

función de garantía. La *obligatio* fué siempre una relación idealizada y no se transformó su núcleo—la relación entre acreedor y deudor en orden a la prestación—, sino el modo en que viene sancionada la relación en las diversas fases. Después pasó a llamarse *obligatus* el deudor mismo en vez del tercero garante.

El autor ofrece quizá poco desarrollo a la tesis espiritualista al omitir las diversas teorías en este sentido: por ejemplo, las ideas de Huvelin. Indudablemente, podía ofrecernos mayor documentación bibliográfica en este aspecto. Discrepamos radicalmente acerca de la interpretación del pasaje de Varrón: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*. Supone el autor que eran dadas en garantía una *filia* o bien *pecunia*, quedando obligadas en poder del acreedor. Probablemente el pasaje se refería a la *sponsio* como vínculo mágico-religioso, con ritos solemnes que obligaban al actor, tanto en las promesas pecuniarias como en las matrimoniales. (Vid. recientemente, Düll, ZSS. 68, 1951.)

Con lo expuesto queda suficientemente de relieve el contenido esencial de la obra de Pastori, que ha realizado un valioso esfuerzo para arrojar nueva luz acerca del discutido tema de la *obligatio*. Su labor se nos presenta notablemente constructiva respecto a la *obligatio* clásica, y habrá de ser tenida en cuenta en cualquier estudio ulterior del tema porque significa un enfoque original de la cuestión.

PABLO FUENTESÇA

LUIGI AMIRANTE: *Captivitas e postliminium*. Napoli, Jovene, 1950 (XII + 210 págs.).

El arduo problema del *postliminium* es abordado por Amirante con intención de dejar claramente sentada su evolución. Es conocida la dificultad de perfilar esta institución en sus caracteres originarios para seguir después sus transformaciones. El tema ha sido objeto de literatura reciente desde aspectos parciales, en gran parte, y ahora el mérito de Amirante radica en haber intuido a través de todas las investigaciones precedentes una línea aclaratoria, que es la siguiente: La *captivitas*—admite sin vacilación (1)—provoca una *capitis deminutio* del *captivus*, que pierde mediante aquélla la *civitas libertasque*. Como instituto aparte se daba el *postl.*, según el cual resurgía el *status* fundamental de la *civitas libertasque*—no quizá todos los derechos—del *captus ab hostibus* mediante el retorno *in civitatem*. Durante la época republicana se había operado con la *spcs postliminii*, fermento de evolución del *postl.* Así, cuando los dos institutos—*captivitas* y *postliminium*—se mantenían aislados el uno del otro, surge la *lex Cornelia* conteniendo la

(1) Vid. contra: C. GIOFFREDI *Sul ius postliminii* (SDHI, 16, 1950, 31 ss.). En este estudio, coetáneo de la obra de Amirante, se rectifican posiciones de éste, sin duda excesivamente reconstructivas, en cuanto nos mostraban con líneas demasiado fútiles una compleja evolución histórica.

ficción de que el *captivus* muerto *apud hostes* había muerto libre y ciudadano romano respecto a la eficacia del testamento. Esta ley dió pábulo a la jurisprudencia para elaborar una evolución que dulcificase la *capitis deminutio* que el prisionero sufría. De este modo se llegó a considerar *in pendente* los derechos del *captivus*. Fue el *postl.* el instituto que ha sufrido esta evolución en lucha contra la pérdida de personalidad que la *captivitas* significaba, hecho que Amirante considera visible en época clásica. Posteriormente, postclásicos y justinianeos introducen en la estructura del *postl.* la idea de la *fictio* intentando llegar a una retroactividad general del *recipere iure postliminii* sus propios derechos el prisionero. Tal es, en síntesis, el pensamiento general del autor, que a continuación analizaremos con más detalle en algunos aspectos importantes y discutibles.

