reiteran lo contrario.

Como indicio más claro de interpolación no hay más que señalar el uso en el párrafo 2 de términos como *vel usus fructus quasi possessionem* , siendo la *quasi possessio* un término acuñado por juristas tardíos y que los compiladores justinianos utilizan para referirse al ejercicio de un derecho ¹⁸⁹.

Para ALBERTARIO la redacción originaria quedaría del siguiente modo:

¹⁸⁸ ALBERTARIO, *Postliminio e possesso* en *SDHI* (1940) 384 ss.

¹⁸⁹ VALIÑO, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Valencia 1992) p. 149.

Item ei, qui per captivitatem < usum fructum > amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio ex usu fructu perceptos debere captivo retitui aequum putat.

D. 4, 6, 19 (PAPINIANUS libro tertio quaestionum). Denique si emptor, priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio.

En el fragmento 19, Papiniano plantea el supuesto de hecho de un comprador que antes de llegar a adquirir la propiedad del objeto comprado, por usucapión, es hecho prisionero; nos dice Papiniano que en este caso la usucapión queda interrumpida por la prisión de guerra, pues la usucapión no se realiza sin la posesión y a la posesión como situación de hecho no se le aplica el derecho de postliminio.

En este caso las enseñanzas de Papiniano están claras, y reiteran lo dicho por el resto de la jurisprudencia clásica. Ahora bien, lo dicho aquí por Papiniano se contrapone totalmente a lo que Ulpiano pone en boca de

Papiniano en D. 4, 6, 23, 2, texto que como hemos visto antes fue objeto de alteraciones por los compiladores. Una pregunta se hace necesaria, si como sabemos los compiladores por mandato expreso de Justiniano debían evitar contradicciones en la elaboración del Digesto, cómo es posible que nos encontremos con una contradicción tan evidente en dos textos que pertenecen al mismo autor y están dentro del mismo título, la única explicación aceptable es la dada por ALBERTARIO al respecto ¹⁹⁰, de acuerdo con la teoría de las masas de BLUHME, ambos textos, al pertenecer a masas distintas, D. 4, 6, 23, 2 pertenece a la masa edictal, mientras D. 4, 6, 19 a la papiniana, fueron vistos en su momento por compiladores diversos. Y en el caso de D. 4, 6, 23, 2 los compiladores adaptaron el texto a la nueva concepción que en Derecho justiniano tiene la institución.

D. 50, 17, 118 (ULPIANUS libro duodecimo ad edictum). Qui in servitute est, usucapere non potest: nam cum possideatur, possidere non videtur.

El texto contendría la *regula* al caso: el prisionero no puede completar los plazos de usucapión durante la

¹⁹⁰ ALBERTARIO *op. cit* p. 386.

prisión, pues ha dejado de poseer a causa de ésta. La razón de la interrupción de la posesión, coincide con la dada por Javoleno en D. 41, 2, 23, 1, nada puede poseer por hallarse él mismo en posesión de otros.

III.b- Posesión por medio de los sometidos.

Debemos plantearnos ahora las cuestiones que interesan al tema objeto de nuestro estudio, siendo la primera relativa a la suerte que corre la posesión de bienes que los hijos estuvieran ejercitando *ex re peculiarii* a favor de su padre y la segunda, si durante la prisión del padre los hijos empiezan a poseer un bien, qué suerte correrá esta nueva posesión

En cualquier caso el hijo no puede poseer durante el tiempo de prisión en nombre propio, pues como ya vimos no se ha convertido en *sui iuris* con la prisión de su padre y por tanto no siendo *sui iuris* no tiene capacidad para poseer ¹⁹¹. Una última matización antes de entrar en materia, es que pese a la exigencia del *animus possidendi* y la *possessio corpore* como requisitos esenciales para hablar de posesión, ésta sufre no obstante una excepción en el caso de la adquisición *ex peculii causa*, puesto que la posesión

¹⁹¹ RATTI *op cit.* p. 109

adquirida por el hijo con la gestión de su peculio es adquirida inmediatamente por el padre, al igual que ocurre con las adquisiciones que el hijo pudiera realizar; esto es así, porque el padre con la concesión del peculio manifiesta ya una voluntad general de adquirir.

Hechas estas dos precisiones, nos planteamos la siguiente cuestión, seguirá el hijo del prisionero poseyendo *ex re peculiari* a favor de su padre mientras esté éste en prisión, computándose dicha posesión a favor del padre en el supuesto de que éste regrese, o en caso contrario se computará dicha posesión a favor del propio hijo en su condición de poseedor o como heredero si la posesión la tenía un esclavo.

Vayamos a las fuentes.

D. 49, 15, 12, 2 (TRYPHONINUS libri quarto disputationum). Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est eum possideredesisse. eorum vero, quae per subiectas iuri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur, Iulianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse

possedisset an subiecta ei persona. sed Iuliani sententiam sequendum est.

El texto del libro 49 título 15 fragmento 12 ya ha sido sometido a nuestra consideración en las páginas precedentes; en este caso nos interesamos por su párrafo 2 que trata exáctamente el tema de la posesión realizada a favor del prisionero por mediación de sus sometidos. En el primer párrafo el texto enuncia el criterio general de la interrupción de la usucapión por cautiverio del que estaba poseyendo; pero acto seguido se establece una puntualización por boca de Juliano, el prisionero completará la usucapión de lo que poseía por medio de sus sometidos o de lo que estos adquirieron después para sus peculios, si estos siguen poseyéndolo.

Frente a la opinión de Juliano, Marcelo dice que no ha lugar a la usucapión tampoco en este caso, pues es indiferente que el prisionero posea por si mismo o por persona sometida, en cuyo caso también es de aplicación el criterio general; el texto concluye adhiriéndose a la opinión de Juliano.

Acerca de la autenticidad del texto las opiniones son muy variadas ¹⁹²; la doctrina mayoritaria admite que la

¹⁹² BECHMANN *op cit* p 96 dice que la oposición entre Juliano y Marcelo que pone de manifiesto el texto es obra de los

posesión *ex causa peculii* beneficie al padre en caso de retorno. BECHMANN ¹⁹³, habla de una situación suspensiva respecto a la posesión subjetiva del mismo y relaciona el texto con D. 49, 15, 22, 3; así si el padre regresa, la posesión se habrá realizado a favor del padre, si el padre no regresa, dado que el hijo adquiere la condición de *sui iuris* con efecto retroactivo, tendría durante éste tiempo capacidad de poseer y la posesión la habrá realizado a su favor.

SERTORIO ¹⁹⁴, interpreta de forma limitada la divergencia entre Marcelo y Juliano; para SERTORIO las palabras de Marcelo se referirían al supuesto de que el hijo o esclavo hubieran adquirido la posesión después de la prisión del padre o dueño, en este caso ni en el supuesto de que regresase o muriera en prisión tendría la posesión valor jurídico alguno, de acuerdo con las palabras de Pedio en D. 41, 3, 8, 1 (*PAULUS libro duodecimo ad edictum*) *Sed eum*,

compiladores. DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente en Studi in onore di V. Scialoja* vol. II p. 56, dice que las palabras *sed Juliani sententiam sequendum est* „ son obra de los compiladores; frente a éste SERTORIO *op. cit.* p. 80 nt. 1 no cree que fueran los compiladores quienes decidieran la controversia a favor de Juliano, aunque no niega que puedan ser obra suya dichas palabras, que añadirían expresamente en el texto lo que era ya opinión generalizada a favor de Juliano. RATTI *op. cit.* p. 111 nt. 2 está por la autenticidad.

¹⁹³ BECHMANN *op. cit.* p. 32

¹⁹⁴ SERTORIO *op. cit.* p. 78.

qui suo nomine nihil usucapere potest, ne per servum quidem posse Peditus scribit.

D. 41, 3, 44, 7 (PAPIANUS libri vicensimo tertio quaestionum). Si, cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat ? si quidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari nec impedimento domini captivitatem esse, cuius scientia non esset in civitate necessaria. si vero non ex causa peculii comparetur, usu non capi nec iure postliminii quaesitum intellegi, cum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret. sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitatis ex die quo capitur morti iungerentur, potest filium dici et possedissee sibi et usucepisse intellegi.

El texto del libro 41 título 3 sobre la usucapición y su interrupción, trata expresamente el problema de las adquisiciones posteriores al hecho mismo del cautiverio, las adquisiciones realizadas por hijos o esclavos durante el tiempo que el padre permanece en prisión, el jurista llega a la siguiente conclusión, si la cosa es poseida como cosa del peculio sí se inicia la usucapición, pues en estos casos no se requiere el conocimiento del padre aún estando éste en la ciudad.

Si lo comprado no se hubiese adquirido para el peculio no se inicia la usucapión, pues en este caso es necesario la posesión entendida ésta como *corpus y animus*. Posesión que en este caso el padre no puede tener pues no cumple ninguno de los dos elementos, aunque matiza que en este caso si el padre ha muerto en cautiverio en virtud de la ficción que establece la ley Cornelia, el hijo se consideraría *sui iuris* desde el momento en que cayó prisionero su padre y ha podido poseer y usucapir para sí.

Como vemos el texto concuerda plenamente con la tesis mantenida por Juliano en D. 49, 15, 12, 2.

Admitida la primera posibilidad que plantea el texto relativa a la continuidad de la posesión *peculiari nomine*, aunque sean cosas adquiridas durante la prisión del padre, pues esto entraría dentro del juego de la regla general de las adquisiciones automáticamente adquiridas a través del peculio de sus sometidos aún ignorándolas. En esto está de acuerdo la mayoría de la doctrina ¹⁹⁵, aunque SERTORIO pone de manifiesto que la solución dada en el texto de Papiniano responde, sobre todo al deseo de favorecer al prisionero, aunque, como hemos dicho, de acuerdo con los criterios generales. Las dudas se plantearían respecto a la segunda parte del texto, en que se admite que

¹⁹⁵ BECHMANN *op. cit.* p. 31; SERTORIO *op. cit.* p. 79 nt 1.

las adquisiciones hechas por el hijo no *ex causa peculii* favorecerían a éste en caso de muerte del padre.

Al respecto BECHMANN ¹⁹⁶ no tiene la menor duda, la situación jurídica del hijo está en suspenso, si el padre no regresa el hijo adquirirá la condición de *sui iuris* desde el inicio de la prisión, su posesión es justa desde el comienzo, pues se presupone que el hijo ha tenido el *animus rem sibi habendi*, por supuesto si el padre regresa la posesión estaría falta de toda trascendencia legal y no beneficiaría ni al padre ni al hijo.

SERTORIO ¹⁹⁷, matiza que esto sería admisible para el derecho a partir del momento en que aparece la teoría de la retroactividad a raíz de la ley Cornelia. Y esto es claro pues sólo la posibilidad de considerar al hijo *sui iuris* con efecto retroactivo permite que admitamos la validez de tal posesión *non peculiari nomine*.

Para DE FRANCISCI y ALBERTARIO la extensión de los principios admitidos para las adquisiciones *ex causa peculiari*, a las adquisiciones *extra causam peculiarem* son obra de los compiladores ¹⁹⁸. “

¹⁹⁶ BECHMANN *op. cit.* p. 32

¹⁹⁷ SERTORIO *op. cit.* p. 80

¹⁹⁸ ALBERTARIO, *Possesso e quasi possesso* (Milano 1946) p. 113 y ss; DE FRANCISCI, *Sull'acquisto del possesso per mezzo dello*

D. 4, 6, 23, 3 (ULPIANUS libro duodecimo ad edictum). Hi plane, qui fuerunt in potestate captivi, usu rem acquirere possunt ex re peculiari ...

Ulpiano dice de forma clara e indiscutible que la usucapión *ex re peculiari* es posible durante la prisión del *dominus*, pues al afirmar *qui fuerunt in potestate captivi*, excluye que el prisionero siga teniendo la *patria potestas* sobre los hijos; ésta, como ya hemos visto, está *in pendentis* y así debe entenderse que estos pueden adquirir para sí, con efecto retroactivo en caso de que el prisionero muera *apud hostes*.

En tema de posesión queda por aclarar si la posesión que durante este tiempo de prisión tienen los esclavos del cautivo beneficia a los hijos de éste, en caso de que muera *apud hostes*.

Al igual que ocurre con la posesión que los hijos tienen *peculii nomine*, el incómodo que supone admitir la posesión por medio del esclavo del cautivo, en cuanto que éste podría sustituir al patrón en la *possessio corpore* pero no en el *animus possidendi*, nos llevaría a no admitir la posesión a través del esclavo del cautivo y así se recoge en:

schiavo en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* (40) p. 1002 y ss. cit por AMIRANTE *op. cit.* p. 144 nt. 9 y 10.

D. 41, 3, 11 (PAULUS libro nono decimo ad edictum). Neque servus neque per servum dominus, qui apud hostes est possidet.

Esta postura fue superada ya por la doctrina clásica atendiendo a razones prácticas, tal y como lo demuestran los siguientes textos:

D. 49, 15, 29 (LABEO libro sexto pithanon a Paulo epitomarum). Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti. PAULUS: immo si quid servus tuus peculii nomine, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus ...

En el texto Labeón, tras enunciar la regla general de la no recuperación de la posesión por el postliminio admite una excepción en palabras de Paulo: lo que poseemos a través del peculio de nuestro esclavo, lo podemos usucapir durante la prisión, pues las cosas que posee un esclavo nuestro podemos usucapirlas aún sin saberlo.

PERNICE ¹⁹⁹, observa una muestra de la evolución de las reglas que jugaban entorno a la posesión. en la primera afirmación hecha por Labeón y la excepción que opone Paulo; Las palabras de Paulo corresponden a una concepción más evolucionada que vendría a remediar las severas consecuencias que traería consigo la aplicación de las reglas más primitivas, reglas que hemos visto enunciadas en D. 41, 3, 11.

Admitido pues, que el esclavo podría usucapir *peculiari nomine* a favor de su dueño cautivo ²⁰⁰, cabe que nos preguntemos si esa usucapión beneficiaría al hijo heredero del prisionero en caso de que éste no regresara.

D. 49, 15, 22, 3 (IULIANUS libro sexagensimo secundo digestorum). Quae peculiari nomine servi captivorum possident, in suspenso sunt: nam si domini postliminio redierint, eorum facta

¹⁹⁹ PERNICE, *Marcus Antistius Labeo* (Halle 1873) vol. I p. 401.

“

²⁰⁰ Queda claro para la doctrina que ni el hijo ni el esclavo pueden iniciar una posesión fuera de los límites del peculio. En primer lugar porque aquí no cabe hablar de voluntad inmanente del padre o dueño, que como hemos visto queda patente en el otro caso con la propia atribución del peculio. En segundo lugar porque ni el hijo ni el esclavo tienen capacidad por si mismos para iniciar una usucapión en nombre propio. El hijo, como hemos visto, se mantiene en una condición incierta, no es *sui iuris* . El esclavo dada su condición servil carece de toda capacidad.

*intelleguntur, si ibi decesserint, per legem
Corneliam ad heredes eorum pertinebunt.*

El texto nos dice que aquello que poseen en su peculio los esclavos de los dueños cautivos se halla en suspenso; así si el dueño regresa del cautiverio pertenecerá a éste, si por el contrario muere pertenecerá por la ley Cornelia a sus herederos.

Para BECHMANN y BESELER, el texto está interpolado ²⁰¹. BESELER, hace la siguiente reconstrucción del texto:

*Quae (peculiari nomine) servi captivorum <
mancipio accipiunt > (possident), in suspenso sunt: nam si
domini < ab hostibus > (postliminio) redierint, eorum < fient
> (facta intelleguntur), si ibi decesserint, per legem
Corneliam ad heredes eorum pertinebunt. ²⁰²*

“

²⁰¹ BECHMANN *op. cit.* p. 98; BESELER, *Postliminium und Cornelia* en ZSS (1925) 210.

²⁰² AMIRANTE *op. cit.* p. 145 nt. 14; RATTI *op. cit.* p. 110 nt. 1, califican de arbitraria dicha reconstrucción.

SCADUTO ²⁰³, no hace ninguna observación al texto en este sentido y admite su contenido sin discusión; WOLFF ²⁰⁴, por su parte observa en el texto algunos indicios formales de interpolación, pero rechaza de plano la reconstrucción de BESELER, y pese a los indicios de interpolación no duda que el texto contiene el pensamiento de Juliano.

Debemos hacer por último una observación sobre el texto respecto a la referencia que el mismo hace a la ley Cornelia, donde parece indicar que el efecto retroactivo que se reconoce a todos los efectos en caso de muerte del prisionero, tenga su origen en la ficción que la ley Cornelia estableció para el caso de los testamentos.

