ORIGEN Y PERFILES CLASICOS DEL POSTLIMINIUM *

I

El tema de *postliminium* viene preocupando a los investigadores desde hace años, de tal modo que la calificación de los efectos de éste constituye hoy materia polémica [1]. La discre-

---

* ABREVIATURAS

RISG = *Rivista italiana per le scienze giuridiche.*
SDHI = *Studia et Documenta Historiae et Iuris.*
RIDA = *Revue Internationale de Droits de l'Antiquitè.*
RFD = *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid.*
SZ = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.*
TVR = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.*
BIDR = *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja".*
AM = *Annali della R. Università di Macerata.*
RIL = *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere.* Milano.
AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español.* Madrid.
BEITRAGE = *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen de G. Beseler.*
A. MESSINA = *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina.*

1. Tres estudios discrepantes entre si han salido a luz recientemente: SOLAZZI, *El concetto del ius postliminii en Scritti Ferrini.* Milán, Vita e Pensiero, vol. II, 1947, 288-360, y una continuación de este trabajo con el título, *Il postliminium rei e gli immobili,* publicada en RISG. Serie III, Anno III (1949), 1-14; AMIRANTE, *Captivitas e postliminium,* Jovene, Nápoles, 1950; GIOFFREDI, *Sul «ius postliminii»,* en SDHI, XVI, 1950, 13-58. Un estudio reciente, pero desconocido para nosotros, es el de BARTOSEK, publicado en Praga (1948), que según el autor (RIDA, II, *Mélanges De Visscher,* I, página 37), aparecerá en francés: *Captivus. Etude sur la condition juridique*

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

pancia se ha producido en orden a la valoración jurídica de la situación en que se hallan los derechos del *captivus* durante la *captivitas* y a la fijación de los efectos que se producen con el retorno a causa del *postliminium*. En cambio, el problema de los orígenes y de los caracteres externos fundamentales del instituto no se ha abordado de modo suficientemente amplio. Debido a ello, algunos estudios recientes enfocan el tema de los orígenes de modo poco convincente y con notoria despreocupación respecto al ámbito de aplicación y perfiles externos del instituto.

Ciertamente, la calificación de los efectos del *postl.* acaso sea el aspecto de más vivo interés; pero es cuestión indudablemente previa el trazado de las líneas originarias y del ámbito general de aquél. Sin acuerdo sobre este aspecto, que podíamos denominar externo, no podrá estudiarse con eficacia el lado interno de la institución, sus efectos concretos en la situación jurídica del ciudadano romano.

Nos proponemos con este estudio colaborar a la reconstrucción de los perfiles originarios y clásicos del *postl.*, si bien alu-

---

du citoyen romain prisonnier de guerre. No tenemos noticias respecto a la existencia de esta versión francesa. Del mismo BARTOSEK, en relación con el *postl.* cfr. *Un chapitre de la formation intérieure du droit romain*, RIDA, I (1948), 41-53.

Los estudios anteriores a éstos son numerosísimos: IMBERT, *Postliminium*, Domat-Montchrestien, Paris, 1945; D'ORS, *Postliminium in pace*, RFD, Madrid, 1942; Cfr. recensión de SANTA CRUZ TEIJEIRO en AHDE, XIV (1942-3), 688-90; GUARINO, *Sul «ius singulare postliminii»*, SZ, 61 (1941), 58-76; ALBERTARIO, *Postliminio e possesso*, SDHI, 6 (1940), 384-87; AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gayo in tema di "postliminium"*, SDHI, 5 (1939), 202-17; DE VISSCHER, *Aperçus sur les Origines du Postliminium*, en *Festschrift Paul Koschaker*, I, 1939, 367-85; WOLFF, *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succesion*, TVR, 17 (1941), fasc. 2, 136-86; RATTI, *Studi sulla «captivitas»*, publicados sucesivamente: I, en RISG, N. S., I (1926); II, en BIDR (1926); III, en AM, I (1927), y IV, en RISG, N. S., II, fasc. 1 (1927); BESELER, *Postliminium und Cornelia*, SZ, 45, 1925, 192-211; SOLAZZI, *Tutela e postliminio*, RIL, 19 (1916), 638 ss.; SERTORIO, *Prigionia di guerra e diritto di postliminio*, Torino, 1916; BECHMANN, *Das ius postliminii und die Lex Cornelia*, Erlangen, 1872. Omitimos estudios en los que el *postl.* es tratado más o menos incidentalmente como: FREZZA, *Le forme federativi...*, en SDHI, 4 (1938), fasc. 2, 396-7.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

diremos, finalmente, a la incomprensión de éste en el pensamiento postclásico.

II

De Visscher, siguiendo en parte ideas ya admitidas, ha reafirmado, en un estudio específico [2], el originario carácter militar del *postl.* Su argumentación gira acertadamente en torno a la finalidad militar, claramente perceptible, de las cosas objeto del *postl.* Pero el estudio de De Visscher, aparte de que no lleva a sus últimas consecuencias la tesis enunciada—por el contrario, se desvía en consideraciones acerca de un *postl. in pace* en sentido amplio, sin viabilidad alguna [3]—, presenta aspectos no aceptables. Pretende, fundamentalmente, ver los orígenes del *postl.* en función de sus ideas sobre el *mancipium* primitivo. Desde este punto de vista, trata de cohonestar *postl.* y *mancipium* mediante la conjetura de que al *paterfamilias*, titular de éste, le correspondió el privilegio de recuperar las cosas perdidas en la guerra, que habían estado sometidas a su poder unitario. Piensa en la unidad militar de éstas en cuanto aprovechada y dirigida por el jefe de familia en la unidad hélica que bajo su mando se constituía [4].

Imbert [5] ha criticado suficientemente esta tesis de De Visscher, cuyo intento de cohonestar *mancipium* y *postl.* se mostraba bajo nuevas perspectivas, distintas de las señaladas por Perozzi y De Francisci [6]. De Visscher, en efecto, se ve forzado a realizar adaptaciones en la escueta enumeración de las *res quae postliminio recipiuntur*, distorsionando su nítido elenco, para identificarlo con las cosas objeto del *mancipium*. Así, elimina del *postl.* primitivo los navíos, exclusión injustificada desde un punto de vista militar. Y menos justificada aparece todavía su hipótesis de una tardía inclusión de aquéllos en virtud de un supuesto asimismo individualizador de estos objetos como susceptible de obediencia y sumisión a la *potestas* personal del

2. *Aperçus... cit.*
3. *Op. cit.*, págs. 371 ss.
4. *Op. cit.*, págs. 380-3.
5. *Postliminium, cit.*, pág. 43 ss.
6. PEROZZI, *Istituzioni*², t. I, pág. 605, núm. 1; DE FRANCISCI, *Atti del Reale Istituto Veneto* (1923), págs. 978 ss.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

paterfamilias [7]. Asimismo halla en la exclusión de otros objetos, como las armas, un motivo de apoyo para su tesis, pese a existir, como veremos, otras razones en las fuentes mismas [8]. Contrariamente a De Visscher, no vemos relación alguna entre *mancipium* y *postl.*, si bien nos parece indudable su afirmación decidida del carácter militar de éste. Aceptamos enteramente las certeras objeciones de Imbert al aspecto aludido de la tesis de De Visscher, pero no nos parece adecuado su juicio de que «le *postliminium* répond a un interêt national» [9]. Esta terminología nos parece inadecuada. Se puede hablar únicamente de interés de la *civitas* a efectos bélicos concretamente. Tampoco estamos de acuerdo con Imbert acerca de la admisión de dos tipos de *postl.*, uno aplicable a los seres humanos en general y otro a los objetos militares [10]. Esta distinción viene a contradecir lo único aceptable de la tesis de De Visscher: el carácter militar del *postl.*, deducido de la finalidad de la *res* objeto de éste. Por no haber establecido con firmeza este punto, admite Imbert sin reparos la existencia de *postl.* tanto en la guerra como en la paz, aunque con carácter de instituto unitario; esto es, sin una bipartición *in bello-in pace* realmente operante, como suele presentarse, pero con efectiva aplicación en ambas situaciones.

Recientemente, Amirante [11], ha tratado de desvirtuar el carácter militar del *postl.*, intentando probar que el *miles captus ab hostibus* se hallaba en situación desventajosa respecto al *civis* que hubiese sido sorprendido en el exterior por una guerra. Para este autor la justificación racional del origen del instituto se halla en la severa concepción del *ius Quiritium*, cuya eficacia aparece estrechamente limitada al territorio de la *civitas*. Admite, sin embargo, la utilidad bélica o militar de las *res quae postliminio redeunt* [12].

Ultimamente, Gioffredi [13], se desentiende, asimismo, del ori-

7. *Aperçus... cit.*, págs. 384-5.

8. Vid. más adelante, VII.

9. *Postliminium, cit.*, pág. 48.

10. *Op. cit.*, pág. 49.

11. *Captivitas..., cit.*, págs. 15-18. Cfr. nuestra recensión de la obra de Amirante en este AHDE (XXI).

12. *Op. cit.*, págs. 18-21.

13. *Sul «ius postliminii», cit.*, pág. 17.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

gen militar del instituto. Afirma que el *postl.* no contiene en si una referencia a guerra o prisión, sino que indica solamente la vuelta de un sujeto a su propia sede natural; de ahí que encuentre aplicación en las hipótesis de retorno, tanto de la cautividad como de otra comunidad en la cual se haya adquirido la ciudadanía. Que el hecho de adquirir de nuevo la ciudadanía tenga carácter jurídico se explica—afirma Gioffredi [14]—por el riguroso principio, vigente en Roma, según el cual no se puede pertenecer a dos diversas ciudadanías. Esta institución se explica mejor, observa, respecto al prisionero, ya que éste no sólo pasa de un ordenamiento jurídico a otro, sino que allí se hace esclavo. Originariamente la esclavitud del prisionero debió de ser un principio universalmente sentido y operante [15]; pero con la humanización de las relaciones internacionales se hace del *postl.* un bien determinado instituto jurídico [16].

Frente a estas ideas pretendemos poner de manifiesto el carácter militar y publicístico del instituto, de acuerdo con los claros indicios de algunas fuentes jurídicas. Estas características las consideramos, no sólo originarias, sino perceptibles hasta el sistema de Sabino y probablemente mantenidas durante toda la época clásica. Con el *postl.* se trataba de estimular el retorno del *miles captus ab hostibus* [17], reintegrándole a su primitiva situación jurídica. Se procuraba, además, que el retorno tuviese lugar en plena campaña, durante la lucha, para fomentar el regreso de los combatientes. Es probable que originariamente se tratase de una costumbre con carácter de privilegio a favor del *miles* combatiente [18], que luego se convirtió en instituto jurídico

14. *Op. cit.*, pág. 18.

15. *Op. cit.*, pág. 19.

16. *Op. cit.*, pág. 18.

17. Las aparentes dificultades que Amirante observa en la aplicación del *postl.* al *miles* se deben, precisamente, al hecho de que el instituto se estructuró pensando especialmente en favorecer al *miles reversus*, pero no a todos, sino a los que se hallasen limpios de sospecha en su conducta militar respecto a la *civitas*.

18. Si no se trató de un privilegio en sentido jurídico fué, indudablemente, un trato de favor. Sobre el carácter de *ius singulare* del *postl.*, vid. tesis negativa de GUARINO, *Sul «ius singulare postliminii»*, *cit.*, en contra de AMBROSINO, *Da Giavoleno a Gayo... cit.*; vid. por último réplica de AMBRO-

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

del *ius civile*. El *postl.* se habrá dado fundamentalmente *in bello*; pero, además, a favor de quienes regresaban en virtud de un tratado de paz.

Estas ideas, que en el sistema de *ius civile* de Sabino—el Pretor no estableció normas en esta materia—debían hallarse con precisa nitidez, fueron mal comprendidas por los gramáticos, que comenzaron a difundir la idea de un *postl. in pace*, basándose, probablemente, en el que tenía lugar mediante tratado de paz. Más tarde, en el pensamiento postclásico-justinianeo, perdidos los caracteres originarios del instituto, se admitió una bipartición de éste (*in bello-in pace*) que las fuentes reflejan. Es muy posible que esta bipartición operase ya en la primera época postclásica.

III

Ante todo, tenemos que descartar la vía etimológica para hallar el carácter originario del *postl.* porque arroja escasísima luz. De Visscher [19] e Imbert [20], que se han referido a este aspecto, nada decisivo han podido aportar a la primitiva historia del instituto. Se conviene en que *postliminium* procede de *post* + *limen*, atribuyendo a *limen* el significado de frontera territorial del Estado-ciudad romano o bien el de umbral de la casa, pero no se puede ir más allá [21]. Lo único cierto es que el vocablo *postliminium* designa una institución muy en uso y con trascendencia jurídica, según puede deducirse de las menciones de Cicerón y los juristas [22].

El primer indicio cierto respecto al carácter originariamente militar del instituto nos lo proporciona la *sedes materiae* de éste

SINO en *Ius singulare*, Milán, 1947 (edición provisional que no hemos podido consultar).