El autor establece ya en el comienzo de sus investigaciones la tesis del carácter unitario del *postl.* frente a las dos tesis opuestas que hasta ahora habían sido mantenidas. Es efectivamente cierta la unidad originaria del *postl.*, pero lo que realmente interesa es si los clásicos han admitido diversas clases de éste, según parece testimoniar D. 49, 15, 5 y D. 49, 15, 7 pr. Por eso no implica ningún avance la afirmación resolutive del autor de que la distinción atribuida a Pomponio en D. 49, 15, 5 entre *postliminium in pace* e *postliminium in bello* es clásica, pero con toda probabilidad no originaria (pág. 14). Por el contrario, la expresión *postliminium in pace* probablemente no es clásica. (Cfr. A. d'Ors, *Postliminium in pace*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1942, que el autor no tiene en cuenta al aceptar la debilísima contra-crítica de J. Imbert en *Revue Historique* (1949), 614-5. Imbert, en nuestra opinión, no defiende la clasicidad del *postliminium in pace* con argumentos suficientes frente a la crítica de A. d'Ors.)

Otro aspecto poco convincente de la tesis del autor respecto a la estructura arcaica del *postl.* es el que éste ha sido aplicado sólo al ser humano. No existen pruebas claras de esta única aplicación (no basta el contenido de D. 49, 15, 19, 10), mucho menos habida cuenta del *postl.* aplicado a las cosas que las fuentes testimonian. A nuestro modo de ver, respecto al *postl.* arcaico es un punto a aclarar el carácter y extensión de dicha aplicación. El autor parece no conceder importancia a este aspecto de la cuestión y afirma sin reparo su única aplicabilidad al hombre en sentido genérico. Con ello rechaza, asimismo, la idea de que el *postl.* es extraño a la actividad militar. A este respecto no nos convence la interpretación de D. 49, 15, 12 pr., según la cual el *miles captivus* se encuentra en condición desventajosa respecto al que ha sido sorprendido en el extranjero por una guerra inesperada. Es cierto que la mayoría de los *capti in bello* serían *milites*, pero es sabido, como dice el mismo fragmento, que *in bello postliminium est*. Después, salvo regulaciones especiales del tratado de paz, no se daría el *postl.*, porque *spem revertendi civibus in virtute bellica magis quam in pace Romani esse voluerunt*. Claramente se deduce de esta justificación introducida en el fragmento que nos ocupa que la diferencia respecto al *miles* obedecía a una intención en la que acaso se halle toda la raíz del *postl.* la de que convenía mantener la *spes revertendi* durante la guerra, mayormente que en la paz. Contra-

riamente a la opinión del A. nos atrevemos a afirmar que el *postl.* probablemente ha surgido a propósito del *miles captus ad hostibus*. Muchos indicios hacen presumir esta originaria finalidad, más bien que considerarlo debido a la severa concepción del *ius quiritium* cuya eficacia se ligaba estrictamente a la *civitas*, como pretende el A. (pág. 22). De los mismos fragmentos citados por el A. se deduce la casi seguridad de una originaria finalidad militar del *postl.*, porque lo que interesaría lógicamente es favorecer el regreso del *miles*, y no dificultarlo. Se fomentaba el espíritu patriótico y bélico negando, por ejemplo, al tráfuga el *postl.* *Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit hostium numero habendus est.* (D. 49, 15, 19, 4). Y el calificativo de tráfuga *venta* atribuido al que *captus, cum poterat rediret, non rediit.* (D. 49, 16, 5, 5.) Y se añade: *Item eum qui in praesidio captus est, in eadem condicione esse certum est; si tamen ex improviso, dum iter facit aut epistulam fert, capiatur quis, veniam meretur.* Claramente puede apreciarse la variedad de matices de conducta que se distinguían respecto al *captivus*, porque era preciso aquilatar sus virtudes patrióticas (Vid. D. 49, 16, 5, 6). De ahí que *postliminio carent, qui armis victi hostibus se dederunt* (D. 49, 15, 17). Los vencidos «que se entregaron con las armas», no los «vencidos con las armas», como traduce el A. (pág. 16). Quizá se considerase deshonor entregarse con armas o abandonarlas en la lucha; sería preciso destrozarlas luchando. De ahí (D. 49, 15, 1, 2) que *non idem in armis iuris est, quippe nec sine flagitio amittuntur: arma enim postliminio reverti negatur, quod turpiter amittantur.*