D. 41, 3, 15, pr (PAULUS libro quinto decimo ad Plautium). ... quod si servus eius, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem Iulianus ait: nam si dominus reversus fuerit, intellegi usucaptum: si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad successores eius pertineat. Marcellus posse plenius fictionem legis accipi. quemadmodum enim postliminio reversus plus iuris

²⁰³ SCADUTO, *Contributo esegetico alla doctrina romana dell'eredità giacente* en *Annali Palermo* (1921) 62.

²⁰⁴ WOLFF, *The Lex Cornelia de Captivis and The roman Law of succession* en *BIDR* 46 (1939) 150

habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit. nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. ideoque in successoribus locum non habere usucapionem.

En la primera parte del texto se reitera el contenido de D. 49, 15, 22, 3 respecto a la usucapión por medio del esclavo del prisionero. En la segunda parte del texto se plantea el caso de si la posesión iniciada por el prisionero antes de la prisión pasaría a sus herederos si éste muere *apud hostes*, y aquí se recogen las opiniones de dos juristas; Marcelo dice que del mismo modo que se admite que el cautivo que regresa pueda haber mejorado sus derechos por la gestión de los esclavos, su herencia en caso de que muera en prisión se equipara en virtud de la ley Cornelia a cualquier otra herencia y así se puede completar la usucapión iniciada por el difunto. Frente a esta opinión Juliano sostiene que la usucapión a excepción de los bienes del peculio, siempre queda interrumpida por el cautiverio y por tanto no tiene lugar la usucapión a favor de sus herederos; a ésta última se adhiere el autor del texto.

Que ésta no es la forma originaria del texto de Paulo es algo fuera de toda duda, no hay más que ver las

numerosas reconstrucciones que se han hecho del texto ²⁰⁵. Contrariamente a la opinión mantenida por la mayoría de la doctrina, BECHMANN ²⁰⁶, da por auténtico el fragmento y reconstruye, como veremos, otros textos de acuerdo con éste; sostiene que las palabras *plenius fictionem legis accipi*, deben ser entendidas en el sentido que para Marcelo, la posesión de los esclavos debía pasar a los herederos y que el fragmento interpolado sería D. 49, 15, 12, 2, donde según BECHMANN serían los compiladores quienes crearon la disputa entre Marcelo y Juliano sobre los temas de usucapión y postliminio.

Numerosas y variadas son las distintas interpretaciones en un sentido más o menos amplio que la doctrina ha dado a las palabras de Marcelo ²⁰⁷.

²⁰⁵ Ver *Index Interpolationum*, en particular DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente* en *Studi in onore di Scialoja* vol. II 56 - 59, donde se recogen las distintas reconstrucciones que la doctrina ha hecho del texto.

²⁰⁶ BECHMANN *op. cit.* p. 94 y ss.

²⁰⁷ BECHMANN *op. cit.* p. 98; SCADUTO, *op. cit.* p. 65; RATTI *op. cit.* p. 111 nt 2. SCADUTO va más allá que el resto de la doctrina en la crítica al texto y termina por afirmar que dada la peligrosidad que puede llevar el sacar conclusiones decisivas de un texto tan confuso, es preferible no tomarlo en consideración y extraer las conclusiones de los otros textos tales como D. 49, 15, 29 o D. 41, 3, 11 los cuales niegan la posibilidad de una usucapión a favor del prisionero cuando ésta se ha iniciado durante la prisión, por tanto debe concluirse tanto si se trata de una usucapión iniciada personalmente por el

La interpretación más convincente del texto la encontramos en AMIRANTE ²⁰⁸; para este autor Juliano distingue entre las adquisiciones realizadas por el siervo *ex re peculiari* y aquellas realizadas *extra rem peculiarem*. Las primeras considera que debe entenderse que continúan durante la prisión y revertirán en favor del prisionero si regresa o en favor de sus herederos si muere *apud hostes*. En lo que respecta a las segundas no ha lugar a la usucapión a raíz de la prisión y por tanto no revertirán ni a favor del prisionero, ni a favor de sus herederos. Marcelo, en cambio, es partidario de interpretar de forma más amplia la ficción de la ley Cornelia a fin de salvar la usucapión en favor de los herederos y al igual que hace Papiniano en D. 41, 3, 44, 7, como hemos visto, para salvar la usucapión iniciada por el hijo durante la prisión del padre, Marcelo retrotrae también en materia de usucapión la muerte del prisionero al momento inicial de la prisión, salvando así el obstáculo que suponía la interrupción de la usucapión por parte del prisionero y que impedía que se beneficiara de tales el heredero.

“

prisionero que muere *apud hostes*, como la usucapión iniciada por el esclavo *peculiari nomine* una vez que el prisionero ha muerto, falta durante este tiempo un sujeto que posee y por tanto no ha lugar a la usucapión. Independientemente de considerar la tesis de SCADUTO acertada o no, considero que de D. 41, 3, 11 como de D. 49, 15, 29 no puede extraerse esa conclusión.

²⁰⁸ AMIRANTE *op. cit.* p. 147.

Quizá la opinión de Juliano es jurídicamente más rigurosa, pero es evidente que la de Marcelo se encuadra dentro de la línea de evolución que como hemos visto tiende en todo momento a mitigar las graves consecuencias que se extraían de la aplicación rigurosa de los principios en materia de prisión de guerra.

En cuanto al posible cambio que los principios clásicos sufren en relación a los efectos del cautiverio de guerra en la posesión de los bienes en Derecho justiniano, sostiene la doctrina en su mayoría ²⁰⁹ la tesis de que también en Derecho justiniano el prisionero pierde la posesión y no la recupera *iure postliminio* ; estos autores fundamentan su tesis sobre los datos de las fuentes, destacando como los compiladores afirman una y otra vez en el Digesto que el prisionero pierde la posesión y no la recupera *iure postliminii* .

RATTI ²¹⁰ mantiene la tesis contraria, el prisionero, no sufre una *capitis deminutio* en Derecho justiniano y por tanto pierde la posesión *corporaliter* , conservándola *solo animo* , fundamenta su postura en dos textos: D. 41, 2, 23, 1 que como hemos visto fue objeto de un profundo estudio crítico por GUARINO, que concluyó que este *corporaliter* es obra de los glosadores y no de los compiladores justinianos.

²⁰⁹ AMIRANTE *op. cit.* p. 187; GUARINO *op. cit.* p. 58 y ss.

²¹⁰ RATTI *op. cit.* p. 5

También en el siguiente texto de las Instituciones:

Inst. 4, 6, 5.: Rursus ex diverso si quis, cum rei publicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius qui in civitate esset usu ceperit, permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id suam esse rem. quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accomodat sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet. ²¹¹.

“

²¹¹ SAVIGNY, *Sistema VII* p. 233, el texto se referiría sólo a la usucapión realizada por el hijo o el esclavo. RATTI mantiene que se refiere a la usucapión por el prisionero. BUIGUES, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho Romano* (Valencia 1992) p. 85 sostiene que el texto sería un fragmento introducido por los compiladores y esto tendría sentido en si mismo al ser posible en época justiniana la posesión únicamente con el *animus* .

Para RATTI, el texto genuíno debía referirse al ausente, y los compiladores lo extendieron al caso del cautiverio de guerra *vel in hostium potestate esset* ²¹².

ROTONDI ²¹³, sostiene que, aunque los compiladores no se atrevieron a proclamar abiertamente éste principio, sólo encontramos en el Digesto un texto que mantiene tal principio, D. 41, 2, 23, 1, pero que sí lo hicieron los bizantinos y prueba de ello es el texto:

Bass. 50, 2, 22, 1 (Ed. Scheltema A VI p. 2336). Οί αἰχμαλωτισθεντες νομίμως, ἀλλ οὐχὶ σωματικῶς τὰ οἰκεῖα νέμονται, εἰ καὶ ὑποστρέψαντες δέονται καινῆς κατοχῆς

"Los que estuvieron en cautividad, aunque poseen de acuerdo con ley, sus bienes, sin embargo no los poseen materialmente y precisan de una nueva posesión al regresar."

El jurista dice que al regreso el cautivo necesita tomar material posesión de la cosa otra vez (κατοχῆ) pero la posesión no ha cesado durante este tiempo (νομίμως). concluyendo que no se trata más que de extender el

²¹² Ver crítica al texto RATTI *op. cit* p 5 nt. 1

²¹³ ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur en Studii varii di Diritto romano e attuale a cura de Pietro de Francisci* (s. f.) p. 184.

régimen de la ausencia a la prisión de guerra, tal y como ocurrió también en tema de matrimonio.

Frente a las opiniones de RATTI, el propio ROTONDI dice que los compiladores tuvieron reticencia a proclamar tal principio, basta observar que en el Digesto los compiladores repiten constantemente que el prisionero pierde la posesión de los bienes y no la recupera *iure postliminii*, porqué iban a repetirlo con tal insistencia si éste no fuera el principio admitido en su derecho.

Respecto a la posesión tenida *peculiariter* por hijos y esclavos los argumentos se repiten por ambas partes; RATTI ²¹⁴, mantiene que la solución sería idéntica a la dada en Derecho clásico si bien en este caso no haría falta recurrir a la ficción para las adquisiciones mantenidas o iniciadas por hijos y esclavos.

Es cierto que en Derecho justiniano, al admitir que el cautivo no sufre una *capitis deminutio* su régimen jurídico varía en cuanto a sus derechos y al matrimonio tal y como se ha visto, pero en el caso de la posesión el caso es diferente y la razón hay que buscarla en la naturaleza misma de la posesión como situación de hecho, que no admite estar sometida a condiciones suspensivas, el prisionero no pierde su capacidad jurídica pero sí la

²¹⁴ RATTI *op. cit.* p. 13 nt 2

posibilidad de mantener los elementos de hecho en que consiste la posesión.

“

III.c. CONCLUSIONES.

1- El prisionero pierde la posesión dada la *capitis deminutio* que sufre, y no la recupera *iure postliminii* dada la naturaleza esencial de la posesión como situación de hecho que necesita de la existencia de sus elementos constitutivos para subsistir: *possessio corpore* y *animus possidendi*.

2- Los sometidos al prisionero, hijos o esclavos, pueden mantener e iniciar la posesión a favor del prisionero a través de su peculio. Esto se admitió paulatinamente por la doctrina por razones prácticas, para favorecer la situación del prisionero. Así se entendió que a través del peculio el prisionero mantenía la *possessio corpore* y el *animus possidendi*.

3- Si el prisionero muere *apud hostes*, la posesión mantenida o iniciada por el hijo o esclavo a través de su peculio beneficiaría al heredero, en virtud del efecto retroactivo al que da entrada la ficción de la ley Cornelia.

4- El hijo o esclavo no pueden iniciar una usucapión al margen del peculio, pues aquí no cabría admitir la voluntad inmanente del padre o dueño

Esta posesión no tendría ningún tipo de validez efectiva pues el hijo y el esclavo del que está en prisión no tienen capacidad; el hijo dada la incertidumbre acerca de su condición jurídica, pues como hemos visto no es *sui iuris*, el esclavo por su situación servil no tiene ninguna capacidad.

5- En Derecho justiniano, dada la especial naturaleza de la posesión y la imposibilidad de mantener durante la prisión los elementos de hecho que la conforman diremos que su situación no varía respecto al derecho clásico.

”

IV-EFECTOS DE LA PRISION DE GUERRA SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL PRISIONERO Y RESPONSABILIDAD DE LOS HIJOS.

Interesa al tratar este punto distinguir entre las obligaciones que el prisionero hubiera contraído antes de caer prisionero, y las obligaciones que pueden surgir durante el tiempo que éste permanece en prisión.

En relación a las primeras, distinguimos aquellas obligaciones transmisibles a los herederos de aquellas intransmisibles; en otras palabras, las obligaciones que nacen de los contratos y aquellas que nacen de los delitos.

Las obligaciones que nacen de delito, en ningún caso serían transmisibles al heredero a raíz de la muerte del obligado en prisión, y por tanto en ningún caso los hijos del prisionero quedarían obligados por éstas; de las que únicamente responderá el prisionero si regresa a la ciudad.

El destino que corren este tipo de obligaciones, cuando su titular se halla en prisión, lo encontramos atestiguado en

*D. 47, 2, 41, 3 (Ulpianus libro
quadragensimo primo ad Sabinum). Si*

*quis post noxam admissam hostium servus fuerit factus, videndum est, an extinguatur actio. Et Pomponius scripsit extingui actionem, et si fuerit reversus postliminio vel quo alio iure, renasci eam actionem debere: et ita utimur.*²¹⁵

En el texto del libro mencionado relativo a los hurtos se plantea Ulpiano el problema de qué ocurre con la acción de hurto que se pudiera tener contra aquel que en un momento dado cae prisionero del enemigo, afirmando el jurista que en esta situación la acción se extingue; fundamenta su afirmación en las palabras autorizadas de Pomponio para quien la acción se extingue salvo si el prisionero regresara por derecho de postliminio pues en este caso debe renacer la acción. Parece, en opinión de SOLAZZI²¹⁶, que atendiendo al texto, en las obligaciones nacidas de delitos no cabe la suspensión, Pomponio hablaba de extinción y esto mismo recogió Ulpiano en el texto; la razón hay que buscarla en la intrasmisibilidad de las obligaciones *ex delicto*

²¹⁵ Para la crítica interpolacionística al texto ver: GUARNERI-CITATI, en *Annali Palermo* (14) p. 337 nt 2 cit. por AMIRANTE *op. cit.* p. 88; SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii* en *Scritti di Diritto romano IV* (Napoli 1963) p. 583. Frente a GUARNERI-CITATI que considera que el final del texto está interpolado, SOLAZZI y el mismo AMIRANTE, aunque ven trazos de interpolación entienden que el texto recoge el pensamiento clásico.

²¹⁶ SOLAZZI *op. cit.* p. 581 y ss.

a los herederos, y por tanto éstas no tienen garantizada la continuidad ya sea teniendo como titular al prisionero o a su heredero, sino que dichas obligaciones quedan entre la extinción en caso de muerte del prisionero o su continuidad si vuelve. AMIRANTE ²¹⁷, opta por explicar la extinción partiendo de la idea de sucesión; hay suspensión cuando hablar de extinción provoca automáticamente abrir la sucesión al prisionero. Apoya su idea comparando las obligaciones *ex delicto* y la *patria potestas*, ésta última pese a no ser transmisible entra en una situación de suspensión, pues afirmar la extinción supondría abrir la sucesión al cautivo. Por esa misma razón sí hay suspensión en las obligaciones *ex contractu*.

En relación a estas últimas, RATTI ²¹⁸, por el contrario entiende que sufriendo el titular de la obligación una *capitis deminutio*, la obligación se extingue pues faltando el deudor, según el Derecho clásico (D. 36, 3, 5), la deuda se extingue; SOLAZZI ²¹⁹, rebate absolutamente la tesis de RATTI y mantiene que las obligaciones *ex contractu* no se extinguen con la prisión sino que quedan suspendidas siguiendo el criterio general de la suspensión de los derechos y su recuperación *iure postliminii* por el prisionero en caso

²¹⁷ AMIRANTE *op. cit.* p. 91

²¹⁸ RATTI *op. cit.* p. 139

²¹⁹ SOLAZZI *op. cit.* p.581 y ss.

de retorno, o en este caso los herederos se subrogarían en su posición, dice AMIRANTE ²²⁰, que esto es así en este caso pues habría sucesión al cautivo. Si atendemos a las fuentes ²²¹ los textos que hacen referencia a la no extinción de las obligaciones no lo afirman tajantemente, así en

D. 36, 3, 5, pr. (PAPINIANUS libro vicensimo octavo quaestionum). Postquam heres ab hostibus captus est, condicio legati, cuius nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit: fideiussores interim teneri negavi, quia neque ius neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigi possint.

En el libro 36, en el título 3 sobre cauciones en garantía de legados y fideicomisos, plantea Papiniano en el fragmento 5 el supuesto de hecho de un legado condicional garantizado con fiadores cuya condición se ha cumplido estando el heredero en cautiverio enemigo, el jurista se pregunta si responden en este caso los fiadores en nombre del heredero prisionero y concluye que no, pues no hay derecho ni persona a quien poder dirigirse. En el texto no se dice en ningún momento que la obligación se extinga,

²²⁰ AMIRANTE, *op. cit.* p. 91.