19. *Aperçus... cit.*, págs. 368-70.

20. *Postliminium, cit.*, págs. 17-27.

21. Puede admitirse que el vocablo *postliminium* se halle relacionado con algún rito antiquísimo del pueblo romano, en relación con costumbres de carácter supersticioso, como la de que el *reversus* debía entrar por la parte posterior de la casa (*per tegulas et impluvium post limen*), como admite IMBERT, *Postliminium, cit.*, págs. 26-7.

22. Vid DE VISSCHER, *Aperçus, cit.*, pág. 369.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

en las fuentes jurídicas que mejor nos informan. En el Digesto, al título XV del libro XLIX que trata *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus* siguen estas materias: tít. XVI, *De re militari*; tít. XVII, *De castrensi peculio*; tít. XVIII, *De veteranis*. Y el título que precede a éstos, el XIII, se refiere a una materia de carácter público, *De iure fisci*. En el Código Teodosiano el título V (VII) del libro V, que se refiere al *postl.* (*De postliminio*) va precedido del *De bonis militum* (IV) y seguido de un título de materia publicística (VI, *De ingenuis, qui tempore tyranni servierunt*). Una materia de análogo carácter (*De infantibus expositis liberis et servis, et de his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt*) sigue en el Libro VIII del Código de Justiniano (tít. LI) al título L, que se refiere al *postl.* (*De postliminio reversis et redemptis ab hostibus*).

El lugar del *postl.* en las fuentes mencionadas es un claro indicio del carácter militar y publicístico de éste. Sobre todo, la colocación de la materia en el Digesto, de donde procede la mayor información que poseemos acerca del instituto. No puede ser debida a un azar esta «*sedes materiae*» del *postl.* en las diversas fuentes jurídicas citadas. Ello indica que todavía en tiempo de los compiladores se conservaba un eco del carácter militar de la institución.

IV

Señalado el hecho de que los compiladores operaron con la idea del carácter militar del *postl.* creemos posible identificar, mediante un análisis del título XV del libro XLIX del Digesto, el pensamiento clásico acerca del instituto. Un simple examen de los fragmentos contenidos en dicho título, a la luz de la Palingenesia de Lenel[23], basta para poner de manifiesto la existen-

23. He aquí un cuadro de la procedencia de los 30 fragmentos del título 15, según la *Palingenesia* de LENEL. Nos referimos a ésta en cuanto en muchísimos casos la situación del fragmento allí arroja suficiente claridad acerca de su carácter; esto ocurre con los fragmentos más importantes. Pero en algunas pequeñas obras de juristas (*Libri Regularum*, *Institutionum*, etcétera), Lenel no ha colocado rúbricas, o bien lo hizo con cierta vaguedad, y en estos casos—muy pocos, como veremos—procuramos aquilatar con

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

cia de dos grupos de fragmentos, según el carácter de la información que cada uno en particular nos transmite. En efecto, muchos fragmentos han sido tomados de lugares que, en la obra de procedencia, formaban parte del tratado de una institución concreta sobre la cual el *postl.* producía efectos; es decir,

---

otros datos el carácter del fragmento. Para mayor facilidad del lector, seguiremos el orden correlativo de los fragmentos en el título, del 1 al 30:

Frag. 1: *Marcellus*, lib. 22, *Digestorum* (aparece bajo la rúbrica *Ad legem Corneliam de captivis*); las rúbricas anteriores del mismo libro son: *Ad legem Falcidiam* y *Ad legem Cinciam*; la siguiente y última: *Ad legem Iuniam Norbanam*. Por referirse a materia hereditaria se halla fuera de nuestro objetivo.

Frag. 2: *Marcellus*, lib. 39, *Digestorum*. Lenel, basándose en que en el *Index Florentinus* sólo se enumeran 31 libros de los *Digesta* de Marcelo, atribuye este frag. a Celso (39 *Digestorum*), bajo la rúbrica: *Ad legem Corneliam de captivis*. El anterior libro de Celso, 38 *Digest.*, contiene las siguientes rúbricas: *Ad legem Publiliam de sponsu, Ad legem Furiam de sponsu, Ad legem Corneliam de adpromissoribus* (?). Su información interesa directamente a nuestro tema.

Frag. 3: *Pomponius*, lib. 37, *ad Quintum Mucium* (rúbrica: *De captivis et de postliminio*). Se halla en la *sedes materiae* del *postl.*

Frag. 4: *Modestinus*, lib. 3, *Regularum* (rúbrica: *De obligationibus*, subdividida por Lenel en: *De obligationibus, quae re contrahuntur, quae ex consensu contrahuntur, quae ex peccato descendunt*, etc.). Como se ve, el fragmento no parece muy adecuadamente colocado en esta materia; el anterior se refiere a las obligaciones solidarias. De todos modos, como se trata de *Libri Regularum* es posible admitirle ahí, entre el estudio de las obligaciones (el lib. 4, *Regularum*, lleva también la rúbrica *De obligationibus*), dado el carácter sucinto y un tanto anárquico de la materia en este tipo de obras. Sin embargo, es muy probable que este fragmento proceda de la *sedes materiae* del *postl.* en el sistema muciano, habida cuenta de su directa y clara relación con D. 50, 7, 18, que pertenece a aquélla (*Pomponius*, lib. 37, *ad Quintum Mucium*). Unicamente así se comprende el contenido del fragmento de Modestino. Por otra parte, aun perteneciendo a la *sedes materiae* del *postl.*, como hemos conjeturado, no interesa de modo directo su información. (Sobre este libro de Modestino, cfr. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, págs. 182-3.

Frag. 5: *Pomponius*, lib. 37, *ad Quintum Mucium* (rúbrica: *De captivis et postliminio*). Se halla en la *sedes materiae* del *postl.* en el sistema de *ius civile* muciano. A él aludiremos de modo especial en este estudio.

Frag. 6: *Idem* (*Pomponius*) lib. 1, *Ex variis lectionibus* (carecen de rúbrica de Lenel cada uno de los breves *Libri variarum lectionum*). Este lib. 1 contiene dos fragmentos; uno, el que nos ocupa, y otro (D. 36, 1, 49) que

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

aluden al efecto de éste sobre los derechos del *captivus*. Sólo algunos fragmentos pertenecen a lugares en donde el *postl.* era abordado de modo específico y no incidentalmente. En éstos se estudia el *postl.* como institución en sí—aparte de sus efectos sobre cada situación jurídica particular—y se intenta una delimitación conceptual de éste a la vez que se traza su ámbito de

se refiere a la herencia fideicomisaria. Nuestro fragmento se ocupa de un caso de *redemptus*, y ha sido muy criticado (Cfr. *Index Interpolationum*).

Frag. 7: *Proculus*, lib. 8. *Epistolarum* (carece de rúbrica). El fragmento anterior (D. 41, 1, 56) se ocupa de la *insula in flumine nata*. No es posible, pues, deducir nada por el carácter epistolar de estos *libri*, por otra patre, quizá retocados en época postclásica (Vid. Schulz, *History*, *cit.*, pág. 227). En todo caso, se refiere a la condición de los pueblos libres y federados, y sólo incidentalmente al *postl.* No obstante, será analizado en lugar oportuno de nuestro estudio.

Frag. 8: *Paulus*, lib. 3, *Ad legem Juliam et Papiam* (rúbrica: *De capacitate*). Distingue este fragmento entre recuperación de un *filius iure postliminii* y recuperación de la *uxor*. No interesa a nuestro objeto.

Frag. 9: *Ulpianus*, lib. 4. *Ad legem Juliam et Papiam* (rúbrica: *Quando inter virum et uxorem libera sit testamenti factio*; y la propuesta por Lenel para todo el libro, con duda, es: *De caelibes* (?). Es ajeno a nuestra finalidad.

Frag. 10: *Papinianus*, lib. 29. *Quaestionum* (rúbrica: *Ad legem Corneliam de captivis*; las anteriores de este libro son: *Ad legem duodecim tabularum*. *Ad legem Falcidiam*, *Ad legem Cinciam*). Se refiere a cuestiones hereditarias, y no nos interesa directamente su información.

Frag. 11: *Papinianus*, lib. 31. *Quaestionum* (rúbrica: *Ad epistulam divi Pii: de adrogatione impuberum*. Se halla en relación con D. 1, 7, 18). No se refiere directamente al *postl.*

Frag. 12: *Tryphoninus*, lib. 4. *Disputationum* (rúbrica: *Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur*. Se halla en relación con D. 4, 6, 15 pr., en donde se alude al *postl.* incidentalmente. Estas alusiones aparecerían asimismo al principio de nuestro fragmento, y amplificadas posteriormente dieron lugar a la extensa referencia al *postl.* del fragmento de Trifonino en el estado actual. Habida cuenta de su interés directo para el análisis del carácter del instituto lo estudiaremos detenidamente en nuestro trabajo como uno de los tres fragmentos más interesantes. Pero únicamente interesa el principio, porque a partir del párrafo 1 se desvía en referencias especiales a la *patria potestas*, *captivus redemptus*, etc.

Frag. 13: *Paulus*, lib. 2, *Ad Sabinum* (rúbrica: *De testamentis*; el fragmento aparece bajo el subtítulo *De rupto vel irrito facto testamento*). Contiene una alusión incidental al *reversus ab hostibus*, de interés secundario.

Frag. 14: *Pomponius*, lib. 3, *ad Sabinum* (rúbrica: *De testamentis*; el fragmento aparece bajo un subtítulo igual al anterior: *De rupto vel irrito facto testamento*). Este fragmento no se halla en la *sedes materiae* del *postl.*

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

aplicación; en una palabra: se configuran los perfiles externos que forman parte de la historia del instituto mismo. De este carácter son cuatro fragmentos del título que nos ocupa: el frag-

---

en el sistema de Sabino; sin embargo, su tono incidentalmente clasificatorio interesa para la configuración del instituto.

Frag. 15: *Ulpianus*, lib. 12, *ad Sabinum* (rúbrica: *De legitimis heredibus*, con el subtítulo *De suis heredibus*). Se refiere al carácter de *suus* del hijo que realiza la *redemptio* del *pater* a efectos hereditarios.

Frag. 16: *Idem* (*Ulpianus*), lib. 13, *ad Sabinum* (rúbrica: *De legitimis heredibus*, bajo el subtítulo *Ad SC Tertullianum*). Sin trascendencia para nuestro objeto.

Frag. 17: *Paulus*, lib. 2, *ad Sabinum*. Bajo la misma rúbrica y subtítulo que el fragmento 13. Sin embargo, este fragmento 17 contiene una breve mención de interés directo para la configuración del instituto.

Frag. 18: *Ulpianus*, lib. 35, *ad Sabinum* (rúbrica: *De iure dotium*, con el subtítulo: *Soluto matrimonio*). Sin interés directo para nuestro objeto.

Frag. 19: *Paulus*, lib. 16, *ad Sabinum* (rúbrica: *De postiminio*; las demás rúbricas de este libro—que no la tiene general—son: *De aqua et aqua pluvia arcenda*, *De fluminibus publicis*). Existe perfecto paralelismo entre estas rúbricas y las de los libros 34 y 36 (35 ?) de Pomponio, *ad Sabinum*. Ello nos proporciona la seguridad de que este fragmento pertenece a las *sedes materiae* del *postl.* en el sistema de Sabino. A él aludiremos de modo especial, por el gran interés que ofrecen su procedencia y contenido.

Frag. 20: *Pomponius*, lib. 37, *ad Sabinum* (rúbrica: *De postliminio*, pero como libro 36, pues Lenel cree—como Mommsen—equivocada la inscripción de nuestro fragmento. Los libros anteriores se refieren: el 34, *De aqua et aqua pluvia arcenda*, *De fluminibus publicis*, y el 35, *De fiducia*). El fragmento se halla en las *sedes materiae* del *postl.*, en el sistema de Sabino: por ello nos interesa especialmente.

Frag. 21: *Ulpianus*, lib. 5, *Opinionum* (rúbrica: *Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur*). Se refiere a la *redemptio* en el pr.; el parrafo 1, en cambio, interesa para la caracterización del *postl.*, porque hace una consideración general.

Frag. 22: *Iulianus*, libr. 62, *Digestorum* (rúbrica: *Ad legem Corneliam: de captivis et postliminio*.) El libro anterior (61) lleva por rúbrica *Ad legem Falcidiam*, y los tres siguientes (63-5): *Ad legem Aeliam Sentiam*. Se refiere a cuestiones hereditarias y no interesa a la estructura del *postl.*, sino a sus efectos, por lo cual prescindiremos de su información.

Frag. 23: *Idem* (*Iulianus*), lib. 69, *Digestorum* (rúbrica: *Ad legem Iuliam de maritandis ordinibus*, con el subtítulo, *De caducis*). Como el anterior, está fuera de nuestro interés por su contenido.