Y como un curioso indicio del probable carácter militar originario del *postl.* es la afirmación extensiva contenida en D. 49, 15, 19, 10: *nec enim soli postliminio recipiuntur, qui pugnare possunt, sed omnes homines...* Por último, aludiremos a otro fragmento citado por el A. que, a nuestro juicio, es bastante significativo: D. 49, 15, 4. *Eos, qui ab hostibus capiuntur (vel hostibus deduntur) iure postriminii reverti antiquitus placuit.* Si se tiene en cuenta que la mayoría de los *captus ab hostibus* serían *milites*, es indudable la antigüedad del *postl.* aplicado a éstos. El A. mismo aplica, acaso involuntariamente, el nombre de «prisionero», que viene a significar cautivo de guerra, para referirse al *captivus* en general (pág. 83); y habla de «prigionía de guerra» (pág. 141).

En la segunda parte de la obra pretende el autor probar su tesis sobre el terreno exegético, lo que lleva a cabo con criterio generalmente aceptable. Algunas veces, como en lo que respecta a las *obligationes* y al *dominium*, sigue orientaciones trazadas ya por Solazzi y otros. Considera los efectos del *postl.* bajo dos aspectos: a) o bien crea un estado de suspensión jurídica o de pendencia de los derechos y relaciones jurídicas del prisionero; b) o bien provoca la resurrección de los derechos y relaciones extintas por la prisión cuando el *captivus* retorna *in civitatem*. El primer efecto se manifiesta en la *patria potestas*, en la *tutela legitima* (y probablemente en la testamentaria), en el *dominium*, en las *obligationes* (excepto las de *noxæ*), en la *successio* y en la herencia atribuible al *captivus*. El segundo se manifiesta en la *civitas libertasque* como *status* destruido por la *captivitas*; en la *obligatio* nacida

de *noxa* que, extinguida, renace *propter ius postliminii* al retorno del *captivus*; en la *testamentifactio*, que se extingue en el momento de la captura, por hallarse ligada a la *civitas libertasque*. Las razones interpretativas del autor se muestran, en general, aceptables, si bien respecto a algunas relaciones jurídicas, como, por ejemplo, el *dominium*, resulta difícil concebir a éste *in pendente* respecto a los bienes del cautivo. Si la *captivitas* hace perder el *dominium ex jure Quiritium*—como el mismo A. reconoce—¿cómo puede suponerse la pendencia de éste por efecto del *ius postliminii*? En general, esta dificultad surge respecto a todas las relaciones jurídicas del *captivus* aludidas anteriormente. Pero alguna hipótesis es necesaria para explicar la idea de pendencia de derechos que parece rastrearse en las fuentes, y la de Amirante puede aceptarse como explicativa de la situación: Ciertamente es que el efecto de la pendencia sería más lógico atribuirlo a la *captivitas*, y no al *postl.*, porque se produce desde ésta independiente del hecho que motiva el *postl.*, que es el retorno *in civitatem*. El A. se inclina, en cambio, a la idea gayana (Gayo, 1, 129) de que el derecho *pendet propter ius postliminii*. En el aspecto subjetivo, esto es, respecto a la persona del *captivus*, se produce la contraposición: *amittere-recipiente*. La *captivitas* produce un *amittere* en todo caso, y el *recipiente* se vincula al retorno *in civitatem* independientemente de la pendencia. Concluye considerando los derechos que viven en suspenso *propter ius postliminii* como derechos sin sujeto (pág. 165).