²²¹ D. 13,5,11,pr; D. 15,2,2,1; D. 3,5,19; D. 42,4,6,2; D. 3,5,11,pr.

simplemente nos dice que de momento no puede exigirse, pero esto no supone extinción, antes bien suspensión.

Por lo que respecta a las obligaciones que nacen durante el cautiverio, encontramos que estas pueden surgir bien a raíz de la gestión que realice el *curator* nombrado para administrar los bienes del prisionero, bien a raíz de actos realizados por las personas sometidas. De estas últimas presentan especial interés las estipulaciones realizadas por hijos o esclavos durante el cautiverio del padre, las fuentes son contradictorias en este tema.

D. 45, 1, 11 (PAULUS libro secundo ad Sabinum). Filius dum in civitate est si stipuletur, patri reverso ab hostibus videtur adquisisse.

Según el presente texto del título relativo a obligaciones verbales, las estipulaciones contraídas por el hijo durante la prisión del padre favorecen a éste cuando regrese, no dice nada el texto de lo que ocurriría si el padre muere en cautiverio con respecto a esta estipulación. A esta cuestión parece responder,

D. 45, 3, 18, 2 (PAPINIANUS libro vicensimo septimo quaestionum). Servus capto domino ab hostibus domino dari

stipulatus est. quamvis quae simpliciter stipulatur vel ab alio accipit, etiam ad heredem captivi pertinent aliudque sit iuris in persona filii, quia nec tunc fuit in potestate, cum stipularetur, nec postea deprehenditur (ut servus) in hereditate, quomodo si servus hereditarius defuncto aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset. sed in hac specie servus filio exaequabitur: nam et si filius captivi patri suo stipulatus fuerit dari, res in pendentia erit et si pater apud hostes decesserit, nullius momenti videbitur fuisse stipulatio, quoniam alii, non sibi stipulatus est.

En el texto perteneciente al título 3 sobre las estipulaciones realizadas por los esclavos, se equiparan las estipulaciones hechas por el esclavo a favor de sus dueños con las realizadas por sus hijos *patri suo* y responde el jurista que ambas son válidas si el dueño regresa, si no regresa son nulas.

D. 49, 15, 22, 2 (IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum). Quod si filius eius, "qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi acquisitum intellegitur, et si vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendentia est, et reverso quidem patre existimatur numquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater

familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.

El texto afirma que lo que adquiere o estipula un hijo lo adquiere para sí si su padre no regresa de la prisión; si el hijo muere antes que su padre prisionero y después muere su padre en prisión, lo adquirido o estipulado por el primero favorece al heredero del padre.

D. 46, 4, 11, 3 (PAULUS libro duodecimo ad Sabinum). Sed et si dominus apud hostes sit, dicendum est iure postliminii confirmari acceptilationem: nam et stipulari ei, qui apud hostes est, servus potest.

El texto en sede de aceptilaciones admite sin ningún tipo de duda la validez de las aceptilaciones hechas por el esclavo a favor de su dueño que está cautivo, sin condicionarlas como los textos anteriores al regreso.

Sabemos que es inválida toda estipulación hecha a favor de persona distinta del estipulante, salvo las realizadas por personas que se encuentran bajo la *patria potestas* del estipulante; si relacionamos este principio con las vicisitudes que corre la *patria potestas* del padre prisionero encontramos la clave para interpretar los textos. En D. 45, 1, 11 Paulo admite la validez de las estipulaciones contraídas por el hijo durante la prisión del padre, pero parece

condicionar tal validez al regreso del padre, pues en este caso se considera que el hijo jamás salió de la potestad de su padre. A la misma conclusión llega el texto de Papiniano D. 45, 3, 18, 2, en este caso Papiniano dice claramente que si el padre no regresa la estipulación no es válida, pues el hijo no estaba bajo la *patria potestad* del padre cuando estipuló, puesto que con la muerte del padre adquiriría la condición de *sui iuris* con efecto retroactivo.

El contenido de ambos textos responde a las rígidas reglas sobre validez de estipulaciones y a los principios en materia de prisión de guerra. Sin embargo albergo dudas acerca de la clasicidad del contenido de D. 49, 15, 22, 2, por equiparar las adquisiciones, cualquiera que sea su causa, realizadas por el hijo a las adquisiciones realizadas por estipulación, cuando los principios que rigen en materia de adquisiciones variarían según fuese la causa de estas, siendo estos muy rígidos cuando se trata de adquisiciones realizadas con forma estipulatoria; y en segundo lugar por admitirse en el texto la validez de las estipulaciones cuando el padre no regrese.

“

Cuestión distinta se plantea en D. 46, 4, 11, 3, en este supuesto no puede condicionarse la validez de la aceptilación realizada por el esclavo al regreso de su dueño, pues la aceptilación no admite estar sometida a condición.²²².

²²²SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione I* (Napoli 1935)p. 251; RATTI, *op. cit.* p. 148.

Concluimos pues que el hijo estipulará válidamente a favor de su padre si éste regresa de la prisión, si por el contrario muere en cautiverio la estipulación no será válida.

Cuestión distinta es si un hijo, dada su condición incierta, puede estipular *simpliciter*. Entendemos que si puede estipular pero condicionando la estipulación a que su padre muera en prisión²²³, pues en ese caso si tendría la condición de *sui iuris* cuando estipuló.

“

²²³ D. 45, 1, 45

IV.a. CONCLUSIONES

1- En ningún caso afectarían a los hijos las obligaciones intransmisibles.

2- Las obligaciones transmisibles le afectan en la medida en que de ellas responde la herencia yacente.

3- Las estipulaciones realizadas por los hijos estando su padre en prisión serán válidas únicamente si el padre regresa.

..

CAPITULO TERCERO

LA SUCESION DE LOS BIENES DEL CAUTIVO

I. LA LEY CORNELIA.: SUCESION DE LOS BIENES DEL CAUTIVO. TESTAMENTIFACTIO PASIVA DEL PRISIONERO.

En las páginas precedentes estudiábamos el problema de la prisión de guerra manejando dos hipótesis en el momento de dar respuesta a las distintas cuestiones que se nos planteaban, así conjugábamos la posibilidad de la muerte en prisión y la posibilidad del regreso. El enfoque que debemos dar al tema, llegado este punto, es distinto; el supuesto de hecho del que partimos es único: el cautivo muere *apud hostes*. El primer problema que esta muerte suscita es qué ocurre con sus bienes a partir de este momento. La segunda gran cuestión es qué ocurre con sus expectativas hereditarias, bien como *suus heres* respecto de su padre, bien como heredero o legatario instituido en testamento.

I.a.- Sucesión al cautivo con anterioridad a la ley Cornelia.

Comenzaremos abordando en primer lugar la cuestión de la *testamentifactio* activa del prisionero, donde debemos distinguir dos momentos al abordar su estudio: el momento anterior a la promulgación de la ley Cornelia y la regulación y consecuencias que de dicha ley se derivan.

Cuestionarnos el destino que seguirán los bienes del cautivo antes de la ley Cornelia es movernos en el mundo de las meras hipótesis y de la especulación, ya que no contamos con fuentes que recojan la solución que se daba a la cuestión en este momento; sólo contamos con un dato relativo a la incapacidad que con carácter general se le recoce al *captivus*. El prisionero a consecuencia de la *capitis deminutio* carece de *testamentifactio* activa y pasiva, con lo que quedaría sin eficacia el testamento que hubiera hecho con anterioridad a su caída en prisión y no tendría validez el que hiciera encontrándose en tales circunstancias. Y es más, como señala la mayoría de la doctrina ni siquiera puede hablarse de sucesión del que está en prisión ²²⁴; frente a estos

²²⁴ KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte I* (Leipzig 1901);
BALOGH, *Der Urheber und das alter der Fiktion des Cornelischen*

AMIRANTE ²²⁵ es el único que mantiene que la *captivitas* en este momento provoca la apertura de la sucesión *ab intestato* del cautivo. Maticemos algo más estas posturas: aquellos que niegan que pueda hablarse de sucesión, apoyan su tesis en tres razones: la primera de ellas es que en las fuentes no se encuentra ningún rastro que permita hablar de sucesión en este momento y es más, como bien dice SERTORIO, todos los textos se refieren a la ley Cornelia como la que dió origen a la posibilidad de sucesión al cautivo.

En segundo lugar, con el cautiverio el prisionero pierde su capacidad jurídica y por tanto, como esclavo que es, no puede tener herederos *ab intestato* y de haber hecho testamento este habría perdido su eficacia.

En tercer lugar y relacionado con lo anterior, su estado de *servitus* actual hace que pierda su anterior *status* jurídico habiendo por tanto roto sus lazos de parentesco agnaticio y cognaticio.

AMIRANTE afirma tajantemente que en este momento la *captivitas* provocaría automáticamente la apertura de la sucesión *ab intestato* ; a esta conclusión llega, tomando en consideración el momento en que el ciudadano

Gesetzes en *Studi in onore di Pietro Bonfante IV* (Milano 1930) p. 680; SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971) p. 123 nt. 2; RATTI, *Studi sulla captivitas* (Napoli 1980) p. 172.

²²⁵ AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950) p. 28

es hecho prisionero y no el momento de su efectiva muerte en prisión como hace el resto de la doctrina y además niega que deba considerarse en este tiempo la posibilidad del regreso y de los posibles efectos del *postliminium*, pues en este tiempo la eficacia del *postliminium* no se verifica más que cuando se produce efectivamente el retorno.

Disentimos del planteamiento de AMIRANTE, que por otro lado es perfectamente coherente con sus criterios acerca de la evolución de la institución. Es coherente pues, como hemos visto en el capítulo primero, para AMIRANTE la consideración del regreso como una efectiva posibilidad que modifica el tratamiento de la institución no se verifica hasta la promulgación de la ley Cornelia que haría patente la posibilidad del retorno y por tanto provisional la situación intermedia entre la prisión y la posible vuelta de prisión o la muerte *apud hostes*. Desde este punto de vista se puede entender que este autor hable de sucesión automática al cautivo desde el mismo momento de la prisión, y que sólo el eventual regreso provocaría un cambio en esta situación. Su situación sería la de una muerte civil semejante a la que provoca la pena del *interdicto "aquae et igni* y de ahí que resuelva jurídicamente la situación del cautivo de forma analógica a la del castigado con el *aquae et igni interdicto*.

No podemos menos que disentir de éste planteamiento, primero porque no nos parecen comparables ambas situaciones, el *interdicto aquae et igni* provoca

efectivamente la muerte civil del castigado con una pena por haber cometido un grave delito. No son estos los mismos principios que deben aplicarse a un prisionero de guerra, pues el supuesto de hecho es totalmente distinto, el cautivo no es un criminal, ni su situación jurídica es consecuencia de habersele aplicado una pena, sino consecuencia de los principios que rigen las relaciones internacionales entre los pueblos de la antigüedad, de los principios del derecho de guerra, que con el tiempo tenderán a suavizarse.

En segundo lugar, la posibilidad del postliminio o mejor del regreso de prisión está en la mente de los más antiguos juristas y como vimos la posibilidad del regreso se deja sentir en la reglamentación que se hace de esta figura desde los tiempos más primitivos. No hay que confundir la posibilidad de que este regreso se verifique con la eficacia automática con que actúa el postliminio en estos primeros tiempos pues lo contrario conduciría a soluciones prácticas cuanto menos aberrantes. La misma crítica podemos hacer cuando relaciona la extinción de la *patria potestas* del cautivo sobre sus hijos con la apertura de la sucesión. Que en Derecho arcaico se produce la extinción de la *patria potestas* y su recuperación automática por efecto del postliminio, al igual que ocurre con todos los derechos del cautivo no ha lugar a dudas, pero que de esto se concluya, como hace AMIRANTE, la automática sucesión *ab intestato* no podemos admitirlo y menos atendiendo a los textos en los que AMIRANTE fundamenta su tesis. Así Gai. 1, 127, nos dice que

los que estaban bajo la *patria potestas* de un ascendiente, muerto éste se hacen independientes, esto es cierto pero el texto habla de muerte del ascendiente no de *capitis deminutio* por prisión de guerra que es un supuesto distinto pues aquí cabe la recuperación de la *patria potestas* con el regreso de la prisión. En D. 48, 22, 3 Alfeno expresa la solución contraria a la que llega AMIRANTE.

D. 48, 22, 3 (ALFENUS libro primo epitomarum). Eum, qui ciuitatem amitteret, nihil aliud iuris adimere liberis, nisi quod ab ipso peruenturum esset ad eos, si intestatus in ciuitate moreretur: hoc est hereditatem eius et libertos et si quid aliud in hoc genere repperiri potest. quae uero non a patre, sed a genere, a ciuitate, a rerum natura tribuerentur, ea manere eius incolumia. itaque et fratres fratribus fore legitimos heredes et adgnatorum tutelas et hereditates habituros: non enim haec patrem, sed maiores eius eis dedisse.

“
Aquel que pierde la ciudadanía priva a sus hijos de aquello que les transmitiría si muriera siendo ciudadano, esto es, de su herencia, su derecho de patronato y otros derechos de naturaleza semejante, pero la pérdida de la ciudadanía por parte de su padre no priva a sus descendientes del parentesco agnaticio que les une y de los derechos que como parientes les corresponde. El texto expresa de forma clara

que los hijos de aquel que perdió la ciudadanía no tienen derecho a sucederle pues perdieron el parentesco agnaticio con él, pero no entre si. Por lo tanto como decíamos al principio no puede hablarse de sucesión al cautivo.

Si como hemos dicho no se abre la sucesión a los bienes del prisionero en el momento en que éste cae en cautiverio, la cuestión que se nos plantea de forma inmediata es, qué ocurre con sus bienes desde el momento en que es hecho prisionero hasta el momento posterior en que regresa o muere en cautiverio. La doctrina, de nuevo en el terreno de las hipótesis, plantea dos soluciones al caso: BALOGH ²²⁶ concluye que como el cautivo perdió su capacidad, sus bienes quedan en una situación de abandono y como tales pueden ser objeto de apropiación por cualquier tercero, no cabría hablar en ningún momento de una *usucapio hereditatis* , pues como hemos dicho no puede hablarse de sucesión o de herencia.

Otros autores ²²⁷ concluyen que, dado que nos encontramos ante un patrimonio que no tiene herederos,

“

²²⁶ BALOGH, *op. cit.* p. 680.

²²⁷ BECHMANN, *Das Ius postliminii und die Fictio Legis Cornelia* (Erlagen 1872) p. 84 y ss; MAINZ, *Cours de droit romain II* (Bruxelles 1877) p. 124; KARLOWA, *op. cit.* p. 124; ROBY, *Roman private law I* (Cambridge 1902) p. 210; SOHN, *Institutionen des römischen Rechts* (Leipzig 1908)p. 209.

éste seguiría los criterios generales en tales casos e iría a parar a manos del fisco.

Frente a estas dos tesis que tienen en común desvincular a los parientes del patrimonio del cautivo, otros autores mantienen que sin hablar de sucesión, serían otros los mecanismos jurídicos que harían posible, como por otra parte parece lógico, que los bienes siguieran permaneciendo bajo el control familiar, con base en el antiguo derecho de propiedad familiar que textos como D. 48, 22, 3 ponen de manifiesto. El medio jurídico utilizado para conseguir que el patrimonio no saliera del seno de la familia podía ser distinto: MITTEIS y VOIGT ²²⁸, creen que el mecanismo jurídico utilizado sería la concesión a los herederos legítimos del cautivo de una *bonorum possessio decretalis*, mientras RATTI ²²⁹ considera que el patrimonio, tras la prisión, permanecería en posesión de los herederos legítimos o del heredero instituido en testamento; ésta mera posesión se transformaba automáticamente en propiedad civil por usucapión dado que en este tiempo no se exigía justa causa para usucapir. WOLFF ²³⁰ llega a una propuesta intermedia, si no hay herederos puede el patrimonio ser usucapido por

²²⁸ VOIGT, *Die XII Tafeln I* (Leipzig 1883) p 299, MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf Diocletianszeit* (Leipzig 1908)p 133

²²⁹ RATTI, *op. cit.* p. 173

²³⁰ WOLFF, *The Lex Cornelia de captivis and the roman law of succession* en *BIDR* 46 (1939) p 152

terceros; si hay herederos, estos tendrían la posesión de los bienes que con el tiempo se convertiría en propiedad permitiéndoseles en un momento posterior pedir una *bonorum possessio* .