Frag. 24: *Ulpianus*, lib. 1, *Institutionum* (rúbrica: *De iure gentium*; las obras de este libro son: *De iustitia et iure*, *De iure naturali*, anteriormente a la citada, y le siguen: *Di iure civile*, *De his qui sui vel alieni iuris sunt*

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

mento 5 (*h. t.*), que corresponde a la *sedes materiae* del *postl.* en el sistema muciano (Pomponio, 37 *ad Quintum Mucium*); los fragmentos 19 y 20 (*h. t.*) atribuídos a Paulo (16 *ad Sabi-*

---

y *De dotibus*). Este fragmento procede de las primeras nociones acerca del *ius gentium*, en un libro didáctico elemental. Sin embargo, interesa la definición de *hostes* que contiene, sin duda clásica, a la que aludiremos oportunamente

Frag. 25: *Marcianus*, lib. 14, *Institutionum* (rúbrica: *Ad legem Corneliam de captivis* (?), un poco conjetural en Lenel. Las innumerables rúbricas de este título se refieren a diversas leyes. El fragmento no interesa a nuestro objeto. Se refiere a la legitimidad de los hijos concebidos en la cautividad. Es una breve alusión a un rescripto de Severo y Antonino.

Frag. 26: *Florentinus*, lib. 6, *Institutionum* (rúbrica: *De adquirendo rerum dominio*). Esta rúbrica no corresponde al contenido de nuestro fragmento, que sin duda ha sido colocado en este libro de la obra elemental que nos ocupa, debido a influencias de este tipo de obras. Así, el pensamiento contenido en este fragmento aparece en 41, 1, 7, en relación con Inst. 2, 1, 17. El mayor paralelismo se halla respecto a las Instituciones de Gayo II, 69-70. Efectivamente, el fragmento anterior al 26 en el libro de las Instituciones se refiere al aluvión. En Gayi, a la inversa, el 69 se refiere a las cosas capturadas *ex hostibus*, y el 70, al aluvión.

Frag. 27: *Iavolenus*, lib. 9, *Ex posterioribus Labeonis* (rúbrica: *De privatis delictis*). No interesa directamente a nuestro objeto.

Frag. 28: *Labeo*, lib. 4, *Pithanon a Paulo epitomatorum* (carece de rúbrica, sin duda por falta de elementos de juicio). Lenel, dada la diversidad de los cuatro fragmentos recogidos en este libro, no se ha decidido a conjeturar la posible rúbrica. Que originariamente ésta no era la sede del *postl.* se deduce del hecho que de nuevo vuelve el tema del *postl.* en el libro 8 de esta obra. Lenel coloca entonces la rúbrica: *De postliminio*.

Frag. 29: *Idem* (*Labeo*), lib. 6 de la misma obra (rúbrica: *De adquirendo rerum dominio*). Efectivamente, el fragmento se refiere a la usucapión, y no interesa directamente, por lo cual no nos referiremos a él. Alude a la imposibilidad usucapir mientras se está *in hostium potestate*, a excepción de lo poseído por el *servus peculii nomine*, lo mismo que la herencia puede ser aumentada por el *servus hereditarius* en algún caso.

Frag. 30: *Idem* (*Labeo*), lib. 8 de la misma obra (rúbrica: *De postliminio*). Lenel ha construído esta rúbrica con este único fragmento, apoyándose en los *Libri ad Sabinum* de Pomponio, con los que se da un paralelismo de materias. Puede, por ello, presumirse para este fragmento una procedencia del sistema de Sabino o gran relación con éste, al menos. Contiene una breve afirmación incidental, de cierto interés para la estructura del instituto.

Pued observarse, después de este análisis, cómo la materia del *postl.* no tiene una sede propia en las obras que siguen el orden edictal.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

num) y Pomponio (36 *ad Sabinum*) [24], respectivamente, ambos de la *sedes materiae* del instituto en el sistema de Sabino; y, por último, el fragmento 12 atribuído a Trifonino (4 *Disputationum*). Sólo en estos lugares se intenta presentar definiciones, clasificaciones o ideas generales acerca del *postl.* Coincide exactamente este carácter de los fragmentos con el hecho de pertenecer los tres primeros a las *sedes materiae* del *postl.* en los sistemas muciano y sabiniano, y el último, probablemente también a un lugar en donde originariamente—por el mismo Trifonino—se aludía más o menos incidentalmente a la institución [25]. Esta razón de procedencia no implica que se hallen exentos de alteraciones; éstas existen, como probaremos a lo largo de este trabajo, pero existe también—precisamente por haber sido tomados los fragmentos de lugares en donde específicamente se estudiaba la institución—un conjunto de ideas clásicas—a veces, como en los comentarios *ad Sabinum* claramente perceptibles—cuya huella puede seguirse bajo el tejido posterior. Otros fragmentos más proceden, con toda probabilidad, de lugares originariamente destinados al estudio específico del *postl.*, pero no abordan la naturaleza de éste, o bien tienen una importancia secundaria para la configuración del instituto [26]. Por ello girará nuestro estudio en torno a estos fragmentos fundamentales, sin olvidar los últimamente aludidos, cuya exégesis haremos a propósito de los primeros en el lugar oportuno.

En un análisis sucesivo nos referiremos, en primer lugar, al frag. 19, después al frag. 5, y, por último, al frag. 12 (el 20, debido a su brevedad, será aludido ocasionalmente y no de modo específico). La razón de esta distribución está—como se irá viendo a lo largo de este trabajo—en relación con la clasicidad de los fragmentos.

El frag. 5, que aparece entroncado nominalmente con el sistema muciano, ha padecido las más graves alteraciones, y el 12 pertenece a una obra—*Libri Disputationum* de Trifonio—que

24. En el Digesto aparece como 37 *Ad Sabinum*. Vid. aclaración en número anterior (23), fragmento 20.

25. Cfr. *retro*, núm. 23, frag. 12.

26. Cfr. *retro*, núm. 23.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ha sido seriamente tachada por la crítica como no auténtica [27]. Por el contrario, los frag. 19 y 20 se muestran mucho menos alterados, y se descubre en el primero de ellos un núcleo uniforme de pensamiento que constituye un breve tratado sobre los caracteres fundamentales del *postl.* Ello nos hace sospechar que responden al núcleo originario del tratado del *postl.* en el llamado sistema de Sabino. Efectivamente, dicho sistema de *ius civile* se refería en su último apartado al *postl.* [28] y ambos fragmentos corresponden, como hemos dicho, al lugar que correspondía en el sistema a la materia del *postl.* Precisamente, de los tres comentarios *Ad Sabinum* (única fuente de reconstrucción del sistema) sólo los de Paulo y Pomponio se refieren al *postl.*, justamente con los dos fragmentos en cuestión. De ahí que en éstos se aluda específica y sustancialmente al instituto, principalmente en el frag. 19, que constituye un tratado completo sobre la materia. En efecto, comienza por una definición, de fondo clásico, pero bastante alterada: D. *h. t.* 19 pr.

Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populus regesque moribus legibus constitutum. nam quod bello amisimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. idque per naturale aequitate introductum est, ut qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.

Esta definición con que se abre el breve tratado sobre el *postl.* en el libro XVI *ad Sabinum* de Paulo, se halla notablemente alterada; es la parte más retocada de todo el núcleo sabiniano que a través de Paulo intentaremos identificar. No obstante, hay en este párrafo un pensamiento clásico subyacente, que se percibe con cierta claridad. El párrafo ha sido sometido a crítica desde diversos puntos de vista, pero no suficientemente desde el ángulo del *postl.*

Si analizamos la amplia definición del *postl.* que muestra al comienzo—*ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae*—podemos obtener varias obser-

27. Vid. bibliografía acerca de esto más adelante, núm. 71.

28. Cfr. SCHULZ, *History*, *cit.*, pág. 158; DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano*, vol. II, parte I, Milán, Guiffré, 1944, pág. 420.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

vaciones importantes: *a*) pese a la amplitud de la definición no se alude más que al *postl.* aplicado a las cosas [29], con notoria redundancia por el hecho de añadir: *et in statum pristinum restituendae*, frase que poco viene a aclarar; *b*) si se admitiese la autenticidad de esta definición, habría que dudar de todo el resto del párrafo. En primer lugar, del trozo *nam-recipere* porque resulta incongruente respecto a aquella definición. En efecto, si *postl.* es el *ius amissae rei recipiendae ab extraneo* no se puede intentar aclarar este concepto con un caso particular: *nam quod bello amisimus*... La pérdida de cosas en la guerra sería uno de los casos y por él debería haberse comenzado antes de generalizar; después de realizada la generalización ya nada prueba. Pero todavía es más incongruente el trozo *idque-reciperet*. Aquí se alude al detenido que regresa. Este caso ya no cabe dentro del *ius amissae rei recipiendae* porque se trata de una persona que recobra su *pristinum ius*.

Hay, pues, una especie de incompatibilidad e incongruencia dentro del párrafo en cuestión entre el primer trozo *(postliminium est-constitum)* y los dos siguientes. Pero, además, está asimismo en contradicción con los datos acerca del *postl.* que el Digesto nos transmite. Sabido es que las referencias del Digesto se refieren a la situación de los derechos del *captivus*, y en torno a ello giran todas las discusiones de los exegetas actualmente, como hemos dicho al comienzo de este trabajo. Sería inútil reproducir aquí casi todos los fragmentos de D. 49,15 en prueba de nuestro aserto. Unicamente dos fragmentos (D. *h. t.* 2 y 3), se refieren al *postl.* de cosas, precisamente de carácter militar como ha visto perfectamente De Visscher [30]. Pero no sólo la completa información que el mencio-

---

29. Solazzi (*Scritti Ferrini*, II, Milán, 1947, pág. 332, núm. 3) mantiene asimismo la alusión del fragmento, tal como aparece, al *postliminium rei* frente a Ratti, que cree comprendida en él la alusión al *postl.* de personas (en Am., I, pág. 68, núm. 1). También Gioffredi piensa que se trataba aquí del *postl.*, aplicado a las cosas, pero si bien considera justinianeo el fragmento piensa que la definición puede ser de Paulo (Cfr. *Sul «ius postliminii»*, *cit.*, pág. 22). Solazzi niega de nuevo en RISG, serie II, anno III (1949), páginas 1-2, la clasicidad de este fragmento y, en general, la de todos los que se refieren al *postl. rei*.

30. Vid. *retro*, núm. 4.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

nado título nos proporciona está en contra de una definición del *postl.* como aplicable únicamente a las cosas, sino algunas menciones concretas; por ejemplo, una definición de Pomponio (D. h. t. 14, 3 *ad Sabinum*): *Cum duae species postliminii sint, ut aut nos reveniamur aut aliquid recipiamus.* Además, se lee en otro lugar de este título (D. *h. t.* 19, 10): *Postliminium hominibus est...* Asimismo está en contra de la generalidad de la definición, D. *h. t.* 30: *Si id quod nostrum hostes ceperunt, eius generis est ut postliminio redire possit...*

No obstante, no podemos considerar enteramente compilatoria la definición aludida. El comienzo del fragmento *(Postliminium est...)* parece concordar con el párrafo 1 *(Indutiae sunt...)* en la simetría expositiva, aparte de que es muy probable que sea el mismo comienzo del estudio de la institución en la obra de Sabino. El contenido de esta primera frase probablemente habrá sido el siguiente:

Postliminium est ius [*amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae*] *inter nos ac liberos populus regesque moribus* [*legibus*] *constitum.*

Ya Beseler [31], señaló como interpolaciones: [*ab extraneo*] y [*legibus*]. Creía que la primera sustituiría a <*ab hoste*>; la frase es sin duda compilatoria, pero probablemente no se hallaban las palabras: *ab hoste.* La parte definitoria toda es de los compiladores o de un glosador postclásico por las razones que hemos aducido.

Si se admite la frase inicial tal como proponemos concuerda perfectamente con el párrafo siguiente, pese a que éste está alterado del modo que señalamos:

nam quod bello amisimus [*aut etiam citra bellum*], *hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere.*

La interpolación señalada ha sido admitida por Beseler [32] y d'Ors [33], y, por otra parte, resulta perfectamente explicable

31. BEITRAGE, II, pág. 49. La crítica de RATTI (RISG, N. S. 1, 1926, pág. 182, núm. 21), y GUARNERI, CITATI, con duda (*A. Messina*, 1, 1927, 25, número 2), suponiendo interpoladas las frases [*ab extraneo-constitutum*] debe considerarse excesiva, porque mutila grandemente el fragmento y deja, en cambio, una frase criticable: *amissae rei recipiendae.*

32. BEITRAGE, II, pág. 49.

33. *Postliminium in pace, cit.*, pág. 7.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Perdida la noción de *postl.* bélico, y considerando el instituto aplicable al *extraneus*, simplemente, era preciso establecer un mínimum de concordancia añadiendo: *aut citra bellum*.

La última frase del párrafo que nos ocupa ha sido criticada en algún aspecto. Eliminadas las alteraciones, quedaría del siguiente modo: *idque* [*naturali aequitate*] *introductum est, ut qui* <*per captivitatem*> [*per iniuriam*] <*ab hostibus*> [*ab extraneis*] *detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet*.