La tercera y última parte del libro de Amirante está dedicada al concepto postclásico y justiniano del *postl.* (páginas 173-201). Considera el A. que las directrices de la elaboración justiniana están muy lejos de hallarse coordinadas entre sí. Sólo en dos puntos determinados aparece una clara superación de las ideas clásicas: a) en la afirmación—ya aludida al principio—de una *fictio postliminii* inspirada en la antigua *fictio* de la *lex Cornelia*; b) en la afirmación, aunque parcial y esporádica, de una capacidad jurídica del prisionero (páginas 173-4). Los clásicos no habían llegado a formular una doctrina general de la pendencia de los derechos del prisionero, ni una retroactividad general del *recipiente* sus derechos. Los *justinianos* afirmaron el carácter retroactivo del *recipiente* estableciendo una *fictio*, tal como se lee en las Instituciones de Justiniano, 1, 12, 5. El A. se opone a la tesis de Solazzi, según la cual Justiniano habría negado la pendencia de los derechos del *captivus* afirmando, en cambio, su extinción, porque de otro modo la idea de la ficción sería superflua. Amirante considera basada en un equívoco la tesis de Solazzi, porque el considerar extinguidos los derechos del prisionero es absolutamente incompatible con la existencia demostrada de una herencia testamentaria e intestada del *captivus ex lege Cornelia*. En definitiva, según el A., es imposible hablar de pendencia de los derechos del *captivus* antes de la *lex Cornelia*, e igualmente imposible negarla después de ésta (páginas 178-80). Respecto al otro principio que el autor ve en la elaboración postclásica y justiniana, la afirmación de la capacidad jurídica del prisionero, señala algunos textos en los que, efectivamente, parece manifestarse cierta capacidad del *captivus*. De modo especial hace prueba en este sentido: D. 28, 5, 32, 1. No obstante, no existe amplia base textual

que permita hablar de una general capacidad jurídica del *captivus* ni aun implícita, aunque la interpretación de la *fictio* da lugar a una situación semejante.

Finalmente, alude el A. a la *possessio* y al *matrimonium* en la nueva situación postclásico-justiniana. Reafirma, frente a la idea contraria de Ratti, que, pese a la nueva doctrina de la *possessio quae animo retinetur*, los justinianos no afirmaron que el *captivus* conservase la posesión *pendente captivitate*. Respecto al *matrimonium* opina, de acuerdo con Solazzi y Kreller, que antes de la emanación de la Novela 22 de Justiniano éste mantuvo firme la idea de la disolución del matrimonio a causa de la *captivitas*, admitiendo su restauración *iure postliminii* con efectos retroactivos en razón del cambio de estructura de la relación matrimonial—cuyo *consensus* se convirtió en simple voluntad inicial—y del nuevo concepto de *postl.*

El contenido de la obra de Amirante es, como se puede deducir, sugestivo porque traza las líneas de su nueva teoría abriéndose camino entre el gran número de problemas que el *postl.* plantea. El tema en su conjunto es de gran complejidad y resulta difícil adherirse enteramente a su tesis. Aparte de las observaciones ya consignadas en lugar oportuno hemos de hacer constar, en términos generales, la dificultad de hallar un desarrollo lineal de ideas en la inmensa casuística de las fuentes. A veces, el investigador opera guiado por la atracción de una hipótesis brillante, que es, a lo sumo, una explicación, pero no el cauce real y complejo de los hechos. En el caso de Amirante, la comprobación sobre las fuentes de sus ideas no resulta todo lo convincente que sería deseable, especialmente la de que la *lex Cornelia* haya constituido el puente de paso de una nueva tendencia sobre la que operó la jurisprudencia.

No obstante, las ideas de Amirante, en conjunto, muestran una aceptable explicación del problema del *postl.*, mientras no se lleve a cabo otra exégesis que muestre nuevos derroteros, porque todavía cabe discusión sobre los textos. Y no será fácil ponerse de acuerdo acerca de la interpretación de éstos, puesto que acaso no haya existido ni entre los mismos juristas romanos un concepto definido acerca del alcance jurídico exacto del denominado *iure postliminii* que pudiera considerarse como general.

PABLO FUENTESECA

CRISTÓFORO COSENTINI: *Studi sui liberti (Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini)*, II. Catania, Pubblicaz. della Facoltà Giuridica, 1950 (197 págs.).

En el número anterior (XX, 939 ss.) del AHDE hemos reseñado ampliamente el primer volumen de la obra de Cosentini. Nos complacemos ahora en dar noticia de este segundo volumen, aparecido poco después del primero.

La tesis del A., plena de originalidad, merece ser atentamente seguida en este nuevo volumen. Sus ideas acerca de la evolución sufrida por la si-