En este tema es imposible llegar a una conclusión, optar por una solución y rechazar otra, pues nos estamos moviendo en el resbaladizo terreno de las hipótesis sin poder fundarlas en datos objetivos. Entre las diversas soluciones apuntadas hay algunas que nos parecen más de acuerdo con el tenor que informa toda la reglamentación del derecho de prisión de guerra, del postliminio y del mismo derecho sucesorio. Los bienes del cautivo no deben salir del ámbito familiar; en primer lugar, ante la eventualidad del regreso y en segundo lugar por la antigua concepción de la propiedad como propiedad familiar y del sentido arcaico de la familia²³¹. Los bienes permanecerían en el seno de la familia, siendo administrados por ésta y por qué no, pudiendo ser usucapidos como señala RATTI. La posibilidad de la usucapición haría posible acabar con la inseguridad jurídica que la transitoriedad de la prisión provoca, y resultaría una solución acertada para el caso de que el prisionero muriera *apud hostes*.

²³¹ COULANGES, *La ciudad antigua* (Madrid 1982) *passim*.

I.b - Sucesión al cautivo después de la ley Cornelia.

A todo el problema que derivaba de la incapacidad del cautivo que imposibilitaba la apertura de la solución vino a dar solución la ley Cornelia, estableciendo la ficción de que el prisionero muerto *apud hostes* debía considerársele muerto en el momento en que fue hecho prisionero.

I.b.1. Origen y antigüedad de la ley.

En cuanto al origen y antigüedad de esta ley hay consenso en la doctrina en fecharla hacia los años 81 y 84 a. d. C. , durante la dictadura de Sila.²³², ley de la que el mismo Sila fue rogador. Descarta BALOGH que pese a su nombre pudiera la ley atribuírsele a algún otro jurista de la familia de los Cornelios, pues estos son desconocidos. Descarta también que la autoría pudiera deberse a Escipión, tesis que

²³² BALOGH, *op. cit.* p. 682 y ss hace un detallado estudio de las diversas tesis sobre el origen de la ley, llegando a la conclusión arriba citada y que luego toman como válida SERTORIO, *op. cit.* p. 126 nt. 1; AMIRANTE, *op. cit.* p. 32.

ZUICHEMUS y BACH ²³³ sostenían, fechando la ley en tiempo de las guerras púnicas, dado que fueron muchos los romanos hechos prisioneros durante estas guerras. BALOGH rechaza el argumento pues la necesidad de ordenar la sucesión del cautivo ya existía con anterioridad a las guerras púnicas y además por Livio²³⁴ tenemos noticias de una ley de redención de prisioneros durante las mismas guerras púnicas que no favoreció la situación jurídica de los prisioneros. Otros autores ²³⁵ remontan el origen de la ley Cornelia a la ley Cornelia *de falsis* , que castigaba la falsificación de testamentos de los prisioneros sin distinguir si éstos regresaban o no, y de aquí se deduciría la validez de estos, pues se castigaba la falsificación del testamento de aquel que no vuelve, y si éste no fuera válido no habría lugar a hablar de falsificación. Así del castigo de este crimen se extrae la validez del testamento.

²³³ ZUICHEMUS, *Commentaria in decem tit. inst. iur. civ.* (Lugduni 1534) p. 183; BACH, *Historia Jurisprudentiae Romanae* (Lipsiae 1807) p. 177 ambos cit. por BALOGH, *op. cit.* p. 685 nt. 229 y 230.

²³⁴ LIVIO, *ab urbe condita* XXII, 61

²³⁵ DE BEAUMONT, *Du postliminium en Droit Romain* (Paris 1859) p. 39; BEHENNE, *Du postliminium* (Paris 1873) p. 51; BREGEAULT, *Du postliminium en Droit Romain* (Paris 1877) p. 38; BARBIER, *Du postliminium en Droit Romain* (Paris 1879) p. 36; FOUCAULT, *Du postliminium* (Paris 1883) p. 37; ACCARIAS, *Précis de Droit Romain* (Paris 1886) p. 301; JOBIN, *De la captivite et du postliminium* (Nancy 1889) p. 45 cit. por BALOGH, *op. cit.* p. 687.

BALOGH, niega tal relación pues en las fuentes en ningún momento aparecen relacionadas la ley Cornelia *de falsis* con la ficción que nuestra ley Cornelia establece y esto pese a las numerosas fuentes tanto jurídicas como literarias que hacen mención a aquella. Señala también BALOGH que el contenido de ambas es totalmente distinto pues la primera tiene carácter penal mientras que la segunda tiene un contenido civil.

I.b.2. Contenido de la *fictio legis Cornelia*.

Datado el origen de nuestra ley y enunciado el contenido de la misma debemos plantearnos cuál es el exacto contenido de su ficción, cuestión que quedaría enunciada en los siguientes términos: el prisionero muerto en cautiverio se considerará en virtud de la ley Cornelia como si hubiera muerto en el momento en que fue hecho prisionero o en el momento en que muere en prisión con la ficción de que en este momento es ciudadano romano; de esta cuestión derivaría una segunda: provoca la ley Cornelia una retroacción de los efectos de la muerte al momento en que fue hecho prisionero.

Del estudio en ocasiones parcial de las fuentes, la doctrina llega a conclusiones muy diversas; tal es la diversidad que consideramos conveniente exponerlos en

primer lugar y pasar a analizar las fuentes que encontramos dispersas en diferentes libros del Digesto.

BECHMANN ²³⁶ es de la opinión que el prisionero, atendiendo a la ficción de la ley Cornelia, se consideraría como si hubiera muerto en la ciudad; RATTI ²³⁷ admitiendo la tesis de BECHMANN añade que la ficción actuaría con efecto retroactivo respecto de las consecuencias que la validez del testamento conlleva; AMIRANTE ²³⁸ señala que los juristas clásicos se refieren a la ley con dos expresiones diversas, *si in civitate decessissent* o *si in hostium potestatem non pervenissent*, si bien decir cuál de las dos corresponde al contenido originario de la ley es imposible ²³⁹, pero en cualquier caso la ley no hablaría de retroacción sino que ésta sería una interpretación que atendiendo a razones de equidad haría la jurisprudencia.

Una última postura doctrinal que se aparta de las anteriores es la sostenida por BESELER ²⁴⁰ para quien la ley

²³⁶ BECHMANN, *op. cit.* p. 85

²³⁷ RATTI, *op. cit.* p. 158

²³⁸ AMIRANTE, *op. cit.* p. 39

²³⁹ SOLAZZI, *Il concetto del ius postlimini* en *Scritti di Diritto Romano IV* p 511 nt. 107 cree que no correspondería el segundo contenido al de la ley pues esto llevaría a dar validez a los testamentos hechos en prisión.

²⁴⁰ BESELER, *Postliminium und Cornelia* en ZSS (1925) 193

Cornelia fingiría el postliminio, es decir consideraría que el prisionero había muerto en la ciudad un momento antes de morir en prisión. Esta teoría ha sido tachada cuanto menos de fantástica y duramente criticada ²⁴¹.

Hagamos un exámen detallado de las fuentes.

D. 28, 1, 12 (IULIANUS libro quadragesimo secundo digestorum). Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmatur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent, et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. quare servus heres scriptus ab eo, qui in hostium potestate decesserit, liber et heres erit seu velit seu nolit, licet minus proprie necessarius heres dicatur: 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 del libro 28, del título 1 sobre quiénes pueden hacer testamento y de qué modo se ha de hacer, alude al contenido de la ley Cornelia, afirmando que dicha

²⁴¹ Ver crítica AMIRANTE, *op. cit.* p. 38 nt. 34; RATTI, *op. cit.* p. 160 y ss.

ley confirma la validez de los testamentos de aquellos que fueron hechos prisioneros como si estos no hubiesen caído en cautiverio. Juliano explica el mecanismo de la ficción utilizando la negación del cautiverio de entre las dos opciones que antes señalábamos. La ficción consiste en negar el cautiverio pero no especifica a qué momento se atenderá, únicamente la última reflexión que hace el jurista referida al hijo del prisionero nos da una pista sobre esto. Se nos dice que el hijo está obligado a adquirir la herencia aunque no pueda llamársele propiamente heredero de propio derecho ya que no está bajo la potestad del fallecido. Si el jurista considera que el hijo no está bajo la potestad de su padre, es que considera, como ya vimos, que con la muerte del padre *apud hostes* el hijo adquiere la condición de *sui iuris* con efecto retroactivo; luego se atiende al momento de la caída en prisión para atender a la validez del testamento, en cuanto que el hijo sí hereda, pese a que en el momento de la muerte real no estuviera ya bajo su potestad.

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 el título 3 fragmento 6 parágrafo 5, donde se habla de los testamentos ineficaces, el jurista califica de *irritum* el testamento del cautivo. Pero unas líneas más abajo señala:

D. 28, 3, 6, 12 (ULPIANUS libro decimo ad Sabinum). Quaetenus tamen diximus ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adiciendum est postliminio reversi vires suas recipere iure postliminii aut, si ibi decedat, lege Cornelia confirmari. ergo et si quis damnatus capite in integrum indulgentia principis sit restitutus, testamentum eius conualescet.

El testamento del cautivo recupera su validez por derecho de postliminio si el prisionero regresa; si el prisionero no regresa y muere en prisión la ley Cornelia convalida el testamento.

De la lectura de los párrafos 5 y 12 extraemos las siguientes consecuencias: el prisionero pierde la *testamentifactio* al caer en cautiverio y por tanto el testamento que en su momento había hecho y que era plenamente eficaz se invalida, pero la ley Cornelia viene a salvar tal situación convalidando el mismo si el prisionero murió en cautiverio. El testamento es pues írrito, sólo en el

momento de su muerte se convalida. No cabe hablar de un testamento en suspenso.

Dos textos del mismo libro plantean sendos casos del nacimiento de un hijo estando su padre prisionero y del fallecimiento de un hijo impuber en las mismas circunstancias. Se preguntan si en tales supuestos es eficaz el testamento del prisionero.

D. 28, 3, 15 (IAVOLENUS libro quarto epistularum). Qui uxorem praegnatam habebat, in hostium potestatem pervenit: quaero, filio nato quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur ? et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint ? respondi: non puto dubium esse, quin per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo eius testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur: sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.

“

Javoleno plantea el supuesto de hecho de un prisionero de guerra que dejando a su mujer encinta, ésta da a luz durante el cautiverio. Se pregunta el jurista en qué momento se invalida el testamento hecho por el prisionero cuando estaba en la ciudad y en este caso concreto, si el hijo

muere antes que el padre ¿ será válido el testamento cuando este último muere en prisión ?. Responde el jurista que el testamento se invalidará al nacer el hijo y en este caso y en virtud de la misma Ley Cornelia el testamento es *ruptum* . Concluimos que en el texto el jurista toma en consideración el momento de la caída en prisión para considerar la validez del testamento. Ante el nacimiento de un hijo postumo el testamento es *ruptum* .

D. 49, 15, 22, 4 (IULIANUS libro sexagensimo secundo digestorum). Si quis, cum praegnatem uxorem haberet, in hostium potestatem pervenerit, nato deinde filio et mortuo, ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia et eorum, qui in civitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur.

En el texto el supuesto de hecho del que parte el jurista es idéntico al del caso anterior, pero aquí Juliano nos dice que el testamento es nulo. „Juliano funda su respuesta en la analogía respecto de lo que ocurriría en los testamentos de aquellos que no han perdido la ciudadanía y que también se invalidan por el nacimiento de un póstumo; equipara pues ambas situaciones, nacimiento y muerte durante la prisión y durante la vida del testador, mientras que en el texto anterior Javoleno para razonar su respuesta se remite a la

ley Cornelia y por tanto al momento en que el testador era ciudadano.

D. 28, 6, 28 (IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum). ... quapropter cum pater in hostium potestate decessit filio impubere relicto in civitate et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset.

Juliano se cuestiona si será válida la sustitución pupilar, si el impúber muere estando su padre en cautiverio y con posterioridad fallece el padre en prisión. Dice el texto que es válida la sustitución y la herencia corresponde al sustituto lo mismo que si su padre no hubiese caído en cautiverio. De nuevo se atiende a la caída en prisión para considerar los efectos que despliega el testamento. Si en este caso hubieramos atendido al momento real de su muerte, habiendo premuerto su hijo el testamento pese a la ley Cornelia se considera *desertum* .”

D. 49, 15, 10, pr y 1 (PAPINIANUS libro vicensimo nono quaestionum). Pater instituto impuberi filio substituerat et ab hostibus captus ibi decessit: postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur neque tabulas

secundas in eius persona locum habere, qui vivo patre sui iuris effectus fuisset. verum huic sententiae refragatur iuris ratio, quoniam, si pater, qui non rediit, iam tunc decessisse intellegitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet. (1) Si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus, in promptu est dicere legem Corneliam de tabulis secundis nihil locatum eius dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse: et ideo non esse alienum praetorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem et utiles actiones in hereditatem substituto dare.

En el texto Papiniano analiza un caso semejante al del texto anterior; un padre instituye heredero a su hijo impúber y le nombra un sustituto pupilar; muere el padre en prisión y luego muere su hijo impúber. Se pregunta el jurista si debe suceder al hijo su heredero legítimo, ya que éste se había hecho independiente antes de morir su padre o por el contrario debe sucederle el sustituto nombrado en el testamento. Papiniano no tiene duda al respecto, se considerará que en este caso el padre murió en el momento de ser hecho prisionero y por tanto la sustitución pupilar es

válida. En el párrafo 1 se plantea el siguiente caso, después de morir el padre en prisión su hijo impúber es hecho prisionero y muere, dice Papiniano que puesto que el impuber no tiene capacidad de testar también en este caso es de aplicación la ley Cornelia que convalida el testamento del padre y por tanto tiene derecho a la herencia el sustituto.

Una cuestión queda pendiente en el texto; en el *principium* la razón a la que alude el jurista para invalidar las tablillas es que el hijo se había hecho independiente antes de morir su padre, no entiendo esta argumentación pues la condición de *sui iuris* adquirida por el hijo con efecto retroactivo es irrelevante al caso de dar o no por válida la sustitución pupilar, pues mientras el hijo siga siendo impúber la sustitución seguirá siendo válida. Cuestión distinta es si el hijo hubiera alcanzado la pubertad antes de la muerte de su padre *apud hostes* pues en este caso la sustitución sólo será válida si atendemos al momento en que el padre fue hecho prisionero, porque si atendemos al momento de su muerte real como el hijo ya había alcanzado la pubertad la sustitución ha perdido su eficacia.

“

D. 49, 15, 11 (PAPINIANUS libro trigensimo primo quaestionum). Quod si filius ante moriatur in civitate, nihil est quod de secundis tabulis tractari possit, sive quoniam vivo patre filius familias mori intellegitur, sive quoniam non reverso eo exinde sui iuris videtur fuisse,

ex quo pater hostium potitus est. (1) Sed si ambo apud hostes et prior pater decedat, sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset.

En el fragmento 11 el supuesto que presenta Papiniano es el siguiente: el hijo muere en la ciudad antes que su padre prisionero, afirma el jurista que en este caso la sustitución no es válida porque si el padre regresa se considerará que murió en vida del padre y el testamento devendría ineficaz por falta de heredero. Cuando Papiniano se cuestiona qué ocurre si el padre no regresa, otra vez utiliza el argumento de la condición de *sui iuris* adquirida por el hijo con efecto retroactivo desde que su padre cayó prisionero, que en el caso de un hijo impúber al que se le ha nombrado un sustituto sería irrelevante como ya hemos dicho. Creemos que en D. 49, 15, 10, pr. y en D. 49, 15, 11. Papiniano llega a conclusiones válidas y coherentes a las expuestas en los textos anteriores por otros juristas, pero ese argumento recurrente a la condición de *sui iuris* adquirida por los hijos no es de Papiniano sino obra de los compiladores.

Esta retroactividad es formulada a modo de *regulae*
en

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.

Sin duda las palabras *in omnibus partis iuris* es obra de los compiladores que hacen del caso concreto una regla general.

D. 35, 2, 1, 1 (PAULUS libro singulari ad legem Falcidiam). Lex Falcidia etiam ad eos, qui apud hostes moriuntur, propter legem Corneliam pertinere videtur, quod ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent. propter quam fictionem lex Falcidia et omnes testamentariae pertinent, quae tamen possint locum habere.