Pringsheim [34] y Albertario [35] consideran bizantinismo [*naturali aequitate*] y Ratti [36] elimina [*per iniuriam*]. Ambas alteraciones aparecen perfectamente probables, pero todavía hay otra evidente, como: [*ab extraneis*]. Ya Beseler atribuyó a los compiladores la sustitución de *hostis* por *extraneus* al principio del párrafo que nos ocupa. Las razones son las mismas para admitir de nuevo la interpolación. Es probable que en lugar de *per iniuriam* figurase <*per captivitatem*>. Para el sentido de la expresión, *ut qui ab hostibus detinebatur*, no sería necesario suponer <*per captivitatem*>, pero habida cuenta de que se operaba con la idea del *captus ab hostibus* —así ocurre en casi todos los casos de *postl.* que las fuentes mencionan— resulta muy probable la alusión a la *captivitas*, máxime porque explica con mayor facilidad la introducción de *per iniuriam*, que de otro modo resultaría más difícil de admitir. En efecto, la colocación de *per iniuriam* era una generalización concordante con la amplitud de un *postl.* aplicable, en general, a extraños. Así, tendría éste aplicación, no sólo en caso de que alguien se hallase retenido por *captivitas* de guerra, sino en general cuando *sine iure* se hallare retenido. La idea de ampliar el *postl.* también aparece aquí.

En conclusión, el párrafo que nos ocupa contenía una delimitación del concepto de *postl.* de fondo clásico, probablemente de Sabino mismo, perfectamente coherente y adecuada para la iniciación del tratado del instituto. El párrafo, desli-

34. SZ, 42 (1921), pág. 667, núm. 5.
35. *Studi Bonfante*, I, 644, núm. 129.
36. RISG, I, 1926, pág. 182, núm. 21.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

gado del apartado crítico, se nos mostraría así originariamente:

Postlimium est ius inter nos ac liberos populus regesque moribus constitutum. nam quod bello amisimus, hoc si rursus recipiamus dicimur postliminio recipere. idque introductum est, ut qui per captivitatem ab hostibus detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.

El carácter militar—de institución bélica—aparece perfectamente claro, precisamente en la parte de más indudable clasicidad: *nam quod bello amisimus*... Una prueba más se halla en el hecho de que la continuación de este párrafo, el 1, comienza aludiendo a las treguas, para negar el *postl.* durante éstas. Ello constituye una prueba indirecta de que el contenido del anterior se refería a la guerra. Veamos la continuación, perfectamente coherente, del fragmento que nos ocupa: *D. h. t.* 19,1.

Indutiae sunt, cum in breve et in praesens tempus convenit, ne invicem se lacessant: quo tempore non est postliminium.

Esta medida sólo se explica suponiendo que el *postl.* no se daba más que durante la lucha. Ello nos inclina, cada vez más, hacia la idea de que el *postl.* fué una costumbre introducida por conveniencias bélicas, es decir, un medio de hacer que el prisionero procurase el inmediato retorno si le era posible. La tregua, como una breve paz pactada *(cum in breve et in praesens tempus convenit)*, no admitía el *postl.* porque en la paz sólo se daba si se había convenido, como veremos más adelante.

Tampoco se daba el *postl.* en caso de captura por piratas o ladrones: D. *h. t.* 19,2.

A piratis aut latronibus capti liberi permanent.

Esta curiosa afirmación, por el modo en que aparece, requiere alguna aclaración. Indudablemente, pese a calificar de *capti*—se trata de un caso de *captivitas*, por tanto—a los secuestrados por piratas o ladrones, se afirma que éstos *liberi permanent*. Con ello se quería dar a entender que esta *captivitas* no engendraba servidumbre. Y se admitía como consecuencia implícita, sin más, la inexistencia de *postl.* Otro sentido no puede tener la afirmación porque basta fijarse, aparte las razones que ahora expondremos, en que anteriormente se ne-

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

gaba el *postl.* La escueta afirmación que nos ocupa se explica perfectamente si acudimos a otro fragmento: D. *h. t.* 24.

Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latruncidi vel praedones appellantur. et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat [37].

De este fragmento se deduce claramente que el *postl.* sólo se aplicaba al *captus ab hostibus*, porque se hace *servus*; en cambio, *qui a latronibus captus est, servus latronum non est* [38]. De ahí se deduce el sentido de la afirmación según la cual los cautivos de ladrones o piratas *liberi permanent*. Es curioso ver cómo las ideas del libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo se complementan sin dificultad y se aclaran con este fragmento del libro I de las Instituciones de Ulpiano [39]. Insistiremos de nuevo, más adelante, en la idea de que el *postl.* sólo se daba respecto a *hostes*.

Continuando el análisis del libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo, después de un inciso acerca de cuándo *postliminio redisse videtur*, nos hallamos con una enumeración de aquellos que ha-

---

37. Cfr. sobre este fragmento, *retro*, núm. 23, fragmento 24. Vid. la concordancia con D. 1, 5, 5, 1.

38. GIOFFREDI observa acertadamente (*Sus «ius postliminii»*, *cit.*, página 28) que la distinción entre la *servitus* del prisionero y otra cualquiera consiste en que éste no es *servus* en el ordenamiento romano—no es la suya *servitus iure civile*—sino *servus hostium*.

39. Todavía hay un párrafo de ULPIANO que concuerda con estas ideas: D. 49, 15, 21, 1:

In civilibus dissensionibus, quamvis saepe per eas respublica laedatur, non tamen in exitium reipublicae contenditur: qui in alterutras partes discedent, vice hostium non sunt eorum, inter quos iura captivitatium aut postliminiorum fuerint et ideo captos et venumdatos posteaque manumissos placuit supervacuo repetere a principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant.

No nos atrevemos a afirmar la íntegra clasicidad del párrafo, debido a la extraña generalización: *iura captivitatium aut postliminorum*. No obstante, tampoco hallamos graves huellas de alteraciones. No nos convence la sospecha de ROTONDI contra *in civilibus dissensionibus* (*Scritti Giuridici*, vol. I, Hoepli, Milán, 1922, pág. 477).

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

llan excluídos del *postl.* Así, habla de la no aplicación del *postl.* al tránsfuga: D. *h. t.* 19,1.

Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est. sed hoc in libero transfuga iuris est, sive femina sive masculus sit.

Aquí se ve la finalidad político-militar de castigar a aquel que *proditoris animo patriam reliquit.* Todo un conjunto de normas de política bélica se pueden observar en la aplicación del *postl.* Así, hay un especial cuidado en delimitar casuísticamente las diversas especies de *transfugae* [40]. Primero, el caso del *servus*: D. *h. t.* 19,5.

Si vero servus transfugerit ad hostes, quoniam, et cum casu captus est, dominus in eo postliminium habet, rectissimi dicitur etiam ei postliminium esse, scilicet ut dominus in eo pristinum ius recipiat, ne contrarium ius non tam ipsi iniuriosum sit, qui servus semper permanet, quam domino damnosum constituatur [41].

También el caso del *statuliber* tránsfuga: D. *h. t.* 19,6.

Si statuliber transfuga reversus sit, existente condicione postquam redit, liber efficitur. diversum est, si condicio extitisset, dum apud hostes est: in eo enim caso neque sibi reverti potest, ut liber sit neque heredi in eo ius postliminii est, quia non potest queri, cum nullum damnum patiatur, libertate iam optingente, si non impediret, quod transfuga factus est [42].

Por último, se refiere al *filius transfuga* D. *h. t.* 19,7:

Filius quoque familias transfuga non potest postliminio reverti neque vivo patre, quia pater sic illum amisit, quemad-

---

40. Vid. Una mayor determinación respecto al tránsfuga en D. 49, 16, 5, 5.

41. BESELER reduce el fragmento del modo siguiente: "*Si vero servus transfugerit ad hostes dominus in eo postliminium habet.* Suprime [*quoniam est*] y [*rectissime*-fin]. Cfr. BEITRAGE, III, 67. Estas supresiones no afectan a nuestro objeto. En el fragmento hay, efectivamente, cierta repetición en el contenido.

42. G. DONATUTI, *Lo Statulibero*, Milán, Guiffré, 1940, pág. 194, piensa en la posible interpolación de [*libertate factus est*]. El resto del fragmento es clásico.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

modum patria et quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis quam caritas liberorum.

Las razones de tono patriótico y el rigor castrense aparecen aquí claramente de manifiesto como base del *postl.* [43]. No cabe dudar de su carácter de costumbre bélica, impuesta en la rígida disciplina militar romana. La misma cuidadosa caracterización del *transfuga* es una prueba en este sentido. Precisamente, se concluye este breve *excursus* acerca del *transfuga* con una definición, claramente identificable a través de las alteraciones sufridas, en la que se considera que *transfugit* no sólo aquel que se pasa a los enemigos durante la guerra, sino también el que lo hace durante una tregua. Así, se cierra armónicamente el breve tratado acerca del *postl.* que hemos ido individualizando a través de la superestructura—no excesivamente grande, ciertamente—que envuelve al libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo, tratado que acaso se remonte al mismo Sabino.

He aquí la definición aludida del *transfuga*. Indicaremos, a la vez, las alteraciones que creemos observar y que justificaremos posteriormente: D. *h. t.* 19,8:

Transfuga autem non is solus accipiendus est, qui [*aut*] *ad hostes* [*aut*] *in bello transfugit, sed et qui per induciarum tempus* [*aut*] *ad eos,* [*cum quibus nulla amicitia est,*] *fide suscepta transfugit.*

Este párrafo, prescindiendo de las interpolaciones, a las que en seguida aludiremos, concuerda perfectamente con la contraposición inicial del fragmento entre la situación bélica en que se daba el *postl.* y la de tregua en que no tenía lugar. De ahí la perfecta concatenación de ideas a que hemos aludido como núcleo homogéneo, característico del fragmento.

En cuanto a las interpolaciones o alteraciones indicadas pocas razones son necesarias para probarlas. La incrustación de la disyuntiva [*aut*] se nos muestra perfectamente clara; basta observar que su introducción resta sentido al párrafo. ¿Qué

43. ALBERTARIO supone que la parte final de este fragmento [*et quia-liberorum*] es de un tardío comentados de Paulo Su crítica es enteramente subjetiva y débil. Considera la primera motivación basada jurídicamente en el *postl.* y procedente de Paulo mientras la segunda «e una motivazione scolastica, sentimentale, che nulla aggiunge alla prima, ma che piuttosto la scolorisce». (RIL, 64 (1931), pág. 390; *Studi*, V, pág. 36).

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

sentido tiene: *aut ad hostes aut in bello transfugit*? ¿Y la frase siguiente: *sed et qui per indutiarum tempus aut ad eos*...? Más córrecta sería la expresión: *sed et qui per indutiarum tempus <item> ad eos, cum quibus nulla amicitia est*... Pero ni así es admisible.

A nuestro modo de ver, la incrustación de *aut*, del modo poco correcto en que se ha llevado a cabo, fué debida a la influencia de la idea de una bipartición en el *postl.* (*in bello-in pace*) que, como veremos más adelante, se difundió en tiempos postciásico-justinianeos. La introducción de inciso, *cum quibus nulla amicitia est*, obedece a la misma corriente de ideas en correspondencia con la alteración, que más adelante probaremos, de D. *h. t.* 5,2. *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam... habemus, hi hostes quidem non sunt... hoc quoque igitur casu postliminium datum est.* Este pensamiento, ajeno al libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo que hemos venido comentando, influye en éste adulterando la definición de *transfuga* con la introducción del inciso aludido. Quizá las mejores pruebas de que no puede considerarse *transfuga* al que *transfugit ad eos cum quibus nulla amicitia est* se hallan en las sanciones que, precisamente el título siguiente (*De re militari*, *D.* 49,16), señala contra aquél. Así en D. 49 16,7:

Proditores <et> transfugae plerumque capite puniuntur et exauctorati torquentur: nam pro hoste, non pro milite habentur [44].

En otro fragmento se hallan, asimismo, penalidades respecto al *transfuga*: D. 49, 16, 3,11:

Et is, qui volens transfugere adprehensus est, capite punitur.

Estas penalidades que castigan al *transfuga* como reo de un delito común, previsto por una *lex publica*, surgen como una excepción fuera de la *coercitio* de la disciplina militar [45]. Pero se refieren, naturalmente, a la vida militar o de campaña en la lucha frente al *hostis* que tiene por sujeto al *miles* (así resulta

44. <*et*> es corrección de Mommsem. Vid. su edición del Digesto.

45. Vid. ARANGIO RUIZ, *Rariora*, Roma. Edizioni «Storia e Letteratura», 1946, págs. 275 y siguientes.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

de todos los fragmentos contenidos en el título que nos ocupa: D. 49, 16 [46]. Sólo una absurda manipulación extensiva, olvidando que el *postl.* se refería a la vida militar, y la gravedad del delito de *transfugere*, pretendió considerar *transfuga* a quien *transfugit ad eos cum quibus nulla amici ia est*, al retocar el fragmento, del mismo modo que se intentó extender la aplicación del *postl.* como veremos a continuación. Las interpolaciones señaladas respecto a D. 49, 15,19,8 quedan suficientemente probadas a nuestro juicio.

El breve tratado del *postl.* que nos presenta el libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo continúa con una referencia al *captivus redemptus*. Sin duda esta materia estaba comprendida dentro del tratado del *potsl.* en la primera época clásica; de aquí que no signifique una ruptura de la continuidad esta alusión al *redemptus* porque éste gozaría entonces automáticamente del *postl.* Hoy sabemos, gracias a Levy [47], que se operó un cambio en la segunda mitad del siglo segundo mediante el cual se admitió una situación de esclavitud del *redemptus* en tanto éste no pagase su redención. Levy señala, precisamente, como época del cambio la que media entre el fragmento de Florentino D. 49, 15, 25 (año 161) y el párrafo de los *Libri ad Sabinum* de Paulo (años 193-8), que nos ocupa: D. *h. t.* 19,9:

Si is, qui emat ab hostibus, pluris alii ius pignoris quod in redempto habet cesserit, non eam quantitatem, sed priorem redemptus reddere debet, et emptor habet actionem adversus eum qui vendidit ex empto.

El fragmento está alterado como han visto varios autores [48], pero indudablemente hay en él un fondo de pensamiento clásico, cuya reconstrucción no interesa a nuestro tema. Nos basta afirmar que no se halla fuera de lugar en un tratado acerca del *postl.*

Por último, el libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo, tal como

46. Esta penalidad sería excesiva si no se tratase del caso de *transfugere ad hostes*. No es, por tanto, correcto hablar de *transfugere ad eos cum quibus nulla amicitia est*.

47. Vid. *Captivus redemptus*, *cit.* págs. 77 y siguientes.

48. Cfr. *Index Interpolationum*.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

aparece en el Digesto, cierra el estudio del *postl.* con una norma extensiva: D. *h. t.* 19,10.

Postliminium hominibus est, [cuiuscumque sexus condicionisve sint]: nec interest, liberi an servi sint. nec enim soli postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt; sed omnes homines, quia eius naturae sunt, ut usui esse vel consilio vel aliis modis possint.

En este párrafo, de tono extensivo, se halla una de las más seguras confirmaciones del carácter militar del *postl.* cuando afirma: *nec enim soli postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt.* Pero puede dudarse de la íntegra clasicidad del párrafo si se tiene en cuenta la contradicción que parece existir entre la enumeración general, *postliminium hominibus est cuiuscumque sexus condicionisve sint,* [49] y la justificación de la extensión: *quia eius naturae sunt, ut usui esse vel consilio vel aliis modis possint.* Estas razones no son alegables para una extensión del *postl.* a las mujeres. Por otra parte, hay una especie de redundancia en las dos afirmaciones sucesivas: *cuiuscumque - sint* y *nec interest-sint.* Nos inclinamos a considerar espuria la frase: [*cuiuscumque sexus condicionisve sint*], tal como hemos señalado en el párrafo. Por lo demás, la aplicación del *postl.* al *servus* muestra diferencias respecto al *homo liber.* En todo caso, el *servus* vuelve *iure postlimii* a la *potestas* del *dominus.* De ahí que, aun siendo *transfuga,* si es capturado, pueda el *dominus* readquirirlo (D. *h. t.* 19,5).

Por otra parte, nuevas diferencias de trato a este respecto se manifiestan no sólo en D. *h. t.* 12,9 (donde expresamente se dice: *quod in liberis aliter erat*), sino también en D. *h. t.* 30:

immo cum servus civis nostri ab hostibus captus inde aufugit et vel in urbe Roma ita est, ut neque in domini sui potestate sit neque uli serviat, nondum postliminio redisse existimandum est.

Habida cuenta de estas diferencias se explica el tono amplificador del párrafo D. *h. t.* 19,10, pero no su alusión al *postl.* de la mujer. De todos modos, dicho párrafo no es probablemente de temprana clasicidad, sino quizá del mismo Paulo.

---

49. Del carácter no clásico de esta frase puede ser un indicio su semejanza con la contenida en C. Th. 5, 5 (7), 2, que se halla reproducida en C. 8, 50 (51), 20.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Frente a este núcleo homogéneo de ideas acerca del *postl.* que el libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo nos presenta, los otros fragmentos en que se analiza el instituto de modo específico muestran, como demostraremos, pruebas numerosas y claras de alteraciones. De este modo indirecto lograremos una confirmación, no sólo de la exégesis realizada hasta aquí, sino también de la gran probabilidad de nuestra conjetura, que atribuye al libro XVI *Ad Sabinum* de Paulo un núcleo originariamente sabiniano acerca del *postl.* La cadena de ideas que en dicho libro aparecen constituyendo un pequeño tratado de la cuestión fué objeto de menos retoques, sin duda debido a su coherencia y armonía. Para nada se alude a la idea de un *postl. in pace* que, como veremos seguidamente, se intentó incrustar por medio de alteraciones en el pensamiento clásico. Un resultado que creemos firmemente establecido, a través de la exégesis llevada a cabo, es el del carácter originariamente militar del instituto.

V

El fragmento que pudiera mostrársenos más puro, dada su presunta ascendencia muciana, es D. *h. t.* 5 (Pomponio, 37, *ad Quintum Mucium*) [50].

Postliminii ius competit aut in bello aut in pace. In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset. antequam in praesidia perducatur hostium manet civis tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit. In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo

50. Respecto a su ascendencia muciana, vid. De Francisci, *Storia*, volumen *cit.*, pág. 229, núm. 1. Schulz no menciona la *sedes materiae* del *postl.* en el sistema. Cfr. *History*, *cit.*, pág. 95. Cfr., además, *retro*, número 23, fragmento 5.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. hoc quoque igtur casu postliminium datum est.

Contra lo que pudiera pensarse, este fragmento atribuído a Pomponio se halla notablemente alterado. En él es donde más claramente se distingue un *postl. in pace* y un *postl. in bello*. Una primera presunción de su falta de autenticidad pudiera ofrecérnosla el hecho de que esta bipartición no aparezca en Paulo, jurista posterior a Pomponio; sobre todo por la razón de semejanza que existe entre el sistema muciano, presunta procedencia de este fragmento, y el sistema de Sabino [51] al que corresponde D. *h. t.* 19 de Paulo que anteriormente hemos analizado. La bipartición *in pace-in bello*, aparece presentada de un modo tan drástico en Pomponio, precisamente en el libro 37 *ad Quintum Mucium, sedes materiae* del *postl.*, que no podía pasar inadvertida a Paulo, tanto si tenía algún precedente en Quinto Mucio como si hubiera sido invención de Pomponio. Una presunción más en contra de la autenticidad de la enunciada bipartición se halla en el probado carácter militar del *postl.*, cuyo eco repercutió todavía en tiempos de Justiniano, según se deduce de la distribución de la materia en el *Corpus Iuris*, como hemos hecho notar al principio de este trabajo. En la época de Pomponio el carácter de institución bélica del *postl.* debía estar profundamente arraigado, y resulta extraño que éste no haga resaltar de modo especial los casos de *postl. in bello*, como hace Paulo posteriormente.

Para realizar una crítica más completa del fragmento de Pomponio que nos ocupa, vamos a perseguir el posible arranque de la bipartición del *postl. in bello - in pace*.

Si frente a los testimonios referentes al *postl.* como institución aplicable en la guerra—la palabra *hostes* es frecuente, pero como este vocablo no significó originariamente enemigo en guerra, sino extranjero, no queremos insistir en este aspecto [52]—se

51. Cfr. SCHULZ, *History, cit.*, págs. 156-7. DE FRANCISCI, *loc. cit.*

52. D'ORS, *Postliminium in pace, cit.*, pág. 3, sale al paso de una posible explicación del *postl. in pace*, apoyándose en que el cambio de sentido de la palabra *hostis*—de extranjero a enemigo—pudiera haber hecho necesaria la distinción de un *postl. in pace*.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

hallasen en las fuentes noticias de un *postl. in pace*, no podríamos negar la razón de la bipartición. Por eso esta cuestión nos conduce al problema de la existencia o no de un *postl. cum foederatis*. Si efectivamente se probase la existencia de éste nos hallaríamos ante un caso de *postl. in pace*.

Las opiniones de la doctrina se reducen a dos teorías fundamentales, según señala acertadamente Amirante [53]. La primera, avanzada por Mommsem, acogida desde el principio por Girard y Mitteis y hoy sostenida por Lévy-Bruhl, Frezza e Imbert, considera segura la distinción establecida por Pomponio entre *postl. in bello* y *postl. in pace* y reduce a ésta la de *postl. cum hostibus* y *postl. cum foederatis*. La segunda teoría, opuesta a ésta, es la de Sertorio y De Visscher, para quienes el *postl. in pace* del aludido fragmento de Pomponio no puede identificarse con el *postl. cum foederatis* de que habla Elio Galo, según noticias de Festo [54]. Piensan que la distinción, *postl. in pace - in bello*, debe hacerse en el ámbito del *postl. cum hostibus*, y es únicamente la aplicación de este *postl.* lo que Próculo y Pomponio niegan en las relaciones entre Roma y los pueblos federados. Amirante muestra su disconformidad con la tesis Sertorio-De Visscher. Ni siquiera admite como antigua la distinción *postl. in bello - in pace*, si bien la cree clásica. La disparidad respecto al *postl. cum foederatis* entre Elio Galo y el jurista Próculo, la explica como producto del proceso de debilitación de las autonomías locales por el cual las *civitates liberae et foederatae*, perdida su autonomía e independencia, se convirtieron en ciudades del Imperio y no hubo razón para aplicar el *postl.* En nuestra opinión no es posible mantener la clasicidad de ninguna distinción respecto al *postl.* en el pensamiento jurídico. Un nuevo análisis de las fuentes nos permitirá probar este aserto. Veamos, primero, la referencia que Festo nos transmite conteniendo la definición de Elio Galo [55].

---

53. Vid. *Captivitas... cit.*, págs. 10-11, para mayor especificación.

54. Festo (hacia 150 d. C.) no fué jurista (Cfr. KIP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* [4], Leipzig-Erlangen, 1919, pág. 189), ni tampoco Elio Galo, de quien recoge la definición de *postl.* (Cfr., *op. cit.*, página 103.)

55. Reproducimos literalmente el pasaje de Festo, según BRUNS, *Fontes*

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

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

El pensamiento aquí contenido es de gran imprecisión frente a la información que los textos jurídicos nos presentan, en general. Y, en particular, pugnan estas referencias con la opinión de Próculo en D. *h. t.* 7 pr. (*lib.* 8 *Epistolarum*).

Non dubito, quin foederati et liberi nobis externi sint, nec inter nos atque eos postliminium esse: etenim quid inter nos atque eos postliminio opus est, cum et illi apud nos et libertatem suam et dominium rerum suarum aeque atque apud se retineant et eadem nobis apud eos contingat? [56].

La contradicción entre el gramático y el jurista Próculo es clara e irreconciliable. Festo afirma la existencia del *postl. cum foederatis* y Próculo la niega. A. d'Ors, que ha estudiado de modo especial esta contradicción [57], observa que no se resuelve la cuestión considerando que con los pueblos federados pudo haber *postl.* mientras se les consideró independientes y que, al dejar de serlo, el *postl.* dejó de ser posible con ellos (tal es la teoría de Mommsem aceptada por Amirante) [58]. Tampoco considera aceptable la explicación de De Visscher, según la cual el *postl.* admitido en el texto de Festo es—según la terminología de De Visscher—el *postl. in pace* en sentido amplio. En

---

Iuris Romani[7], *II* (*Scriptores*), pág. 5. Festo añade por su cuenta: *Postliminium receptus dicitur is, qui extra limina, hoc est terminos provinciae, captus fuerat, rursus ad propria revertitur.*

56. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 7.

57. *Postliminium in pace*, *cit.*, págs. 4-5.

58. *Captivitas*, *cit.*, pág. 14-5.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

cambio—argumenta De Visscher [59]—, Próculo negaría el *postl.* respecto a estos pueblos, porque pensaba en la otra hipótesis y, naturalmente, con éstos no hay captura. Según d'Ors, si Próculo quisiese negar la captura entre pueblos aliados no hubiera empleado en absoluto el razonamiento que nos conserva su texto: habría dicho, sin más, que la captura era allí imposible por no haber guerra. El argumento decisivo de De Visscher para probar que Próculo no se refería al *postl. in pace* «au sens large» es el hecho de que éste alude a la intangibilidad de la propiedad entre pueblos federados, siendo así que aquella forma de *postl.* no es susceptible de aplicación en materia de bienes. A. d'Ors [60] contrapone a este argumento el hecho de que Pomponio—en el texto principal, precisamente, acerca del *postl. in pace* «au sens large» de De Visscher—habla también de la propiedad (D. *h. t.* 5,20):

In pace... quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum: idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat. hoc quoque igitur casu postliminium datum est.