El texto que pertenece al título 2 del libro 35 sobre la ley Falcidia nos dice que dicha ley se aplica también a los que mueren en cautiverio enemigo en virtud de la ley Cornelia, pues esta última confirma el testamento del cautivo como si hubiese muerto antes de perder la ciudadanía. Creemos que el texto es claro en cuanto que dice que el testamento se confirma como si el testador hubiera muerto

hijo con efecto retroactivo al morir su padre de D. 49, 15, 10, pr y D. 49, 15, 11 son sin duda obra de los compiladores, como sin duda lo es en D. 49, 15, 18 las palabras *in omnibus partibus iuris* que hace de la retroactividad una regla general.

I.b.3. Alcance de la *fictio legis Cornelia*.

La cuestión que se suscita ahora, una vez aclarado el contenido de la ficción al menos tal y como lo entendieron los jurisprudentes, es aclarar el alcance de la ficción que establece la ley, en otras palabras, si la ley Cornelia se refería únicamente al testamento del cautivo o por el contrario también hizo posible por primera vez la sucesión *ab intestato*.

También en esta cuestión y como consecuencia de que el contenido originario de la ley no se nos ha transmitido, la doctrina no mantiene una opinión unánime. Autores como KARLOWA, SERTORIO, RATTI, AMIRANTE ²⁴² son de la opinión que la ley Cornelia vino a establecer la validez de la sucesión del cautivo muerto en prisión, tanto en lo que concierne a la sucesión testamentaria como en caso de no haber hecho testamento de la sucesión *ab intestato*. WOLFF

²⁴² KARLOWA, *op. cit.* . p. 124; AMIRANTE, *op. cit.* . p. 105; SERTORIO, *op. cit.* . p. 126; RATTI, *op. cit.* . p. 171

²⁴³ sostiene una tesis totalmente opuesta a los autores anteriores; para este autor la ley Cornelia se refería únicamente a la sucesión testamentaria, y serían los juristas postclásicos quienes extenderían su aplicación a la sucesión *ab intestato* . Un tercer grupo de autores mantiene una posición ecléctica, así BUHL y BECHMANN ²⁴⁴ entienden que la ley Cornelia contempla el caso de la sucesión testamentaria y que con posterioridad y por analogía, ya en la época de Juliano, se habría extendido a la sucesión *ab intestato* . Limitan la extensión originaria de la ley Cornelia a la sucesión testamentaria basándose en la característica común de las leyes romanas de no contemplar supuestos generales. BUCKLAND ²⁴⁵ es de la opinión que la ley en sí no especificaría y sería la jurisprudencia la que, no sin discusión, habría optado por hacer una interpretación extensiva de la misma.

WOLFF defiende su tesis presentando como prueba algunos textos que en su opinión recogen el verdadero contenido de la ley Cornelia (D. 28, 3, 15; 28, 1, 12; 28, 6, 28; 35, 2, 1, 1; 38, 2, 4, 1), en estos textos destaca WOLFF, y es cierto, que se hace alusión al contenido de la ley siempre en

²⁴³ WOLFF, *op. cit.* p. 136 y ss.

²⁴⁴ BUHL, *Salvius Julianus* (Heidelberg 1886) p. 255 cit por SERTORIO *op. cit.* p. 127 nt. 2; BECHMANN, *op. cit.* p. 85.

²⁴⁵ BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908) Reimp. 1970 p. 301.

los mismos términos: *quae testamenta... confirmat* . Frente a estos textos WOLFF señala como el lenguaje cambia en las fuentes postclásicas así:

Ulp. Reg. 23, 5. Si is, qui testamentum fecit, ab hostibus captus sit, testamentum eius valet, siquidem reversus fuerit, iure postliminii; si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset.

Paul. Sent 3, 4a, 8. 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.

En Ulp. Reg. 23, 5 la palabra *successionem* , de la frase *ex lege Cornelia , quae" perinde successionem eius confirmat...* ha sustituido al término *testamentum* utilizado en las fuentes antes citadas, extendiendo así la ley Cornelia a las sucesiones *ab intestato* . Mientras que en Paul. 3, 4a, 8 la extensión de la confirmación por la ley Cornelia a la tutela legítima es un añadido postclásico pues en sí, tal extensión no tiene razón de ser si pensamos que por propio derecho y

sin necesidad de acudir a una ficción a falta de tutor testamentario, al hijo del prisionero muerto se le nombraría un tutor legítimo, según las reglas de nombramiento de tutor. El autor clásico se hubiera referido únicamente a la tutela testamentaria cuya confirmación sí que necesitaría necesariamente de la ley Cornelia.

Apunta WOLFF a otros textos justinianeos en los que la referencia a la ley Cornelia y a su contenido resultan absolutamente desnaturalizados

Inst. 2, 12, 5. Eius, qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit: sed quod dum in civitate fuerat fecit, sive redierit, valet iure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.

En el que se ignora el contenido concreto de la ley haciendo una referencia general a ésta, *valet ex lege Cornelia.*

“

C. 8, 50, 9, pr. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Gregorio.. Captum ab hostibus filium, patre mortuo medio tempore, lex Cornelia reversum, si in potestate patris tempore quo capiebatur fuit, suum facit heredem. (a. 293)

En el texto se mezclan los efectos del postliminio y los de la ley Cornelia; de hecho un efecto propio del *postliminium* es atribuido a la ley Cornelia.

SOLAZZI, rebate la tesis de WOLFF, dudando del contenido clásico de algunos textos que éste presenta como prueba veraz del originario contenido de la ley. Así no considera clásico D. 38, 2, 4, 1²⁴⁶; para éste autor el contenido originario del texto hacía referencia a la ley Cornelia para justificar la *bonorum possessio secundum tabulas*, sin duda Paulo se refería a las dos sucesiones, la testada y la *ab intestato*. Es ésta una conclusión que se extrae de la lectura completa del texto. Paulo hace, a mi entender, una extensión analógica de la aplicación de la ley a la sucesión *ab intestato*.

Haremos una ulterior crítica a los textos presentados por WOLFF como prueba del contenido originario de la ley Cornelia, y es que salvo D. 38, 2, 4, 1 que se encuentra dentro del título que trata de los bienes hereditarios del cautivo, y que como vemos contempla ambas sucesiones, los otros textos no pueden presentarse como exclusión de la sucesión *ab intestato* porque los juristas no se refieren a ella, porque en la sede en que se encuentran no pueden referirse más que a la sucesión

²⁴⁶ Ver crítica SOLAZZI, *op. cit.* p. 593

testamentaria; así D. 28, 3, 15 está en el título que trata sobre la ineficacia de los testamentos, si trata pues estrictamente problemas de sucesión testamentaria es lógico que no mencione para nada la ley Cornelia en relación a la sucesión *ab intestato*. Otro tanto diremos de D. 28, 1, 12 cuyo título trata sobre quienes pueden hacer testamento y de D. 28, 6, 28 dentro de sede de sustituciones testamentarias o de D. 35, 2, 1, 1 en el título que trata sobre la ley Falcidia.

Por el contrario si buscamos referencias a la ley Cornelia en otros títulos donde no se trate el tema de sucesiones testamentarias, sino de la *ab intestato*, encontramos textos en los que sin pudor se hace referencia a la ley Cornelia en esta materia.

D. 49, 15, 22, pr. (IULIANUS libro sexagesimo secundo digestorum). Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, sive testamenti factionem habuerint sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent: idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent.

El texto dentro del título sobre los prisioneros, derecho de postliminio y redención de estos, ha sido objeto de una rigurosa crítica interpolacionística ²⁴⁷ pero pese a las numerosas reconstrucciones y alteraciones localizadas en el fragmento, como bien dice AMIRANTE ²⁴⁸ no puede deducirse que el fragmento se refiera únicamente a la sucesión testamentaria. De hecho si suprimimos del texto los fragmentos supuestamente interpolados, éste nos dice simplemente que los bienes de aquel que murió en poder del enemigo, pertenecen a aquellos a quienes pertenecerían de no haber caído en cautiverio enemigo.

D. 37, 1, 3, 6 (ULPIANUS libro trigesimo nono ad edictum). Sed et eius, qui apud

²⁴⁷ Ver *Index Interpolationum* . En especial WOLFF, *op. cit.* . p. 145 nt. 2 y RATTI, *op. cit.* . p. 86 nt. 1 sostienen que el fragmento *hi de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur* es un añadido compilatorio. Al igual que el fragmento *sive testamentum fecerit sive non fecerint*. WOLFF reconstruye la siguiente parte del texto del siguiente modo:

Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint, in eadem causa iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si in hostium potestatem non pervenissent.

Frente a este autor AMIRANTE *op. cit.* p. 106 sostiene que la primera parte del texto es clásica, mientras que sólo puede dudarse del fragmento *idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse*.

²⁴⁸ AMIRANTE, *op. cit.* p. 107

*hostes decessit, bonorum possessionem
admitti posse, quamvis in servitute
decedat, nulla dubitatio est.*

El texto dentro del título que trata la posesión de los bienes hereditarios, ha sido objeto de dudas a cerca de su clasicidad. BESELER ²⁴⁹ considera que *nulla dubitatio est* es un añadido bizantino que vino a sustituir a una motivación clásica. WOLFF ²⁵⁰ sostiene que Ulpiano en el texto pretende extender analógicamente la ley Cornelia a la *bonorum possessio* . SOLAZZI, ²⁵¹ sostiene que si el texto hubiese contenido una mención a la ley Cornelia los compiladores jamás la hubieran suprimido. Ahora bien, el mismo SOLAZZI advierte ciertos aspectos en tiempos verbales que prueban su manipulación por parte de los compiladores justinianeos.

Pese a las observaciones realizadas no hay duda de que el texto, en origen, tal y como lo escribió Ulpiano, admite la *bonorum possessio* de los bienes del cautivo, según las reglas de la sucesión *ab intestato* .

Pero la tesis de WOLFF es criticable no sólo por la mermada interpretación que hace de los textos, sino también por la absurda situación a que ésta conduciría, ya que WOLFF

²⁴⁹ BESELER, *op. cit.* . p. 202

²⁵⁰ WOLFF, *op. cit.* p. 145

²⁵¹ SOLAZZI, *op. cit.* . p. 59

se empeña en sostener que para los herederos legítimos del cautivo la sucesión se resolvería de igual modo que con anterioridad a la ley Cornelia, es decir, a través de la concesión de una *bonorum possessio* decretal. Esto supondría dejar en inferioridad de condiciones a los herederos legítimos frente a los testamentarios, que al confirmarse la validez del testamento del cautivo se convertirían en herederos-propietarios según el derecho civil. Esta inferioridad la pone de manifiesto SOLAZZI en estos expresivos términos: "Quale antipatia il dittatore Silla nutriva verso i successori ab intestato per lasciarli nel limbo della bonorum possessio, mentre voleva che i successori testamentari fossero assunti nel cielo dell'hereditas ?... La dottrina del Wolff presenta nei riguardi della successione intestata una lacuna che mette paura"²⁵².

Retomando el argumento de WOLFF, SOLAZZI mantiene que la intervención del legislador era necesaria para la sucesión testamentaria pero no para la *ab intestato*. Para este autor la sucesión ab intestato se verificaba del mismo modo que se verificaba la condición de *sui iuris* a la muerte del padre, es decir, se verificaba por el juego de la suspensión de derechos y su retroactividad que derivan del mismo postliminio. Distingue a tal efecto las relaciones jurídicas de las declaraciones de voluntad; el postliminio extiende sus efectos sobre relaciones jurídicas pero no sobre

²⁵² SOLAZZI, *op. cit.*, p. 59

situaciones de hecho o declaraciones de voluntad, y así mientras la situación de los herederos legítimos quedaba salvada por el postliminio, no ocurría lo mismo con los herederos testamentarios ya que sobre las declaraciones de voluntad no actúa el postliminio, por lo que fue necesaria la ley Cornelia para dar validez a través de una ficción a una declaración de voluntad.

SOLAZZI se olvida al estructurar su teoría, de un hecho que ya poníamos claramente de manifiesto en el primer capítulo, y es la enorme influencia que tuvo la ley Cornelia en la configuración de principios tales como suspensión y retroacción de los derechos del cautivo y en la aplicación del postliminio. No puede hablarse de suspensión y de recuperación retroactiva de derechos sin hablar antes de la ley Cornelia que es la que da a la jurisprudencia la clave para crear tales principios en la estructura del postliminio y esto supone que la ley Cornelia no sólo vino a salvar los derechos de los herederos testamentarios, sino también de los *ab intestato* y que sin la ley Cornelia la aplicación de la estructura del postliminio para salvaguardar los derechos de los herederos" *ab intestato* tal y como SOLAZZI la plantea no hubiera sido posible.

Por todo lo expuesto llegamos a la siguiente conclusión, llegar a tomar una decisión respecto del originario contenido de la ley Cornelia es imposible, aunque atendiendo al argumento de BECHMANN que limita el

contenido de la ley a la sucesión testamentaria con base en la característica común de las leyes romanas de no contemplar supuestos generales, creo que el contenido de la ley quedaría en los siguientes términos, la ley Cornelia concedería validez a los testamentos de los prisioneros de guerra muertos en cautiverio con la ficción de que murieron un momento antes de ser hechos prisioneros, pero tal ficción sería aplicada analógicamente por la jurisprudencia a la sucesión *ab intestato*, en aquellos casos en que el prisionero no hubiera dejado hecho testamento en la ciudad. Y esta extensión analógica se habría producido de forma inmediata a la ley y sin discusión, pues de otro modo no se entendería que las fuentes que hemos analizado acudan a la ley Cornelia para exponer los criterios de sucesión testamentaria y *ab intestato* del cautivo, sin cuestionarse en ningún momento la referencia a la ley. En las fuentes no se habla de sucesión sin hablar de ley Cornelia. Llegados a este punto podemos concluir diciendo que el contenido y alcance de la ley podría resumirse en los siguientes términos, la ley Cornelia confirma la validez de los testamentos de los que murieron en cautiverio como si hubieran muerto en la ciudad, y ésta no alcanza sólo a la sucesión testamentaria sino que el mismo principio se aplicará para el caso de que el prisionero no dejara testamento en la ciudad.

Esto conlleva que a la muerte del cautivo la ley Cornelia confirme la validez de su testamento y de todas las disposiciones que éste contenga, incluidas como ya hemos

visto en los textos analizados las sustituciones pupilares que éste hubiera determinado en testamento, y también el nombramiento de tutor para sus hijos impúberes.

Si el cautivo muere sin haber hecho un testamento con anterioridad a ser hecho prisionero, pues no tendrán validez los testamentos hechos estando en prisión ya que carece de *testamentifactio* activa, serán sus herederos aquellos que hubiesen recibido *ab intestato* sus bienes si hubiera muerto en la ciudad.

En ambos casos los acreedores del prisionero podrán dirigir sus créditos contra sus herederos.

I.c.- *Testamentifactio pasiva del prisionero.*

Hasta el momento nos hemos planteado el tema de la sucesión a los bienes del cautivo, es decir, la *testamentifactio* activa del cautivo. Pero también el lado opuesto nos interesa, pues la posibilidad de que el cautivo o sus esclavos puedan o no adquirir herencias, legados o cualquier otro beneficio que le correspondiese por herencia podría en su caso beneficiar a sus hijos. Al igual que las expectativas de los hijos del cautivo de heredar a su abuelo.

I.c.1- El prisionero como sucesor *ab intestato*.

Comenzaremos con el tema de los derechos sucesorios *ab intestato* del prisionero. En este caso no hay ninguna duda, siguiendo los principios generales en materia sucesoria, diremos que mientras el cautivo vive *apud hostes* su derecho a suceder *ab intestato* está en suspenso y por tanto también la delación hereditaria y la *bonorum possessio* a otros sucesores. Tal situación es la que sin duda se refleja en los textos:

Ulp.Reg. 26, 3. Quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus agnatis non est; velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit.

D. 37, 4, 1, 4 (ULPIANUS libro trigesimo nono ad edictum). Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit.

“

D. 38, 2, 4, 2 (PAULUS libro quadragensimo secundo ad edictum). Si deportatus patronus sit, filio eius competit bonorum possessio in bonis liberti nec impedimento est ei talis patronus, qui mortui loco habetur. et dissimile est, si

*patronus apud hostes sit: nam propter spem postliminii obstat liberis suis.*²⁵³

D. 38, 7, 5, 1 (MODESTINUS libro tertio pandectarum). Quamdiu spes est suum heredem aliequem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est: puta si defuncti uxor praegnas sit aut defuncti filius apud hostes sit.

*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, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstat.*²⁵⁴

“

D. 38, 16, 2, pr. (ULPIANUS libro tertio decimo ad Sabinum). Post consanguineos admittuntur adgnati, si consanguinei non

²⁵³ Ver Index Interpolationem.