Para d'Ors no hay posibilidad de cohonestar las dos afirmaciones contradictorias, que se resumen, de un lado, en la afirmación de Próculo: *nec inter nos atque eos postliminium esse*; de otro, en la de Festo: *cum populis liberis et cum foederatis et cum regibus postliminium est.* La única explicación es la de suponer que en el pensamiento de los gramáticos la idea del *postl.* había perdido sus nítidos perfiles, y se extendió entre ellos, sin reparos, la idea de un *postl.* pacífico. Ya en la misma definición de Elio Galo, que Festo nos transmite, se da un concepto amplísimo y, lo que es más significativo, éste declara al final del pasaje que se trata de una extensión analógica al afirmar: *postliminium est, ita cum hostibus.* Contra esto tiene sentido de protesta la frase de Próculo: *Non dubito...!* Como afirma d'Ors, es un sano escrúpulo de jurista el que protesta ahí frente a los gramáticos. Los juristas habrán mostrado resistencia contra tales extensiones; pero en la época postclásica las opiniones de gramáticos y retóricos invadieron el cuerpo del

59. *Aperçus*, *cit.*, pág. 373, núm. 23.
60. Cfr. *loc. cit.*

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Derecho. Por esta vía se introdujo la idea que cuajó en un *postl. in pace*.

Todavía ha observado d'Ors que el fragmento de Próculo presenta una redacción evidentemente defectuosa en la frase: *Non dubito quin foederati et liberi nobis externi sint nec*... Este *nec*—observa [61]—exigiría, o una frase explicativa de por qué, a pesar de ser *externi*, no se daba el *postl.* (en este sentido leía Mommsem *quamvis* en lugar de *quin*), o una negación anterior. De ahí que se incline por *non sint*; pero *externi* no puede así mantenerse y lo sustituye por *hostes*. Así resulta: *Non dubito quin foederati et liberi nobis* [*externi*] <*hostes non*> *sint*. Para su conjetura se basa en las alteraciones sufridas por otro fragmento atribuído a Pomponio, que, efectivamente, muestra gran interés para el tema del *postl.* Se trata de D. *h. t.* 6:

Mulier in opus salinarum ob maleficium data et deinde [*a latrunculis exterae gentis*] <*ab hostibus*> *capta et iure commercii vendita ac redempta in causam suam reccidit.* [*Cocceio-reddendum est*] [62].

Las interpolaciones indicadas, señaladas por d'Ors [63], no necesitan especial prueba. Aparece bien sentada la doctrina de que no es aplicable el *postl.* frente a los ladrones en D. *h. t.* 19,2 y D. *h. t.* 24. Debe tratarse de enemigos (*hostis*). El fragmento es una prueba de la aplicación al *captivus redemptus* de *postl*: el condenado vuelve a su pena. Este fragmento encierra la confirmación de que el *postl.* se aplicaba automáticamente al *redemptus* antes de la segunda mitad del siglo II; de ahí que lo referente a éste fuese estudiado con nuestro instituto.

La idea de un *postl. in pace* se nos muestra más infundada si procuramos individualizarla. Ante todo, Pomponio y Trifonino, los únicos que la definen, no están de acuerdo. Pomponio concreta su idea del siguiente modo: D. *h. t.* 5,2:

nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt... et liber homo noster ab eis captus servus fit... hoc quoque igitur casu postliminium datum est.

61. *Loc. cit.*, pág. 5.
62. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 6.
63. *Loc. cit.*

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Aparte de que late en el fondo de esta especie de definición la idea del *postl.* únicamente frente al *hostis* (basta fijarse en la frase: *hi hostes quidem nom sunt*), hay que observar el carácter puramente hipotético de la situación que para la aplicación del *postl.* se presupone ahí. En tiempos de Pomponio—época de los Antoninos—un pueblo con el cual *neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum hebemus*, sólo puede hallarse normalmente en las fronteras del Imperio donde las armas romanas están alerta, y el caso supuesto (*et liber homo noster ab eis captus servus fit*) se daría pocas veces, o si se diese con frecuencia o mediante depredación, sería ya un *casus belli*. Pero todavía tiene un tono más hipotético el pensamiento atribuído a Pomponio cuando supone una absurda reciprocidad: *idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat: hoc quoque igitur casu postliminium datum est*. Esta aplicación, que parece presentada con carácter de reciprocidad, carece de sentido. Después de haber afirmado: *quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit*; y haber dicho, además, que el *homo liber servus fit et eorum*, ¿qué sentido puede tener la afirmación *idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat*? Esto parece indicar que también lo que llega procedente de los pueblos que se hallen respecto a Roma en las condiciones aludidas pertenecerá a ésta, así como el hombre libre se hará esclavo de los romanos; ésta es la reciprocidad que parece encerrarse en las frases anteriores. Pero entonces, ¿por qué se dice *hoc quoque igitur casu postliminium datum est*? ¿Qué *postl.* es éste? No puede recobrar ninguna situación previa perdida lo que se hace romano por primera vez: la esencia de *postl.* es la idea de recuperación, no la adquisición originaria.

La mejor manera de hallar sentido a este supuesto *postl.* bosquejado en el fragmento atribuído a Pomponio es suponer basada esta idea en una defectuosa comprensión del *postl.* convenido en tratado de paz. Fuera de la guerra, sólo tendría lugar el *postl.* mediante el tratado de paz, en el que se convendría un canje de prisioneros y botín. Como falsa interpretación de este hecho, resulta el *post. in pace*. Creemos posible probar este aserto en nuestras fuentes, comparando simplemente esta idea de *postl. in pace* atribuída a Pomponio con la de Trifonino, que se halla en relación con otras menciones.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Trifonino se refiere al *postl. in pace* en D. *h. t.* 12 pr. [64] del siguiente modo:

in pace autem his qui bello capti erant de quibus nihil pactis erat comprehensum...

Y más adelante se refiere de nuevo al *postl. in pace*: D. *h. t.* 12 pr.:

verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efiiuntur apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur. quibus ius postliminii est tam in bello quam in pace nisi foedere cautum fuerat ne esset ius postliminii.

A estos casos reduce Trifonino el *postl. in pace*. A primera vista, nada tienen que ver con la especial situación en que aparece el *postl. in pace* en el fragmento atribuído a Pomponio: Hay indudable disparidad de criterio. No obstante, pudiera hallarse el nexo genético de las ideas expuestas en ambos fragmentos.

La idea de un *postl.*, en sentido amplio se había difundido, como hemos visto, por obra de los gramáticos. Por otra parte, el retorno con la consiguiente ventaja del *postl.* debía convenirse o denegarse en el tratado de paz, según se deduce de menciones aisladas. Así, D. *h. t.* 20: *Si captivus, de quo in pace cautum fuerat ut rediret, sua voluntate apud hostes mansit, non est ei postea postliminium* [65].

Otra mención del tratado de paz se halla en D. *h. t.* 28:

...postliminio redit ad eum a quo priore bello captus erat, si modo non convenerit in pace ut captivi redderentur [66].

Al margen de esta práctica corriente de regular en tratado de paz la suerte de los cautivos—a cuyo retorno se les aplicaría el *postl.*—debió de existir el más frecuente y típico caso de *postl.*: aquel que tenía lugar durante la campaña como una medida de favor hacia quienes se evadían de la cautividad enemiga. Una prueba de ello se halla en D. *h. t.* 5,1, cuando se dice, definiendo el *postl. in bello*:

nam si eodem bello is reversus fuerit postliminium habet.

Por otra parte, respecto al *miles* consta que se consideraba

64. Más adelante analizaremos detenidamente este fragmento.

65. Este fragmento es seguramente clásico. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 20.

66. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 28.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

transfuga el que, habiendo sido capturado, *cum poterat redire non rediit* (D. 49, 16, 5, 5) y para el *transfuga* no hay *postl.*

El *captivus* debía regresar durante la guerra de cualquier modo que fuese. En este sentido contamos con el testimonio de Florentino, indudablemente clásico, en D. *h. t.* 26.

Nihil interest, quomodo captivus reversus est, utrum dimissus an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit, ita tamen, si ea mente venerit, ut non illo reverteretur: nec enim satis est corpore domun quem redisse, si mente alienus est. sed et qui victis hostibus recuperantur, postliminio redisse existimantur [67].

Que Florentino se refería en este caso al retorno en plena guerra se deduce de la adversativa final: *sed et qui victis hostibus recuperantur postliminio redisse existimantur*. Este *recuperantur* tiene que referirse a los recuperados en virtud de tratado de paz; de otro modo, no hubiera señalado esta distinción para el caso posterior, *victis hostibus*. Si *nihil interest quomodo reversus est* ¿por qué hay que aludir a los que *victis hostibus recuperantur*? También *victis hostibus* se debería admitir cualquier clase de retorno.

Es muy probable, pues, que el *postl.* se aplicase exclusivamente durante la guerra, para fomentar el retorno del *miles captus ab hostibus*, y en los casos de recuperación de prisioneros en tratados de paz. El fragmento de Trifonino estaría concebido originariamente en el sentido de negar el *postl. in pace*, como demostraremos más adelante.

Habida cuenta de que el *postl.* se daba, una vez terminada la guerra, en el tratado de paz, y de la extensión de aquel concepto que los gramáticos realizaron, no tenía nada de extraño que surgiese la bipartición: *postl, in bello-in pace*. Un motivo de la confusión que llevó a establecer una rigurosa bipartición fué la misma voz *pax* que, como ha puesto de manifiesto d'Ors [68], se empleaba casi siempre como sinónimo de tratado de paz.

---

67. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 26. LEVY admite asimismo la autenticidad de este fragmento (*Captivus redemptus*, BIDR (N. S.), 14-5 (1.951), página 77. Reproducción del original publicado en *Classical Philology*, volumen 38, núm. 3, julio 1943).

68. *Postliminium in pace*, cit., pág. 9. Afirma que la palabra *pax*, en los clásicos, significa siempre tratado de paz o acto por el que se determina

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

De este conjunto de factores nació la bipartición con que encabezaron el fragmento de Pomponio que criticamos (D. *h. t.* 5) aquellos que le han alterado. Si todavía fuese necesaria una razón más para probar que no pertenece a Pomponio basta señalar la otra definición que se le atribuye en D. *h. t.* 14 [69].

Establecida en cabeza la bipartición se incrustó la falsa idea del *postl. in pace*, que hemos criticado, con una simetría didácticamente perfecta. La originaria redacción de Pomponio sería la siguiente:

Cum hi qui nobis hostes sunt aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet. antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis. tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit.

El párrafo 2 se muestra enteramente espurio, según cuanto hemos dicho anteriormente. Asimismo el párrafo 3—que no nos interesa directamente—parece no responder a una estructura clásica en la forma que ahora presenta [70].

VI

El último fragmento entre los que hemos considerado fundamentales para el estudio del *postl.* (D. *h. t.* 12) aparece atribuido

---

una guerra, y señala así: GAYO, III, 94; D. 2, 14, 1 pr. y 5; D. 49, 15, 28; 49, 16, 16, 1; 1, 2, 37; 49, 15, 20 pr. Como una excepción muestra D. 49, 16, 4, 11 y 5, 1, que sería debida a influencias de lenguaje no jurídico. Fuera de este caso, sólo aparece *pax* en pasajes interpolados.

69. Es posible admitir la fundamental clasicidad de este fragmento si se piensa que había suficiente motivo para afirmar una duplicidad de aplicación del *postl.*: *ut aut nos revertamur aut aliquid recipiamus*. En efecto, además del *postl.* aplicado a cosas militares existía la recuperación de esclavos *iure postliminii* por parte del *dominus*. Estilísticamente no parece muy correcto el fragmento, como observa SOLAZZI (RISG, Serie III, Anno III (1949) página 2); pero lógicamente es admisible la distinción: *cum filius revertatur, duplicem in eo causam esse oportet postlimini, et quod pater eum reciperet et ipse ius suum*. No hay inconveniente alguno en admitir este razonamiento, aunque el fragmento no se muestre estilísticamente perfecto. Cfr. *retro*, número 23, fragmento 14.

70. Cfr., respecto a ambos párrafos, el *Index Interpolationum*.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

al libro 4 *Disputationum* de Trifonino. Se trata de un largo fragmento en que se aborda primeramente el tema del *postl.* y luego el del *captivus redemptus* que, como hemos admitido anteriormente, habrá gozado también del *postl.* automáticamente hasta el empeoramiento de su situación. Pero la obra a que el fragmento pertenece ha sido tachada seriamente de espuria, lo cual es una primera advertencia frente a su información [71]. Del fragmento en cuestión nos interesa únicamente el trozo en que aparece abordada la naturaleza del instituto [72]; las restantes referencias al *postl.* analizan ya en concreto efectos de éste sobre alguna situación jurídica personal y, por tanto, no interesan a nuestro tema. He aquí el pensamiento atribuído a Trifonino respecto al instituto indicadas las alteraciones, que a continuación justificaremos: D. *h. t.* 12:

In bello postliminium est, [in pace] autem his, qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum <postliminium non est>. quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt. verum [in pace] qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos iam hostes suo facto deprehenduntur. quibus ius postliminii est [tam in bello quam in pace] nisi foedere cautum fuerat, ne esset ius postliminii [73].

Veamos cómo se justifican las alteraciones señaladas. La simple lectura denota la falta de coherencia entre el comienzo y la

71. El mayor esfuerzo crítico fué realizado por FELGENTRAEGER (*Antikes Lösungsrecht*, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1933, págs. 95 y siguientes. Vid., además, *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, Tauchnitz, 1934, pág. 370), que considera esta obra como paráfrasis postclásica. Asimismo BESELER (SZ., 45 (1925), págs. 207 y siguientes) la cree probable obra de un maestro postclásico (Cfr. del mismo: SZ, 51 (1931), página 57, y *Studi Bonfante*, II (1930), pág. 79.) También la considera postclásica KRÜGER (SZ., 51 (1931), págs. 215 y siguientes). Vid., por último, SCHULZ, *History*, *cit.*, pág. 234, que duda, asimismo, de su autenticidad. Vid. cierta reacción de LEVY, *Captivus redemptus*, *cit.*, págs. 82-3. Igualmente una débil reacción anterior de LENEL, vid. en SZ, 50 (1930), págs. 15 y siguientes.

72. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 12.

73. A. FABER (*Iurisprudentiae Papinianeae scientia*, Lugduni, 1607, 8, 5, 615) rechaza el párrafo [*quibus ius-postliminii*].

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

continuación. Después de haber afirmado, *in bello postliminium est*, continúa de modo absurdo: *in pace autem his qui bello capti erant, de quibus nihil in pactis erat comprehensum*. Falta evidentemente el final de esta frase. Ya Cujacio observó esta falta y la suplió añadiendo: *postliminium non est*. Amirante recoge la observación y añade la frase indicada. La adversativa *autem* inclina a suponer una solución distinta de la anterior, en este caso una negación. Pero, además, hemos comprobado anteriormente que gozaban del *postl.* los cautivos recuperados mediante tratado de paz. Por tanto, si aquellos que volvían ya establecida la paz, sin que en el tratado se hubiese dispuesto nada respecto a ellos, hubiesen gozado también del *postl.* no era necesaria ni tenía sentido la frase anterior. ¿Para qué decir que los capturados en guerra *de quibus nihil in pactis erat comprehensum* gozaban del *postl.*? Bastaba decir que se daba el *postl. inbello e in pace*, con retorno mediante tratado de paz o sin él. El sentido afirmativo hay que rechazarlo para esta frase. No se pretendía afirmar la existencia del *postl.* a favor *de quibus nihil in pactis erat comprehensum* ni implícita ni explícitamente; no puede admitirse un antiguo: *postliminium est*. La solución fué explícitamente negativa como hemos señalado en el fragmento y como intuyó Cuyacio.

Por otra parte, de no ser así, no tenía razón de existir la frase siguiente: *quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt* [74]. Sólo tiene cabida este razonamiento suponiendo de sentido negativo la frase anterior.

El fragmento de Trifonino ha sido alterado pensando en la bipartición, *postl. in bello-in pace*, y con el propósito de extender ésta. La afirmación del comienzo es radical: el *postl.* existía *in bello*. Y luego se añadía una excepción (*autem his*) respecto a aquellos que, capturados en la guerra, nada se había acordado acerca de ellos en el tratado de paz. A pesar de ser cautivos de guerra, se quería decir, si nada en el tratado se había acordado a propósito de ellos (*de quibus nihil in pactis erat comprehensum*) no gozarían del *postl.* Podrá parecer dura esta medida, pero es la única explicación de acuerdo con las fuentes, desde diversos

74. Sobre la fundamental clasicidad de este párrafo vid. BARTOSEK, RIDA, II, *Mél. De Viss. cit.*, I, pág. 38.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

puntos de vista; sobre todo desde el punto de vista de una rígida disciplina militar (muy de acuerdo con los éxitos bélicos de Roma y muy conveniente para su férrea moral patriótica) que pretendía mantener la *spes revertendi* a sus ciudadanos, *in virtute bellica magis quam in pace* [75]. En principio el *postl.* debió de ser un privilegio del combatiente y de ahí su rígida aplicación al que retornaba durante la guerra—como quiera que tuviese lugar el retorno—y al que lo hacía en virtud del tratado de paz. Respecto al ciudadano no combatiente que fué sorprendido por la guerra y por ello se hizo esclavo del enemigo es muy probable que existiese una excepción. Este habrá gozado del *postl.* tanto si regresaba durante la guerra como a consecuencia del retorno de cautivos acordado en el tratado de paz, salvo que en éste se acordase otra cosa: *nisi foedere cautum fuerat ne esset ius postliminii*. Se explica así la introducción de la frase [*tam in*

75. Un indicio de cómo se aquilataba la conducta del *reversus ab hostibus* se halla en D. 49, 16, 5, 6:

A barbaris [*remissos*] <*reversos*> *milites ita restitui oportere Hadrianus rescripsit., si probabunt se captos evasisse, non transfugisse, sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est, et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi eius credatur: si remansor aut neglegens suorum aut segnis aut extra contubernium agens, non credetur ei.*

Mommsen sustituye acertadamente [*remissos*] por <*reversos*>. Este fragmento es interesante, no sólo por el motivo indicado, sino también como síntoma de la decadencia en que el *postl.*, como institución tradicional, iba a caer en la época postclásica. En efecto, aquí aparece el emperador Adriano emitiendo un rescripto sobre la materia sin aludir al instituto correspondiente. Los emperadores dictarán en lo sucesivo normas respecto al retorno de cautivos—como veremos al aludir al instituto durante el Bajo Imperio—, que acabarán constituyendo el derecho vigente, en sustitución del viejo instituto del *ius civile*, que se convertirá en un recuerdo histórico. Una política militar de gran alcance impone esta nueva legislación. La necesidad de fomentar el retorno de los cautivos fué vivamente sentida—como LEVY ha observado en *Captivus redemptus*, *cit.*, pág. 87—cuando el Imperio comenzó a sentirse obligado a una actitud defensiva. Desde este punto de vista han de verse los párrafos siguientes (7 y 8) de este fragmento:

76. *Si post multum temporis redit qui ab hostibus captus est et captum eum, non transfugisse constiterit: ut veteranus erit restituendus et praemia et emeritum capit.* 8. *Qui transfugit et postea multos latrones adprehendit et transfugas demostravit, posse ei parci divus Hadrianus rescripsit: ei tamen pollicenti ea nihil permitti oportere.*

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

bello quam in pace] con objeto de dar un mayor ámbito a la bipartición del *postl. in bello-in pace* [76]. A impulsos de la misma tendencia fué introducida dos veces la frase: [*in pace*], como hemos indicado sobre el fragmento [77].

VII

Después de esta crítica general del título XV del libro 49 del Digesto podemos afirmar que la mayor pureza de ideas acerca del *postl.* se halla en los comentarios *ad Sabinum* de Paulo y Pomponio y, en general, en la «masa sabiniana» del título (fragmentos 13-27). Han sido alterados, como hemos puesto de manifiesto, los fragmentos 5 y 12 de Pomponio y Trifonino, respectivamente, para introducir la idea de la bipartición: *postl. in bello—in pace*, producto de confusión y relajamiento del primitivo carácter bélico-militar de la institución.

Han sido colocados en el título en cuestión sin retoques los fragmentos 2 y 3, en donde se alude a las *res quæ postliminio recipiuntur* [78]. Estos fragmentos constituyen la prueba más contundente del carácter militar del *postl.* como ha demostrado De Visscher. Aludiremos sólo incidentalmente a ellos porque nos parece un logro científico definitivo el unitario carácter de utilidad bélica de las cosas mencionadas en los fragmentos 2 y 3 y, en consecuencia, la gran prueba que significan acerca del origen bélico del *postl.*

Unicamente tenemos que observar que De Visscher ha desdeñado un testimonio de las fuentes demasiado claro—porque no convenía a su tesis integradora del *postl.* y *mancipium*—al afirmar que no debía tomarse en serio la frase de Marcelo: *arma enim postliminio reverti negatur* [79]. Nada indica en contra del

76. Aparte la sospecha de interpolación de FABER (Cfr. *retro*, número 73), la misma frase aparece en otro fragmento interpolado (D. 39, 6, 35, 4), y MOMMSEM mismo la suprime. Cfr., además, BESELER, *Studi Riccobono*, I, página 305.

77. La frase inicial de este párrafo debió de ser, quizá: *item qui*, en vez de *verum*. (Cfr. Digesto, ed. MOMMSEM-KRÜGER, pág. 885, nota 12).

78. Cfr., a propósito de estos fragmentos: *retro*, núm. 23, fragmentos 2 y 3.

79. DE VISSCHER, *Aperçus, cit.*, pág. 380, núm. 47.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

carácter militar del *postl.* la no aplicabilidad de éste a las armas. La explicación se halla en las mismas fuentes (D. *h. t.* 2,2): *Non idem in armis iuris est, quippe nec sine flagitio amittuntur*. Luego añade: *quod turpiter amittuntur*. Probablemente era preciso destrozar las armas en la lucha, según parece deducirse de D. *h. t.* 17: *Postliminio carent, qui <cum> armis victi hostibus se dederunt*. No gozaban del *postl.* los vencidos que se entregaron con las armas (no puede traducirse: «los vencidos con las armas», como hace Amirante (*Captivitas, cit.* p. 16) sin tener en cuenta la corrección *<cum>* de Mömmsem, porque ello chocaría con todo lo dicho y equivaldría a la negación del *postl. in bello* tan claramente de manifiesto en los textos). No puede pensarse tampoco en una especie de *deditio ad hostes* porque ello significaría una conducta delictiva y sería inútil aludir al *postl.* (Cfr. Gayo, I, 14, pasaje semejante a éste comentado por A. d'Ors en AHDE, XV, 1944, pág. 170)

Tampoco vemos dificultad alguna en que el *postl.* se haya aplicado a las naves de utilidad bélica, aunque De Visscher ha tenido que acudir a una supuesta tendencia animista—que personificaría al navío—para admitir este hecho [80], que pugnaba con su concepción del *postl.* como derecho inherente al *pater* titular del *mancipium* para recuperar las cosas sometidas a éste. Pero el contenido de D. *h. t.* 2 pr. encierra una explicación suficiente y no deja lugar a dudas:

Navibus longis atque oneràriis propter belli usum postliminium est, non piscatoriis aut si quas actuarias voluptatis causa paraverunt.

Aquí el motivo militar—*propter belli usum* -se halla más claramente de manifiesto que respecto a las demás cosas *quae postliminio recipiuntur*. Así, en el párrafo siguiente se lee (D. *h. t.* 2,1): *Equus item aut equa freni patiens recipitur postliminio: nam sine culpa equitis proripere se potuerunt*. La aplicabilidad del *postl.* se basa en que pudieron haber huído sin culpa del jinete combatiente. Quizá porque la utilidad militar de las bestias aludidas es indudable, ya no se alude a ésta aquí.

Hemos de destacar, al paso, cómo se aquilata la conducta

80. *Op. cit.*, págs. 384-5.

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

del *miles*, reflejándose incluso sobre la situación en que deben calificarse las cosas. Esto nos proporciona una prueba más de que el *postl.* estaba especialmente configurado para la vida militar.

Frente al análisis de la situación de los derechos del *captivus* que priva en las fuentes [81] sólo aparecen las anteriores alusiones al *postl.* aplicado a las cosas, más una mención que se halla en D. *h. t.* 3: *item vestis*, quizá la única tomada del libro 37 *Ad Quintum Mucium* de Pomponio como novedad, puesto que acaso en las restantes menciones habría coincidencia. La aplicación del *postl.* a los fundos carece de toda base [82].

La elaboración jurisprudencial del *postl.* se realizó a propósito de los derechos del *captivus*, y como la fuente principal de cautividad era la guerra, no cabe duda que el sujeto del instituto fué el *miles captus ab hostibus*. No es muy probable, en cambio, que lo fuese el *deditus reversus*: D. *h. t.* 4 [83].

Eos, qui ab hostibus capiuntur [*vel hostibus deduntur*], *iure postliminii reverti antiquitus placuit. an qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus civis Romanus sit, inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est: et consequens est, ut civitatem non adipiscatur* [84].

81. Precisamente porque no se habla de *res quae postliminio redeunt* más que en los fragmentos 2 y 3 del título XV del Digesto aparecen éstos sin relación con el resto de la materia. El fragmento 3 fué fácilmente colocado por Lenel en la *Palingenesia*, con arreglo a su inscripción: *Pomponius*, libro 37. *ad Quintum Mucium*. Es un vestigio único de sólo dos palabras (*item vestis*) de este libro de Pomponio, que no podía consistir en esta mínima mención. En cambio, el fragmento 2 dió lugar a un problema de distribución para Lenel. (Vid. *retro*, núm. 23, fragmento 2.) Su inscripción no está de acuerdo con el *Index Florentinus*, y Lenel la atribuye, en vista de ello, a Celso, bajo la rúbrica: *Ad legem Corneliam de captivis*. Pero el fragmento no se refiere al *captivus*, sino a las cosas objeto de *postl.*, de modo escueto, sin referencia a ningún sujeto. Cabe, pues, la sospecha de que esta atribución de Lenel sea temeraria. No concuerda el contenido de nuestro fragmento con el del libro 39, *Digestorum*, de Celso. Probablemente fuera más afortunada la suposición de un error en el número del libro—acaso 32 en vez de 39—o en el *Index Florentinus*, que en el nombre del autor.