²⁵⁴ Ver Index Interpolationem.

*sunt, merito. nam si sunt consanguinei, licet non adierint hereditatem, legitimis non defertur. sed hoc sic erit accipiendum, si nec sperantur esse: ceterum si vel nasci consanguineus vel de captivitate reverti potest, adgnati impediuntur.*²⁵⁵

D. 38, 17, 2, 7 (ULPIANUS libro tertio decimo ad Sabinum). Si vero apud hostes est filius vel nasci speratur, pendet ius matris, donec redierit vel nascatur

*C. 8, 50, 9, pr. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Gregorio.. Captum ab hostibus filium, patre mortuo medio tempore, lex Cornelia reversum, si in potestate patris tempore quo capiebatur fuit. suum facit heredem. (a. 293)*²⁵⁶

C. 8, 50, 14 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Severae. Ius postliminii filiam rebus humanis exempta matre, dum in servitutis ipsa necessitate per captivitatis causam fuit, eventu

²⁵⁵ Ver *Index Interpolationem*.

²⁵⁶ Es criticable la mención que hace el texto a la ley Cornelia pues ésta no se refiere a los derechos sucesorios del cautivo. Su mención debería ser sustituida por el *ius postliminium*, que sería la base jurídica que justificaría la decisión del rescripto. Así lo entienden BESELER, *op. cit.* p. 221; WOLFF, *op. cit.* p. 152.

purgatu vigore ad eius legitimam invitatur hereditatem, nec tibi medi tempore fortuna, quominus res maternas successione quaesitas persequi possis, iniuriam fieri patimur. (a. 294)

Los textos contemplan la suspensión de la delación tanto en el caso de la delación hereditaria como también de la *bonorum possessio*.

La razón de la suspensión de la delación hereditaria encuentra su justificación en los mismos principios sucesorios: el principio *semel heres semper heres* , impide que sea llamada a suceder la persona que sería llamada inmediatamente después del prisionero, pues esto impediría que de regresar el prisionero pudiera convertirse en heredero y por tanto su derecho a suceder no estaría pendiente.

Ahora bien, éste principio no impediría hacer efectiva la sucesión pretoria, pues el prisionero que regresa siempre podría reivindicar los bienes al *bonorum possessor* , a aquella persona que estando él en prisión se le hubieran concedido, pero aún existiendo tal posibilidad los juristas han optado por mantener también en este caso el principio de la suspensión, impidiendo que el pretor concediera la *bonorum possessio* a la persona que sería llamada después del

prisionero; rige pues como pone de manifiesto SOLAZZI ²⁵⁷ el principio de la suspensión que deriva del postliminio.

Sólo un texto, en opinión de SOLAZZI, supone una excepción.

D. 37, 9, 1, 8 (ULPIANUS libro quadragesimo primo ad edictum). Si filius ab hostibus captus sit, uxor eius praegnas in possessionem soceri bonorum mittenda est: nam aliquo casu spes est id quod nascitur inter suos heredes futurum, ut puta si pater eius apud hostes decedat.

El texto establece que si el hijo de familia está prisionero del enemigo y su mujer está encinta debe concedersele a ésta la *bonorum possessio* de los bienes de su suegro. El texto supone verdaderamente una excepción a lo dicho, pero la razón que da para justificar la excepción no la justifica en absoluto, antes bien serviría para justificar que se admitiera la concesión de la *bonorum possessio* en todos los casos, pues en todos los casos cabe la posibilidad de que el postliminio no se verifique si el prisionero muere *apud hostes*. Quizá la razón de la excepción haya que buscarla en las disposiciones a favor del *nasciturus* que se manifiestan en todo el derecho sucesorio a fin de proteger su condición,

²⁵⁷ SOLAZZI, *op. cit* p. 588

que primarían sobre las expectativas hereditarias de su padre prisionero, sin que por otro lado hiciesen imposible que si su padre regresa recupere por derecho los bienes que a él le pertenecen.

RATTI ²⁵⁸ cree ver un paralelismo entre la posición del prisionero y la del heredero instituido bajo condición suspensiva; no puede discutirse que en algún texto las posiciones de ambos son equiparadas.

D. 10, 2, 7 (VENULEIUS libro septimo stipulationum). Si heres unus, cum sub condicione adiectum coheredem aut apud hostes haberet, dixerit se heredem esse et actione expertus vicerit, deinde condicio heredis exstiterit vel postliminio redierit, an victoriae commodum debeat cum eo communicare ? nam in dubitate iudicati actio ei in solidum competit. et electionem coheredi dandam, id est aut communicandam eam aut experiundi faciendam potestatem huic, qui post victoriam coheredis effectus sit heres aut reversus sit, in civitatem. idemque observandum, si postea natus sit postumus. non enim his personis silentium imputari potest, cum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.

²⁵⁸ RATTI, *op. cit.* . p 181

A lo largo del texto la situación del coheredero instituido bajo condición es tratada de forma equivalente a la del *captivus*. Concluiremos pues diciendo que el prisionero perdió con la *capitis deminutio* sus derechos hereditarios, pero que puede recuperarlos en virtud del *ius postliminii*, y así de los efectos combinados de la *captivitas* y el postliminio surge el efecto de mantener en suspenso los derechos hereditarios y por tanto mantener en suspenso los derechos hereditarios de sus propios hijos como nietos que en caso de muerte de su padre *apud hostes* se convertirían en herederos *ab intestato* de su abuelo por derecho de representación *per stirpes*.

I.c.2.- El prisionero como sucesor testamentario.

Si esto no plantea dudas en el caso de la sucesión *ab intestato*, más confusa se nos presenta la situación en el caso de la sucesión testamentaria al tenerse que conjugar la especial condición del cautivo con los rígidos principios en materia de sucesión testamentaria. Cabe aquí que planteemos los distintos supuestos de hecho que pueden darse. Distinguiremos entre el testamento hecho por el padre estando su hijo en prisión y aquel en que el padre hace testamento estando su hijo en la ciudad pero que en un momento posterior cae prisionero.

En el primer caso, parece que las fuentes equiparan la situación del hijo prisionero a la de los póstumos, así pueden ser instituidos herederos o desheredados, verificándose tal situación con su retorno. Y también puede ser preterido aunque en este caso el retorno produciría la nulidad del testamento. Esto es posible en virtud del efecto retroactivo con que el cautivo recupera su condición de *suus heres* .

Dirijamos nuestra atención a los testimonios de las fuentes:

D. 28, 2, 31 (PAULUS libro secundo ad Sabinum). Dum apud hostes est filius, pater iure fecit testamentum et recte eum praeterit, cum, si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum.

En el texto el jurista no se plantea el momento posterior a la redacción del testamento, si el hijo regresa o no, sino que únicamente admite que estando el hijo en poder del enemigo si el padre hace testamento y pretiere al hijo en el momento de la redacción del testamento, éste es válido, pues el hijo no está bajo su potestad.

D. 28, 3, 6, 1 (ULPIANUS libro decimo ad Sabinum). ... nec enim creditur in rebus

humanis fuisse, cum in ea causa decedat, quamquam captivus reversus patris sui iniustum faceret testamentum in eo praeteritus.

Si el hijo prisionero preterido muere en cautiverio, no invalida el testamento de su padre por esta causa; por el contrario si regresa sí, y el testamento es nulo.

D. 28, 2, 29, 10 (SCAEVOLA libro sexto quaestionum). in omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus: nam frustra exheredabitur post mortem suam: quod non esse necessario in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat et in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem numquam exigemus, videamus. voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.

“

El hijo que está en poder de los enemigos y muere allí puede ser preterido; puesto que según los textos el regreso del hijo produciría la nulidad del testamento, en este caso el padre, para salvaguardar el testamento e impedir la nulidad por preterición en caso de regreso, puede instituir a su hijo heredero o desheredarlo válidamente.

Ahora bien, el problema surgiría cuando habiéndolo instituido heredero o desheredándolo, el hijo no regresa de la prisión; en virtud de la *fictio postliminii* se considerará que el hijo murió en el momento de caer prisionero, es decir, antes de la redacción del testamento, y entonces el testamento sería igualmente nulo porque en el momento de la redacción del mismo los hijos del prisionero habrían adquirido la condición de *sui heredes* de su abuelo y habrían sido preteridos en el testamento. En este caso el testamento es nulo sin posibilidad de salvarlo ni siquiera por lo dispuesto en la ley Junia Velea

Así concluiremos que en el caso de que el *pater familias* haga testamento estando ya su hijo en prisión, su eficacia estará subordinada a que éste hijo prisionero haya sido instituido heredero o desheredado y regrese; en este caso es eficaz y el hijo hereda en virtud del efecto retroactivo del postliminio. También será eficaz el testamento si el abuelo instituye herederos o deshereda expresamente a los hijos del prisionero y este último muere *apud hostes* . En este caso en virtud de la *fictio postliminii* los nietos habrían adquirido la condición de *sui heredes* con anterioridad a la redacción del testamento y éste será válido.

Si no se dan las circunstancias antedichas, cualquier testamento que redacte el padre de un prisionero será necesariamente nulo, abriéndose la sucesión *ab intestato* .

Respecto al segundo supuesto planteado, el testamento hecho válidamente por un padre estando su hijo en la ciudad y éste era hecho posteriormente prisionero, en este caso el testamento será válido si el hijo prisionero regresa estando aún vivo su padre.

D. 28, 3, 10 (PAULUS libro primo ad Vitellium). sed nec filius postliminio rediens rumpit patris testamentum, ut Sabinus existimavit.

El hijo al volver recuperaría por efecto del postliminio su condición de *suus heres* . Si por el contrario el hijo instituido heredero regresa después de la muerte de su padre, el testamento sería nulo por falta de heredero en el momento de la muerte del testador.

Si el hijo muere *apud hostes* , en virtud de la *fictio postliminii* se consideraría muerto en vida del padre y por tanto sus hijos adquirirían la condición de *sui heredes* de su abuelo, el testamento sería nulo por preterición de los *sui* .

Llegado este momento cabe que nos planteemos hasta que punto los hijos del prisionero pueden beneficiarse de la ley Junia Velea respecto a sus derechos hereditarios sobre el patrimonio de su abuelo.

Ya hemos visto que el *pater familias* que tiene un hijo prisionero puede hacer testamento pretiriendo a su hijo prisionero y este testamento es válido (D. 28, 2, 31), pero no podrá instituir *suus heres* al nieto de este hijo prisionero, en cuanto que mientras su padre siga viviendo en prisión, en virtud del efecto suspensivo del postliminio no tiene tal condición (D. 38, 16, 1, 4). Sólo en el caso de que el hijo haya muerto *apud hostes* , el padre podrá y deberá , pues de lo contrario se incurriría en preterición, instituir al nieto *suus heres* en el testamento.

La ley Junia Velea vino a establecer ²⁵⁹ la posibilidad de que el *pater familias* instituyera herederos a los nietos que vivieran en el momento de redactar el testamento, pero que pudieran convertirse en *sui heredes* en un momento posterior al salir de la *patria potestas* del abuelo la persona intermedia, es decir, su padre.

AMIRANTE ²⁶⁰ se cuestiona si el caso del hijo prisionero coincidiría con el supuesto de hecho de esta ley.

Es claro que la persona intermedia a la que se refiere la ley Junia Velea, para que dicha ley sea de aplicación, debe salir de la *patria potestas* del testador en el espacio de tiempo que va desde la redacción del testamento a la muerte del testador. En el caso del hijo cautivo está

²⁵⁹ Gai. 2, 133 y 134.

²⁶⁰ AMIRANTE, *op. cit.* p. 138

claro, para que dicha ley sea de aplicación, que no es necesario que deba morir éste *apud hostes* antes que su padre, pues mientras viva *apud hostes* mantiene sus derechos hereditarios pendientes, paralizando la sucesión del nieto y por tanto no se considerará que salió de la potestad del testador antes de su muerte.

Queda por analizar si en el momento de la redacción del testamento el hijo prisionero se considerará que estaba bajo la potestad del testador. Diremos que si el hijo ya estaba *apud hostes* cuando el padre hizo testamento, en virtud del efecto retroactivo se considerará al hijo fuera de la patria potestad de su padre desde el momento de su caída en prisión; la ley Junia Velea no sería de aplicación en este caso, pues el hijo estaba fuera de la potestad de su padre cuando éste hizo el testamento, y así el nieto se habría convertido en *suus heres* del abuelo y el testamento redactado de acuerdo con la ley Junia Velea será un testamento *ruptum* . Ahora bien, si el hijo cayó en prisión después de que su padre hiciera testamento, el testamento del abuelo que en virtud de la ley Junia Velea nombraba heredero al hijo del prisionero será válido. La aplicación de la ley Junia Velea a este caso viene confirmada en D. 28, 2, 29, 14 si el nieto ya ha nacido e incluso si se trata de un concebido no nacido en D. 28, 2, 29, 6.

D. 28, 2, 29, 14 (SCAEVOLA libro sexto quaestionum). Videndum, num hac posteriore parte si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius et cetera in locum suorum sui heredes succedunt, possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet: nihil enim addidit, quo significaret tempus: nisi quod, licet audenter, possis dicere vivo patre hunc suum heredem esse desisse, licet post mortem decedat, quia nec redit nec potest redire.

D. 28, 2, 29, 6 (SCAEVOLA libro sexto quaestionum). Quid si filium apud hostes habebat testaretur ? quare non inducere, ut, si antea quam filius ab hostibus rediret quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet ? nam hic casus ad legem Vellaeam non pertinet. melius ergo est, ut in eius modi utilitate praesertim post legem Vellaeam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natussuus esset rumperetque praeteritus: atque etiam si generaliter, quidquid sibi

liberorum natum erit post mortem aut quicumque natus fuerit sit institutus, si suus nasceretur.

Las mismas reglas enunciadas para la institución de heredero del hijo del cautivo son válidas para los legados; de este modo el legado instituido a favor del hijo prisionero es válido si el hijo retorna, mientras que será nulo si muere *apud hostes*.

D. 48, 10, 22, 1 (PAULUS libro singulari ad senatus consultum Libonianum). Si ei filio, qui apud hostes est, adscripserit pater legatum, dicendum est reverso eo incidere in poenam senatus consulti: quod si ibi decesserit, innocens pater existimatur.

Al padre se le castiga con la pena del senadoconsulto Liboniano únicamente cuando el hijo prisionero regresa, pues sólo en ese caso es válido el legado a favor del hijo prisionero.²⁶¹

²⁶¹ SOLAZZI, op. cit. p. 586, afirma que no puede negarse la validez del legado a favor del hijo prisionero que regresa, cuando por otro lado la misma jurisprudencia admite la validez de la *datio tutoris* en D. 26, 2, 16, 2.

Distinta es la opinión doctrinal respecto a la validez del legado a favor de un extraño prisionero del enemigo. Los textos relativos al tema son confusos pues mientras algunos textos niegan rotundamente su validez, otros dan por válido el legado establecido en estas condiciones.

D. 41, 8, 7 (IAVOLENUS libro septimo ex Cassio). Nemo potest legatorum nomine usucapere nisi is, cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur.

Inst. 2, 20, 24 . Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

En ambos textos se dice que no puede adquirir a título de legatario quien no tiene *testamentifactio* pasiva.

Frente a estos textos otros parecen confirmar la validez del legado al extraño.

D. 34, 8, 4, pr y 1 (ULPIANUS libro tertio decimo ad legem Iuliam et Papiam). Si eo tempore, quo alicui legatum adscribebatur, in rebus humanis non erat, pro non scripto hoc habebitur. (1) Sed et si in hostium potestate erat, quo testamentum fiebat,

neque ab hostibus rediit, pro non scripto erit: et ita Iulianus scribit.

En el *principium* , el texto parece tener el mismo contenido que D. 41, 8, 7 e Inst. 2, 20, 24. El legado es nulo por falta de *testamentifactio* pasiva, en cambio el parágrafo 1, parece oponer una excepción por vía negativa en el caso del legatario prisionero. AMIRANTE ²⁶², niega la autenticidad del texto, pues según la regla Catoniana el legado debía tener eficacia en el mismo momento en que fue establecido para que fuera válido y esto no es así cuando el legatario está cautivo. En el parágrafo 1 parece que se reconoce implícitamente al postliminio un efecto confirmatorio de la validez del legado *a posteriori*, pero esto no es el efecto que deriva del postliminio, ya que el único efecto que se le reconoce al postliminio es el efecto suspensivo de los derechos que el cautivo ya tuviese antes de la prisión y entre estos no se encuentra el del legado a su favor, pues no es un derecho que hubiera adquirido antes de la prisión. El mismo razonamiento equívoco hace.

“

D. 30, 101, 1 (IULIANUS libro septuagesimo octavo digestorum). Si ei qui in hostium potestate est legatum fuerit et is apud hostes decesserit, nullius

²⁶² AMIRANTE, op. cit. p. 132

momenti legatum erit, quamvis postliminio confirmari potuit .

Por el contrario sí que jugaría a su favor el postliminio cuando éste es hijo del testador porque el cautivo recupera en virtud del postliminio su condición de *suus heres* , que sí tenía antes del cautiverio y de ahí que se admita la validez de la institución de heredero o legatario cuando éste es un *filius familia* , pero nunca a un extraño.

En cualquier caso la validez del legado si el hijo prisionero regresa o su nulidad si no lo hace, no afecta en ningún momento a la condición de los hijos de éste, que en ningún caso tendrán derecho sobre ese legado. Cuestión distinta es si el legado o la herencia se establece a favor de un esclavo de su padre prisionero.

D. 28, 5, 32, 1 (GAIUS libro primo de testamentis ad edictum praetoris urbanis). ... 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.

Independientemente de la primera parte del texto, ya analizada en anteriores páginas, interesan aquí las

palabras que hacen alusión a la institución de heredero a favor del esclavo del prisionero. Gayo nos dice que en este caso la adición de la herencia podrá hacerse con el *iussum* del prisionero si regresa, o con la autorización del heredero del prisionero si éste no regresa. Del texto parece deducirse que la aceptación de la herencia estará pendiente del regreso del prisionero, o de su muerte, en cuyo caso en virtud de los principios que rigen la sucesión del *captivus* sería su heredero aquel que daría el consentimiento. En definitiva, la aceptación dependería del juego del efecto suspensivo que deriva del postliminio o del efecto retroactivo que surge de la interpretación jurisprudencial de la ley Cornelia, teniendo presente que el esclavo forma parte del patrimonio del prisionero. Estas ideas se recogen claramente en

D. 49, 15, 22, 1(IULIANUS libro sexagensimo secundo digestorum). Apparet ergo eadem omnia pertinere ad heredem eius, quae ipse, qui hostium potitus est, habiturus esset, si postliminio revertisset. porro quaecumque servi captivorum stipulantur vel accipient, adquiri dominis intelleguntur, cum postliminio redierint: quare necesse est etiam ad eos pertineant, qui ex lege Cornelia hereditatem adierint. quod si nemo ex lege Cornelia heres extiterit, bona publica fient. legata quoque servis eorum praesenti die vel sub condicione ad heredes pertinebunt. item si servus ab

extero heres institutus fuerit, iussu heredis captivi adire poterit.

Comienza Juliano diciendo que pertenece al heredero todo lo que tendría el prisionero si regresase por derecho de postliminio. Este *omnia* incluye lo que estipulan y adquieren los esclavos de los prisioneros y también los legados hechos a los esclavos. Respecto a las herencias a favor de los esclavos, estas pueden ser adidas con la autorización del heredero del cautivo. En el texto la reglamentación de los legados es semejante a las demás adquisiciones hechas por los esclavos, adquisiciones que hemos estudiado con anterioridad. Las herencias, puesto que requieren de la autorización de su dueño, están subordinadas a este requisito, autorización que puede dar también el heredero del cautivo.

D. 49, 15, 1 (MARCELLUS libro vicensimo secundo digestorum). Quod servus eius, qui ab hostibus captus est, postea stipulatus est, aut si legatum sit servo eius, posteaquam ille ad hostes pervenit, hoc habebunt heredes eius, quia et si captivitatis tempore decessisset, adquisitum foret heredi.

También en este texto se equiparan las adquisiciones hechas por el esclavo del cautivo en virtud de la estipulación y las adquisiciones por legado. Dice que en ambos casos lo adquirido pasa a los herederos.

Las fuentes no dejan lugar a la duda, las adquisiciones a título de legado pasarán a formar parte del patrimonio del prisionero si regresa, o del caudal hereditario y por tanto del heredero si muere *apud hostes*.

Respecto de las herencias a favor del esclavo, en este caso al no ser adquisiciones puras requieren de una autorización del dueño para ser adquiridas, las fuentes nos dicen que esta autorización la dará el dueño si regresa, o por el contrario si no regresa puede autorizar el hijo su adición, incluso de D. 49, 15, 22, 1 parece deducirse que el hijo puede dar la autorización aún viviendo su padre en prisión. De acuerdo con lo dicho al principio del capítulo cuando hacemos referencia a que los bienes quedarían en manos de la familia, de los propios hijos si son capaces o de alguien cercano al prisionero, entiendo que esta autorización al esclavo para que acepte la herencia podía concedérsele por el encargado de administrar el patrimonio del cautivo mientras éste estuviera prisionero, y que en caso de que muriera pasaría a ser adquirido por los hijos como parte del caudal hereditario.

La razón para admitir la validez de estas adquisiciones es idéntica a la razón por la cual se permite

instituir heredero a un hijo prisionero, o que éste pueda adir la herencia al regreso de prisión. De nuevo el efecto suspensivo del postliminio provoca, como ya hemos dicho, que el *dominium* del *captivus* esté en suspenso y que lo recupere al regresar de la prisión. Si no regresa, la ley Cornelia ha hecho posible la sucesión al cautivo con efecto retroactivo desde el momento que éste fue hecho prisionero y por tanto adquiriría aquello en lo que hubiera acrecido su patrimonio *medio tempore*, entre éstas las adquisiciones hechas por medio de esclavos. RATTI ²⁶³ prefiere hablar de un *ius singulare* concedido a favor del esclavo por razones de equidad, nosotros consideramos junto con AMIRANTE ²⁶⁴ que no es necesario hablar de ningún *ius singulare*, es el propio mecanismo del postliminio el que hace posible este tipo de adquisiciones, al igual que el resto de adquisiciones que el prisionero puede hacer por medio de sus sometidos.

“

²⁶³ RATTI, *op. cit.* p. 167

²⁶⁴ AMIRANTE, *op. cit.* p. 133

I.d. CONCLUSIONES.

1- Con anterioridad a la promulgación de la ley Cornelia no cabe hablar de sucesión al cautivo. De entre todas las posibilidades barajadas la hipótesis más probable sería que los bienes quedarán en manos de sus familiares, sus hijos si eran capaces, en espera de su regreso o de su muerte *apud hostes*.

2- La ley Cornelia promulgada durante la dictadura de Sila, vino a hacer posible la sucesión al cautivo. La ley Cornelia establece la ficción de que debía considerarse que el prisionero muerto *apud hostes* murió en el momento en que fue hecho prisionero y por tanto será válido el testamento que el cautivo hubiera hecho con anterioridad a caer en prisión con todas las disposiciones que éste contuviera. Tal ficción será aplicada analógicamente por la jurisprudencia a los casos en los que el prisionero no hubiera dejado hecho un testamento. Serían beneficiarios de los bienes del cautivo los herederos instituidos en testamento y a falta de éste sus sucesores *ab intestato*.

3- El prisionero, dada la *capitis deminutio* que ha sufrido, pierde sus derechos sucesorios *ab intestato*, pero como puede recuperarla por virtud del postliminio, diremos

que este derecho como los otros se mantiene en suspenso, y esta misma suspensión se produce en las expectativas hereditarias de sus hijos en la sucesión *ab intestato*.

4- Caso distinto es la institución de heredero a favor del prisionero. Si el testador es un extraño al cautivo el testamento es nulo, pues dada la *capitis deminutio* del prisionero el testamento es nulo en el momento de su redacción. Sí se admite la institución de heredero a favor del hijo que está en prisión, al igual que su desheredación, pues en virtud de su condición de *suus heres* no puede ser preterido. De la muerte del hijo prisionero, la condición de *sui* adquirida por sus hijos podría provocar la nulidad del testamento del padre del prisionero.

5- Será nulo todo legado a favor del prisionero cuando el testador es un extraño. El legado de un padre a su hijo prisionero es válido si éste regresa.

6- El prisionero o sus herederos podrán adquirir los legados o herencias dejados a sus esclavos, pues tales instituciones son válidas.

“

CONCLUSIONES GENERALES

“

A la luz del presente estudio, tras un análisis pormenorizado de las fuentes jurídicas, podemos concluir que:

1- Las instituciones de la *captivitas* y el *postliminium* deben enmarcarse dentro del tema general de las relaciones internacionales entre los pueblos en la antigüedad y exáctamente en el marco de las relaciones de aquellos estados entre los que no hay tratados o alianzas o dichos tratados han sido violados, siendo necesaria una previa declaración de guerra; son pues dos instituciones propias del derecho de guerra.

2- El ciudadano romano hecho prisionero por un pueblo enemigo pierde automáticamente su derecho de ciudadanía y su libertad, adquiriendo la condición de esclavo no sólo frente al pueblo enemigo sino también para su propio ordenamiento, no podemos admitir que los romanos considerarán la prisión de guerra como un hecho extraño a su ordenamiento, la prisión de guerra modifica el *status* del prisionero también en relación a su propio ordenamiento, en este sentido son numerosas las fuentes que lo atestiguan.

El prisionero al perder la libertad y la ciudadanía, al perder su posición jurídica frente a su propio ordenamiento sufre una *capitis deminutio*.

Frente a la institución de la *captivitas* aparece la institución del postliminio, cuyo efecto consiste en eliminar las consecuencias negativas de la prisión; el *postliminium* señala los efectos jurídicos del regreso al propio territorio y a la propia jurisdicción. Mantenemos que tanto la *captivitas* como el *postliminium* son instituciones propias del derecho de guerra, y esto relacionado con el *postliminium* se traduce en la exigencia de unos presupuestos muy rígidos para que entre en juego el beneficio de esta institución. Los requisitos exigidos son dos: el primero, *venire ad hostes*, significa ser hecho prisionero por un pueblo enemigo de Roma y con el que Roma está en guerra. El segundo, *redire ab hostibus*, debe entenderse como regresar a Roma o pueblo aliado durante la misma guerra, salvo excepciones contempladas expresamente en tratado de paz; esto significa que la distinción entre *postliminium in bello* y *postliminium in pace* únicamente puede entenderse referida al momento del regreso, jamás al momento en que el cautiverio se produce.

3- En cuanto a la condición jurídica de los hijos del prisionero que determina la capacidad jurídica de estos durante la prisión de su padre, "cuestión objeto de nuestro trabajo, distinguimos entre los hijos ya nacidos en el momento en que el padre es hecho prisionero y aquellos que nacen durante el cautiverio de éste.

De estos últimos, diremos que aquellos que fueron concebidos en la ciudad y nacen en prisión en virtud del

principio *conceptus pro iam natu habetur*, tienen la consideración de *captus ab hostibus* y por tanto al regresar gozan de derecho de *postliminium* adquiriendo la condición de hijo legítimo si fue concebido *ex iustis nuptiis* o ilegítimo si no fue ese el caso.

Los hijos concebidos y nacidos en prisión no son *captus ab hostibus*, y por tanto no gozan de derecho de postliminio en caso de regreso, un rescripto de los emperadores Severo y Antonino modificará esta situación a todas luces injusta, permitiendo que en estos casos los hijos a su regreso adquieran la libertad y la ciudadanía, teniendo la condición de legítimo si vuelve con ambos padres o ilegítimo si regresa sólo con la madre. Esta condición para su consideración de hijo legítimo es necesaria dado que el cautiverio ha provocado la disolución del matrimonio de sus padres; como en derecho justiniano la captivitas no disuelve el matrimonio, la condición de hijo legítimo ya no se verá limitada al caso de que regrese con ambos padres.

En cuanto a los hijos ya nacidos en el momento en que el padre es hecho prisionero, dado que la *patria potestas* del padre queda en suspenso y se recuperará *iure postliminii*, la condición jurídica de estos es incierta mientras su padre permanezca en prisión; esto condiciona la capacidad jurídica de los hijos durante la prisión del padre, así estos pueden realizar válidamente algunos actos jurídicos, mientras la realización de otros les está vedada, depende

esto de los requisitos de capacidad exigidos para el negocio y de la propia naturaleza del mismo.

En derecho justiniano, puesto que la *patria potestas* no se ve afectada por la caída en prisión, los hijos seguirán teniendo la condición de *alieni iuris* durante la prisión del padre, aunque adquirirán la condición de *sui iuris* con efecto retroactivo si su padre muere en cautiverio.

4- Especial trascendencia tiene en el tema objeto de nuestra consideración la publicación de la ley Cornelia que permite por primera vez hablar de sucesión en el caso de que el prisionero muriera *apud hostes*. Dos conclusiones extraemos respecto de la ley Cornelia :

* La primera relativa al contenido de ficción de la ley Cornelia el cual quedaría expresado en los siguientes términos: el prisionero muerto en cautiverio se considera que murió en el momento en que fue hecho prisionero, y a este momento se atiende para salvaguardar la eficacia de su testamento.

* El segundo, la letra de la ley Cornelia hace referencia expresa a la confirmación de los testamentos del que muere prisionero del enemigo. Es la jurisprudencia la que analógicamente extiende la ficción de la ley Cornelia a la sucesión *ab intestato* cuando el prisionero no hubiera dejado hecho testamento en la ciudad, esta interpretación jurisprudencial se produce de forma inmediata en el tiempo

a la publicación de la ley y sin que ésta produzca fricción entre los juristas como la uniformidad de criterio jurisprudencial demuestra.

5- Las consecuencias jurídicas de la *captivitas* , el juego del *postliminium* , el estado de suspensión en que queda la condición jurídica del cautivo y de sus propios hijos, unido al efecto retroactivo que determina el juego de la ficción de la ley Cornelia junto al propio derecho sucesorio y especialmente a los estrictos principios que rigen en materia de sucesión testamentaria, hacen que el tema de la *testamentifatio* pasiva del prisionero y de sus hijos en caso de muerte de éste en prisión sea no confuso o de difícil solución pero sí complicado en cuanto es posible plantearse tantos casos y soluciones como situaciones concretas pudieramos encontrar en la vida práctica. Así la única conclusión a la que podemos llegar en este punto es que la solución a cada supuesto vendrá determinada por la aplicación tanto de los principios y reglas referidos al tema de la prisión como de las propias normas del derecho sucesorio.

..