82. Vid. Solazzi, RISG, Serie III, Anno III (1949), páginas 1-14.

83. Cfr. *retro*, núm. 23, fragmento 4.

84. La aplicabilidad del *postl.* al *deditus* no es muy segura. (Vid. Imbert, *Postliminium*, *cit.* págs. 69-71, en contra de esta aplicación.) Pudiera expli-

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Finalmente, como última prueba de la aplicación del *postl.* únicamente *in bello*, señalaremos el hecho de que el retorno se presumía con la simple entrada en territorio amigo; los testimonios son reiterados. Uno de ellos, de indudable clasicidad porque pertenece al libro XVI de Paulo *ad Sabinum*, dice: D. *h. t.* 19,3:

Postliminio redisse videtur, cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. sed et si in civitatem sociam amicamve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat.

Coincide este testimonio con el de Pomponio en D. *h. t.* 5,1, sin duda asimismo clásico, pese a las alteraciones del fragmento de que procede:

antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis: tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit.

Parece indudable que el retorno significa el regreso de territorio enemigo [85].

VIII

La noción del *postl.* perdió después de la época clásica todo perfil concreto. A través de las constituciones imperiales se perciben huellas del instituto caído en franca degeneración. Así, entre las medidas en que se trata de establecer una nueva regulación respecto al *redemptus ab hostibus*, se alude al *postl.* sin justificación ni motivo alguno, en una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 291: C. 8, 50 (51), 6:

Cum et postliminii ius et communis utilitatis ratio exigat, ut, si qui captos ab hostibus redemerint, accepto pretio redemp-

carse como fácil glosa o interpolación las palabras [*vel hostibus deduntur*] sugeridas por la continuación del fragmento. Resulta incongruente admitir el *postl.* respecto al *deditus*, al principio, y dudar a continuación de su carácter de *civis*. Este fragmento, sin duda clásico en el resto, tiene su aclaración y compplemento en D. 50, 7, 18 (17).

85. Si se observa el título correspondiente del Código de Justiniano puede verse cómo el sujeto de referencia es siempre el *captus ab hostibus* en materia de *postl.*

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ios suae ingenuitati restituant, proponasque redemptorem noluisse oblatum pretium a te vel ab alio recipere, praeses provinciae efficaci instantia compellet eum legibus obtemperare et recepto eo quod pretii nomine dependitur status securitatem non inquietare.

El *postl.* no se condicionaba en los casos de *redemptio* al pago del precio de su rescate por el *redemptus*. Esta norma comenzó a difundirse en la segunda mitad del siglo II [86]. La noción clásica del *postl.* se había perdido ya y se utilizaba el término sin rigor alguno. Un ejemplo más de esta utilización se halla en una constitución de Honorio, Teodosio y Constancio del año 421 (C. Th., 3, 16, 2) [87].

Por otra parte, aparecen entonces indicios de una discutible aplicación del *postl.* a inmuebles, que, como ha demostrado Solazzi [88], es idea ajena completamente al pensamiento clásico. En la época clásica sólo se aplica el *postl.* respecto a aquellas cosas de utilidad militar que ya hemos mencionado. Los trastornos fronterizos del Bajo Imperio provocan una legislación restauradora de las situaciones alteradas por las incursiones

---

86. Una norma clásica contenida en D. 49, 15, 20, 2 (Cfr. *retro*, número 23, frag. 20) afirma: *Redemptio facultatem redeundi praebet, non ius postliminii mutat.* Bastaría la *sedes materiae* como presunción de clasicidad de este párrafo considerado enigmático por los autores; pero, además, vid. LEVY, *Captivus redemptus cit.*, pág. 76. Es digno de observarse el hecho, probado por este autor (*op. cit.*, pág. 94), de que el *captivus redemptus* volvió a gozar en el Derecho justinianeo de la misma situación inicial que disfrutaba antes de haber sido sometido a más duras condiciones a partir de la segunda mitad del siglo II.

87. *Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui caussas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda supliciis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus.*

En la *Interpretatio*—esto es, en el Derecho vulgar—ya no se hizo caso de las palabras *ius postliminii* y la frase «*verum etiam postliminii ius negamus*» fué sustituída por la expresión: «*nec ad propria revertendi*». Esta constitución es del año 421. Ya en el año 294, en una constitución de Diocleciano y Maximiano (C. 8, 50 (51), 18) se delata un extraño alejamiento del pensamiento clásico al hablar de una acción rescisoria a favor los *ab hostibus captis et postliminio reversis*.

88. Vid. RISG, 1949, *loc. cit. retro*, núm. 82.

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

enemigas y los emperadores acuden al vocablo *postliminium* como a una especie de razón jurídica. Un claro testimonio se halla en una constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano del año 365, reproducida en los Códigos Teodosiano y de Justiniano, C. 8, 50 (51), 19:

Si quos forte neccesitas captivitatis abduxit, sciant, si non transierunt, sed hostilis inruptionis necessitate transducti sunt, ad proprias terras festinare debere, recepturos iure postliminii ea, quae in agris vel mancipiis seu aliis rebus ante tenuerunt, etsi a fisco nostro possideantur. Nec timeat quisquam alicuius contradictionis moram, cum hoc solum requirendum sit, utrum aliquis cum barbaris voluntate fuerit an coactus [89].

Solazzi [90] observa que es de derecho clásico que el prisionero recupere *iure postliminii* los *agri* y los *mancipia* que le pertenecieron antes de la cautividad. Pero el referirse a *hostilis inruptionis necessitate* deja pensar que los *agri* hayan sido ocupados por el enemigo. Así—afirma—puede presumirse que la cancillería pensase en un *postliminium rei* aplicado a inmuebles. Efectivamente, la oscuridad de esta constitución permite esta conjetura. Sin embargo, es de observar que la *Interpretatio* dice: *quaecumque in agris vel mancipiis antea tenuerunt..., sine ullius contradictione personae, tempore, quo redierint, vindicent ac praesumant...*

El que se hable de *vindicare* en sustitución de la alusión al *postl.* que figura en la constitución supone un pensamiento totalmente ajeno ya al concepto de aquél. Esta es una prueba del confusionismo y desconocimiento respecto al instituto en que cayó el Derecho vulgar occidental [91], y, ciertamente, poco tiene que ver con la citada constitución. No obstante, es un indicio de que la frase «*recepturos iure postliminii ea*» sería simplemente un ropaje jurídico de empaque histórico para legalizar la justa recuperación de sus cosas por aquellos que habían sido despoja-

89. C. Th. 5. 5 (7). 1. La frase «*seu aliis rebus*» es adición justinianea Esta es una de las dos constituciones del Lib. 5. tit. 5. pobre residuo del instituto en el Código Teodosiano

90. *Loc. cit.* anteriormente, pág. 14.

91. Cfr. Levy, *West Roman Vulgar Law* (*The law of property*), Filadelfia. American Philosophical Society. 1951. pág. 218. sobre *vindicare*.

dos a consecuencia de una incursión enemiga [92]. Y tal recuperación era un imperativo, no sólo de justicia, sino de paz social. Este último móvil pesó mucho en la legislación del Bajo Imperio [93]. Una prueba de que no debe tomarse muy en consideración la posibilidad de un *postl.* aplicado a inmuebles entonces, nos la da otra constitución de Honorio y Teodosio del año 409 de la que no se deduce esta aplicación: C. 8, 50 (51), 20:

Diversarum homines provinciarum cuiuslibet sexus condicionis aetatis, quos barbarica feritas captiva necessitate transvexerat, invitos nemo retineat, sed ad propria redire cupientibus libera sit facultas... ... ...

... ...

3. *Reddantur igitur sedibus propriis sub moderatione qua iussimus, quibus iure postliminii etiam veterum responsis incolumia cuncta servanda sunt* [94].

Aquí se decreta la *libera facultas* para *redire ad propia* y se recomienda un trato de favor respecto a quienes fueron arrebatados por la *barbarica feritas*. Por imposición imperial se manda: *Reddantur, igitur, sedibus propriis*, a excepción de aquellos que han sido rescatados mediante precio, que deberá ser previamente restituído. El mandato imperial es lo que importa; el *postl.* se invoca sólo como una razón jurídica de tipo histórico: *quibus iure postliminii etiam veterum responsis incolumia cuncta servanda sunt.* Las instituciones jurídicas no podían vivir con eficacia en un ambiente social turbulento. Los

---

92. Este mismo problema fué abordado por los clásicos sin aludir a una recuperación *iure postliminii*. Así, en un fragmento no sospechoso: D. 49, 15, 20, 1 (Cfr. *retro*, núm. 23, frag. 20), se dice:

Verum est expulsis hostibus ex agris quos ceperint dominia eorum ad priores dominos redire nec aut publicari aut praedae loco cedere: publicatur enim ille ager qui ex hostibus captus sit.

No había lugar a la confiscación o el botín respecto a estos campos. Pero en tiempos postclásicos el Fisco imperial no tenía inconveniente en ocupar estos bienes y hasta regalarlos (Cfr. SOLAZZI, *Il concetto del «ius postliminii»* cit., págs. 359-60).

93. La invasión de la propiedad ajena es castigada con pena capital en algunos casos por Constantino: C. Th. 9, 10, 1 y 2 (años 317-8). Cfr. acerca de estas medidas protectoras de la paz social. LEVY, *West Roman*, *cit.*, páginas 250 y siguientes.

94. Se halla también en C. Th. 5, 5 (7), 2

INICIO | SUMARIO AÑO 1951-52 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

emperadores mismos tenían que demandar ayuda a los cristianos (const. cit. núm. 5):

Et ut facilis exsecutio proveniat, Christianos proximorum locorum volumus huius rei sollicitudinem gerere [95] para procurar el retorno de los cautivos, así como amenazar a los curiales de las ciudades próximas con sanciones si incumplían sus normas facilitadoras del retorno: const. cit. *ibidem*:

curiales quoque proximarum civitatum placuit admoneri, ut emergentibus talibus causis sciant legis nostrae auxilium deferendum: ita ut noverint rectores universi decem libras auri a se et tantumdem a suis apparitoribus exigendum, si praeceptum neglexerint.

El *postl.* es un recuerdo histórico en el Bajo Imperio, que ha perdido sus caracteres peculiares. No obstante, en el *Corpus Iuris* reaparece, en gran parte, el antiguo instituto entre las instituciones de carácter bélico.

CONCLUSIONES

El *postl.* es un antiguo instituto del *ius civile*. Sólo en las obras que siguen los viejos sistemas civilísticos de Quinto Mucio y de Sabino se hallan amplios comentarios en las *sedes materiae* correspondiente. En cambio, en las obras que siguen el orden edictal el *postl.* es aludido incidentalmente [96] a propósito de otras instituciones. El Pretor no se ha preocupado especialmente del instituto.

Los orígenes del *postl.* hay que situarlos en los primeros pasos bélicos de la naciente *civitas* romana. Surgió como un instituto de carácter militar para estimular el retorno del *miles captivus* y acaso se remonte a una antigua costumbre bélica. Hasta la época clásica—con toda probabilidad hasta los tiempos de Sabino—se mantuvo incólume la institución como aplicable *in bello*. Entonces comienza a difundirse en el pensamiento no jurídico

95. En otra constitución de igual fecha y de los mismos emperadores se establece idéntico precepto: C. I, 4, 11.

96. Cfr. la procedencia de cada uno de los frags. del Digesto que forman el tit. XV, en núm. 23 (*retro*).

INICIO SUMARIO AÑO 1951-52 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

—se sabe ciertamente que entre los gramáticos—un concepto vulgar y amplio de nuestro instituto bajo la denominación de *postl. in pace*. Esta idea fué introducida mediante alteraciones en muchos textos recogidos en el Digesto, probablemente en la primer época postclásica [97] en gran parte.

Los emperadores comienzan a legislar acerca de la *captivitas* del *miles* cuando la necesidad de fomentar el retorno de éste—sentida como problema a medida que el Imperio se colocaba a la defensiva—provocó medidas específicamente protectoras. Ya en la época de Adriano se notan síntomas de esta actitud imperial favorecedora del regreso, si bien se aquilata todavía cuidadosamente el grado de conducta patriótica del *reversus ab hostibus*. En el Bajo Imperio el viejo instituto pierde sus nítidos caracteres. El *postl.* es entonces invocado en las medidas imperiales favorecedoras del retorno de prisioneros como una especie de razón jurídica de éstas. En la Compilación de Justiniano reaparece de nuevo el *postl.* junto a materias de carácter público y militar, como hemos indicado al comienzo de este trabajo.

PABLO FUENTESECA DÍAZ

97. Es difícil distinguir entre alteraciones postclásicas y compilatorias en el caso que nos ocupa. Pero habida cuenta de que algunos de los párrafos más alterados pertenecen a una obra probablemente postclásica como los *Libri Disputationum* de Trifonino, hay que sospechar un origen postclásico para la mayoría de dichas alteraciones.