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ACCARIAS, *Précis de Droit Romain* (Paris 1886)

ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* en *BIDR*
(1923)

ALBERTARIO, *Studi di Diritto romano: Persone e famiglia*
(Milano 1932) Rc: ARANGIO RUIZ en *Archivio*
Giuridico 13 (1935)

ALBERTARIO, *Postliminio e possessio* en *SDHI* 6 (1940)

ALBERTARIO, *Corso di Diritto Romano. Possessio e quasi*
possessio (Milano 1943)

AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminium* en
SDHI 5 (1939)

AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950)

AMIRANTE, *Ancora sulla captivitas ed il postliminio* en
Studi in Onore de Pietro de Francisci I (Milano
1956)

ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano* (Napoli 1937)

- BACH, *Historia Jurisprudentiae Romanae* (Lipsiae 1807)
- BALDI, *La restitutio in integrum e l' ius postliminii* (Livorno 1909)
- BALOGH, *Der Urheber und das alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes en Studi in onore di Pietro Bonfante IV* (Milano 1930)
- BARBIER, *Du postliminium en Droit Romain* (1879)
- BARTOSEK, *Captivus* en *BIDR* 57 (1953)
- BARTOSEK, *La spes en Droit Romain* en *RIDA* 3 (1949)
- BECHMANN, *Das Ius postliminii und die Fictio legis Corneliae* (Erlagen 1872)
- BEHENNE, *Du postliminium* (Paris 1873)
- BESELER, *Beiträge zur Kritik des römischen Rechtsquellen IV* (Tübingen 1910)
- BESELER, *Postliminium und Cornelia* en *ZSS* 45 (1925)
- BETTI, *Falsa impostazione della., questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica* en *RISG* (1951)
- BONA, *Sul animus remanendi nel postliminio* en *SDHI* 27 (1961)
- BONA, *Postliminium in pace* en *SDHI* 21 (1955)
- BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I* (Roma 1925)

BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 1979)

BREGEAULT, *Du postliminium en Droit Romain* (Paris 1877)

BUCKLAND, *The roman Law of Slavery* (Cambridge 1908)

BUHL, *Salvius Iulianus* (Heidelberg 1886)

BUIGUES, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho Romano* (Valencia 1992)

COHN, *Beiträge zur Römischenrechts* (Berlin 1880)

CORNIL, *Traité de la possession en Droit Romain* (Paris 1905)

COULANGES, *La ciudad antigua* (Madrid 1982)

CUQ, *Manuel des Institutions* (Paris 1917)

DE BEAUMONT, *Du postliminium en Droit Romain* (Paris 1859)

DE FRANCISCI, *Sull' acquisto del possesso per mezzo dello schiavo en Rendiconti dell'Istituto Lombardo* (40)

D' ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio en SDHI* (1933)

DESSERTAUX, *Etudes historiques sur la capitis deminutio* (Dijon 1909)

- DE VISSCHER, *Aperçus sur les origenes du postliminium* en *Festschrift Paul Koschaker I* (Weimar 1939)
- DE VISSCHER, *Droit de capture et postliminium in pace* en *RIDA* 6 (1956)
- DI MARZO, *Dirimitur matrimonium captivitate* en *Studi in onore di Siro Solazzi*.
- DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente* en *Studi in onore di V. Sciajola* (Bologna 1953)
- D' ORS A., *Derecho Privado Romano* (Pamplona 1972)
- FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli 1910)
- FERRINI, *Manuale di Pandette* (Milano 1908)
- FOUCAULT, *Du postliminium* (Paris 1883)
- FUENTESECA, *Orígenes y perfíles clásicos del postliminio* (Madrid 1951)
- GIOFFREDI, *Sul ius postliminii* en *SDHI* 16 (1950)
- GIOFFREDI, *Pendenza e sospensione dalla fonti romane alla dommatica odierna* en *SDHI* 22 (1956)
- GIOFFREDI, *Pendere per la storia di un dogma* en *Studi Giuridici in memoria di Felippo Vassalli* (Torino 1960)
- GIRARD, *Manuel de Droit Romain* (Paris 1911)

- GUARINO, *Sul ius singulari postliminii* en ZSS 61 (1941)
- HASE, *Das ius postliminii und die fictio legis Corneliae* (Halle
1851)
- HEUMANN SECKEL, *Handlexikon* (Graz 1971)
- JOBIN, *De la captivite et du postliminium* (Nancy 1889)
- JOSSELIN, *Du Postliminium* (Bordeaux 1881)
- KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (Leipzig 1901)
- KORNHARDT, *Postliminium in Republikanischer Zeit* en SDHI
19 (1953)
- KRELLER, *Juristenarbeit am Postliminium* en ZSS 69 (1952)
- KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio* (Breslau 1887)
- KUNKEL, *Matrimonium* en Pauli - Wisowa
- LEVY, *Ehescheidung* (Weimar 1925)
- LEVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien Droit
romain* (Paris 1934).
- LEVY-BRUHL, *Verschollenheit und Ehe in Antiken Rechten*
en *Gesammelte Schriften II* (1963)
- LONGO, *Postille critiche in tema di captivitas* en IURA 8
(1957)
- LONGO, *Affectio maritalis* en BIDR 46 (1939)

- MAFFI, *Ricerca sull' postliminio* (Napoli 1992)
- MAYNZ, *Cours de Droit Romain III* (Bruxelles 1877)
- MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf Diocletianszeit*
(Leipzig 1808)
- MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitschutz*
en Gesammelte Schriften (Berlin 1907)
- MORIAUD, *Du consentement du père de famille au mariage*
en droit classique en Mélanges P. F. Girard
(Paris 1912)
- ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano en*
BIDR 47 (1940)
- PERNICE, *Marcus Antistius Labeo* (Halle 1873)
- PEROZZI, *Istituzioni* (Firenze 1906)
- RASSI, *Consensus facit nuptias.* (Milano 1940)
- RATTI, *Studi sulla captivitas* (Napoli 1980)
- ROBY, *Roman Private law II* (Cambridge 1902)
- ROTONDI, *Possessio quae animo retinetur en BIDR* 34
(1921)
- SANTA CRUZ, en *AHDE* 16 (1945): Rc. a D' ORS A.,
Postliminium in pace en Revista de la Facultad
de Derecho de Madrid (1942)

SAVIGNY, *Traité de la possession en Droit Romain* (Paris 1886)

SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971)

SCADUTO, *Contributo esegetico alla doctrina romana dell' eredità giacente* en *Annali Palermo* 8 (1921)

SOHM, *Institutionem des römischen Rechts* (Leipzig 1908)

SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare en giudizio* en *BIDR* 11 (1898)

SOLAZZI, *L'estizione dell' obbligazione I* (Napoli 1935)

SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii* en *Scritti di Diritto Romano IV* (Napoli 1963)

SOLAZZI, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971)

SOLAZZI, *La pendenza dei diritti nelle fonti romane* en *Scritti di Diritto Romano V* (Napoli 1972)

VALIÑO, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Valencia 1992)

VOIGT, *Die XII Tafeln* (Leipzig 1883)

VOLTERRA, *In tema di accusatio adulteri* en *Studi in onore di Pietro Bonfante II* (Milano 1930)

VOLTERRA, *Iniustum matrimonium* en *Studi in onore de Gaetano Scherillo II.* (Milano 1972)

WOLFF, *The lex Cornelia de Captivis and The roman law of succession* en *BIDR* 46 (1939)

ZUICHEMUS, *Commentaria in decem tit. inst. iur. civ.* (Lugduni 1534)

“

INDICE DE FUENTES

FUENTES JURIDICAS

CORPUS IURIS CIVILIS

Instituciones de Justiniano.

1, 12, 5 :	11, 88, 130
2, 12, 5 :	250
2, 20, 24 :	274, 275
4, 6, 5 :	205
4, 10, pr :	75

Digesto

1, 5, 5, 1 :	18, 26
1, 5, 26 :	116
3, 5, 5, 19 :	214
3, 5, 11, pr :	214
3, 5, 20, pr :	86
4, 6, 15, pr :	24, 25
4, 6, 15, 1 :	117
4, 6, 19 :	187, 188
4, 6, 23, 1 y 2 :	184, 188
4, 6, 23, 3 :	196
10, 2, 7 :	264

10, 2, 22, 5 :	74
10, 2, 23 :	74
11, 7, 36 :	17
13, 5, 11, pr :	214
14, 6, 1, 1 :	145, 163
15, 2, 2, 1 :	74, 214
23, 1, 7,1 :	165, 170
23, 2, 2 :	164, 169
23, 2, 9, 1 :	166
23, 2, 11 :	166
23, 2, 45, 6 :	21, 100, 172
23, 3, 5, 4 :	173
23, 4, 8 :	173
24, 1, 32, 14 :	96
24, 2, 1 :	22, 24, 27, 95
24, 2, 6 :	108, 102
24, 2, 6, 14 :	114
24, 2, 11 :	102
24, 3, 10 :	95
24, 3, 22, 11 :	175
26, 1, 6, 4 :	152
26, 1, 15 :	20, 27
26, 2, 16, 2 :	273
28, 1, 12 :	131, 235, 245, 248, 252
28, 2, 29, 6 :	271, 272

28, 2, 29, 10 :	267
28, 2, 29, 14 :	271, 272
28, 2, 31 :	266, 270
28, 3, 6, 1 y 2 :	124, 266
28, 3, 6, 5 :	7, 11, 236
28, 3, 6, 12 :	237
28, 3, 10 :	269
28, 3, 15 :	238, 248, 252
28, 5, 32, 1 :	87, 276
28, 6, 28 :	240, 248, 252
29, 2, 6, pr :	161
29, 2, 6, 1 :	161
29, 2, 25, 4 :	161
29, 2, 33 :	7
30, 101, 1 :	275
35, 2, 1, 1 :	244, 248, 252
36, 3, 5 :	213, 214
37, 1, 3, 6 :	22, 27, 253
37, 4, 1, 4 :	259
37, 9, 1, 8 :	263
37, 14, 21, pr :	103
38, 2, 37 :	103
38, 2, 4, 1 :	244, 248, 251
38, 2, 4, 2 :	74, 259
38, 4, 7 :	74

38, 4, 13, 2 :	12
38, 7, 2, 3 :	159, 160
38, 7, 5, 1 :	260
38, 8, 4, pr y 1 :	274
38, 15, 5, pr :	161
38, 16, 1, pr :	245
38, 16, 1, 1 :	19, 24, 121
38, 16, 1, 4 :	36, 260, 270
38, 16, 2, pr :	260
38, 16, 15:	132, 148, 159
38, 17, 1, 1 :	86
38, 17, 1, 3 :	121
38, 17, 2, 3 :	23, 27
38, 17, 2, 7 :	261
40, 7, 6, 1 :	117
40, 7, 6, 2 :	123
41, 1, 7, pr :	15
41, 2, 23, 1 :	182, 189, 204, 206
41, 3, 8, 1 :	192
41, 3, 11 :	197, 198, 202, 203
41, 3, 15, pr :	200
41, 3, 44, 7 :	193, 203
41, 8, 7 :	274, 275
42, 4, 6, 2 :	214
45, 1, 11 :	215, 217

45, 1, 45:	219
45, 3, 18, 2 :	156, 215, 218
46, 4, 11, 3 :	217, 218
47, 2, 41, 3 :	211
48, 5, 14, 7 :	111
48, 10, 22, 1 :	273
48, 22, 3 :	227, 229
49, 15, 1 :	278
49, 15, 4 :	73
49, 15, 5 :	65
49, 15, 5, pr :	66
49, 15, 5, 1 :	8, 46, 48
49, 15, 5, 2 :	10
49, 15, 5, 3 :	54, 55, 57
49, 15, 8 :	104, 110, 114
49, 15, 9 :	120, 125
49, 15, 10 :	86, 240, 243, 246
49, 15, 11 :	242, 243, 247
49, 15, 12 :	65
49, 15, 12, pr :	48, 68, 74
49, 15, 12, 1 :	140, 155, 159, 160
49, 15, 12, 2 :	172, 190, 194, 202
49, 15, 12, 3 :	167, 174
49, 15, 12, 4 :	98
49, 15, 12, 9 :	12, 25, 58

49, 15, 14, 1 :	104, 106
49, 15, 16 :	88
49, 15, 17 :	47
49, 15, 18 :	88, 144, 244, 247
49, 15, 19 :	65
49, 15, 19, pr :	43, 70, 74
49, 15, 19, 1 :	48
49, 15, 19, 2 :	47
49, 15, 19, 3 :	14, 46, 48
49, 15, 19, 4 :	47
49, 15, 20 :	65, 68
49, 15, 20, pr :	51, 58
49, 15, 20, 2 :	48
49, 15, 21, 1 :	47
49, 15, 22, pr :	252
49, 15, 22, 1 :	277, 279
49, 15, 22, 2 :	138, 142, 150, 155, 216, 218
49, 15, 22, 2 y 2a:	156
49, 15, 22, 3 :	„ 192, 198, 201
49, 15, 22, 4 :	239
49, 15, 23 :	174
49, 15, 24 :	6, 14, 47
49, 15, 25 :	120
49, 15, 26 :	58, 70
49, 15, 28, pr :	52

49, 15, 29 :	197, 202, 203
49, 17, 9 :	158
50, 16, 3, 1 :	10, 19, 27
50, 17, 118 :	188

Código de Justiniano

5, 4, 25 :	171
6, 9, 1 :	161
6, 61, 8, pr :	162
7, 14, 4 :	47
8, 50, (51), 1 :	118
8, 50, (51), 8 :	123
8, 50, (51), 9, pr :	250, 261
8, 50, (51), 14 :	261
8, 50, (51), 16 :	122
12, 35, 36 :	30

Novelas de Justiniano

22 :	107
22, 7 :	110, 112
36 :	126
75, 5 :	95
117 :	107
127 :	107
134 :	107

OTROS TEXTOS JURIDICOS

Basílicos

34, 1, 9, 25 :	125
34, 2, 15 :	122
50, 2, 22, 1 :	206

Epitome Gai

1, 6, 2 :	133
-----------	-----

Epitome Ulpiani

10, 4 :	139
11, 22 :	103
23, 4 :	40
23, 5 :	249
26, 3 :	259

Instituciones de Gayo

1, 127 :	226
1, 129 :	13, 39, 136
1, 160 :	29
1, 173 :	103
2, 66 y 69 :	16

Situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra.

2, 133 y 134 :	270
3, 103 :	152
3, 153 :	106

Sententiae Pauli

2, 25, 1 :	88, 131
3, 4, 8 :	86
3, 4a, 8 :	249
3, 4a, 8 y 9 :	9

“

FUENTES LITERARIAS

<i>Cesar, De bello civile</i>	
2, 32 :	32
<i>Cicerón, Pro balbo</i>	
11, 28 :	55
<i>Gregorio Magno, Dialogos</i>	
3 :	31
<i>Horacio, Carmina</i>	
3, 5, 41 :	33
<i>Latancio, De mortibus persecutorum</i>	
	31
<i>Livio, Ab urbe condita</i>	
22, 6, 15	34

“

INDICE GENERAL

INDICE GENERAL

CAPITULO PRIMERO: Consecuencias jurídicas de la prisión de guerra.

I - Captivitas	5
I.a-Efectos del cautiverio: pérdida de la libertad y de la ciudadanía.....	5
I.b- Consideración del cautivo como esclavo.....	13
I.c- <i>Capitis deminutio</i> del prisionero.....	28
II-Postliminium	42
II.a- Concepto de <i>postliminium</i>	42
II.b- Presupuestos del <i>postliminium</i>	46
II.b.1-Caída en prisión.....	46
II.b.2-Regreso de la prisión.....	47
II.c- El <i>ius postliminii</i> como institución del derecho de guerra.....	61

II.d- Evolución histórica del <i>postliminium</i>	71
II.d.1- <i>Postliminium</i> en Derecho arcaico.....	71
II.d.2-Evolución posterior: <i>postliminium</i> en Derecho clásico.....	74
II.d.3- La institución del <i>postliminium</i> en Derecho postclásico y justiniano.....	84
III- Conclusiones.....	90

CAPITULO SEGUNDO: Aspectos jurídicos de la prisión de guerra que inciden en la situación jurídica de los hijos de los prisioneros de guerra.

I- Efectos de la prisión de guerra sobre el matrimonio del cautivo y condición de los hijos nacidos en prisión.....	94
I.a- La prisión de guerra como causa de disolución del matrimonio.....	94
I.b- Condición jurídica de los hijos del cautivo.....	115
I.b.1-Hijos concebidos en la ciudad y nacidos en prisión	115
I.b.2-Hijos concebidos y nacidos en prisión.....	118
I.c- Conclusiones	127

II- Efectos de la prisión de guerra sobre la <i>patria potestas</i> : capacidad jurídica de los hijos durante la prisión del padre	129
II.a- Condición jurídica de los hijos durante la prisión del padre.....	134
II.b- Capacidad jurídica de los hijos durante la prisión del padre.....	154
II.b.1-Adquisiciones realizadas por hijos y esclavos.....	155
II.b.2- <i>Testamentifactio</i> activa y pasiva del hijo del prisionero.....	160
II.b.3- Obligaciones contraídas por el hijo del prisionero.....	162
II.b.4-Matrimonio del hijo del prisionero.....	163
II.c- Conclusiones	176
III- Efectos de la prisión sobre las situaciones posesorias del prisionero. Bienes poseídos por el prisionero por mediación de sus sometidos. Posesión iniciada durante la prisión por sus sometidos.....	178
III.a- Bienes poseídos por el prisionero.....	179
III.b- Posesión por medio de los sometidos	189
III.c- Conclusiones	208
IV- Efectos de la prisión de guerra sobre las obligaciones del prisionero y responsabilidad de los hijos	210
IV.a- Conclusiones.....	219

CAPITULO TERCERO: La sucesión de los bienes del cautivo.

I- La ley Cornelia: sucesión de los bienes del cautivo.

Testamentifacio pasiva del prisionero221

I.a- Sucesión al cautivo con anterioridad a la ley
Cornelia.....222

I.b- Sucesión al cautivo después de la ley Cornelia.....230

I.b.1- Origen y antigüedad de la ley230

I.b.2- Contenido de la *fictio legis Cornelia*.....232

I.b.3- Alcance de la *fictio legis Cornelia*246

I.c- *Testamentifacio* pasiva del prisionero.....257

I.c.1- El prisionero como sucesor *ab intestato*258

I.c.2- El prisionero como sucesor testamentario.....264

I.d- Conclusiones.....280

CONCLUSIONES GENERALES.....283

BIBLIOGRAFIA.....289

INDICE DE FUENTES

.....298