

UN EPISODIO JURIDICO DE LA GUERRA SERTORIANA

Del jurista Servio Sulpicio Rufo conocemos un curioso *responsum* recogido por su discípulo Alfeno (39 *digesta*) y conservado luego por Paulo (9 *ad edictum*) en el Digesto de Justiniano (3,5,20 [21, también en el Dig. milanés] pr.). Se trata, no de un caso hipotético, como son la mayoría de los que presentan los juristas, sino real, y tomado precisamente de una incidencia de la Guerra Sertoriana: el caso de tres prisioneros hechos por los Lusitanos que habían quedado de acuerdo con el enemigo en que uno de ellos pudiera ir a buscar la cantidad necesaria para el rescate de los tres, pero con la condición de que, si no volvía con ella, los otros dos retenidos como rehenes deberían abonar también la parte del liberado para conseguir su propia liberación. Y así hubieron de hacerlo, con dinero conseguido de otro modo, pues el que se había ido a buscar aquella cantidad nunca volvió.

La cuestión propiamente jurídica era la de cómo —es decir, con qué acción— podían los dos retenidos reclamar después contra el primeramente liberado. Y el problema se sigue presentando hoy respecto a qué acción concreta pudo ser, pues el *responsum* de Servio, con ser positivo, no nos aclara, en la referencia que de él tenemos, de qué acción se trataba.

Conviene tener presente el texto de Paulo, cuyo enlace con el anterior de Ulpiano y el contexto total del título *de negotiis gestis* hemos de ver después:

Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti nolisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.

1. La forma en que se nos refiere la decisión de Servio parece indicar que fue efectivamente un *responsum* por haber sido consultado Servio al plantearse el caso, y que no se trata de una simple opinión para confirmar o rectificar lo ya ocurrido en un momento anterior. Esta determinación cronológica tiene cierta relevancia para el planteamiento jurídico de la cuestión, en el sentido, sobre todo, de excluir que aquel cautiverio se hubiera dado en un momento muy anterior, es decir, en la conquista de Lusitania y no en la guerra civil de Sertorio, cuando ya la Lusitania integraba la *provincia Ulterior de Hispania*¹. En efecto, si se hubiera dado ese cautiverio en una guerra contra un verdadero *hostis*, entraría en juego la esclavitud de los prisioneros y la recuperación de sus derechos en virtud del *postliminium*².

En una guerra civil, como fue la de Sertorio, él mismo conocido ciudadano romano, no entraba en consideración la pérdida de la libertad ciudadana de los prisioneros, ni era necesario, por tanto, el *postliminium*. Así nos lo dice expresamente Ulpiano (D. 49,15, 21,1): *in civilibus dissensionibus, quamvis saepe per eas res publica laedatur, non tamen in exitium rei publicae contenditur. <igitur> qui in alterutras partes discedent vice hostium non sunt eorum inter quos iura captivitatum aut postliminiorum fuerint, etc.*³.

Porque el cautiverio y *postliminium* sólo interesa para la guerra entre verdaderos *hostes*, es decir, los que declararon la guerra al Pueblo Romano, o si éste se la declaró a ellos, como explica el mismo Ulpiano, D. 49,15,24.

1. La *Lusitania* como tal sólo quedó constituida en época posterior, con Augusto, pero desde principios del siglo II a. C. existía la provincia *Ulterior* en la que la posterior *Lusitania* se integraba. Así, tenía razón MITTEIS, *Rom. Privatr.* I, p. 128, n. 10, al decir que en época de Servio no podía haber un *bellum iustum* con los Lusitanos. Esto, contra SEILER, *op. cit.* en la nota siguiente, p. 82, n. 10.

2. En el sentido de que se trataba de verdadera guerra, aún la Sertoriana, SEILER, *Der Tatbestand der "neg. gestio" im rom. Recht* (1968), p. 80 ss., y los autores por él citados.

3. La continuación se refiere a la innecesaria restitución de la *ingenuitas* por concesión imperial, lo que no cuenta para la época que ahora nos interesa.

No creo que haya que pensar tampoco en que, perteneciendo el incidente a la Guerra Sertoriana, pudo Servio no haber sido consultado sobre el caso mismo, sino que lo comentó después, dado que podía haber cierta distancia temporal entre el suceso y el *responsum*. Servio, cónsul el 51 a. C., es un contemporáneo de Cicerón, y muere en el mismo año que éste. Aunque Servio no empezó precozmente su actividad como jurista, no hay dificultad cronológica para admitir que fuera consultado sobre una incidencia de la Guerra Sertoriana. Entiendo, pues, que Servio fue consultado precisamente sobre un caso actual, pendiente de resolución, aunque no sepamos qué éxito pudo tener su dictamen.

Sabemos que Servio fue cuestor el año 75 y pretor el 65. Bajo el consulado de Cicerón, el año 63, él mismo aspiró al consulado, para el año siguiente, pero no obtuvo éxito, y sólo consiguió ese máximo honor años más tarde, el año 51⁴. Empezó su carrera como orador, y estuvo en Rodas, como Cicerón, para estudiar Retórica con Apolonio Molón. Su dedicación al derecho, según dice Cicerón⁵, empezó al regreso de su viaje, en 78 a. C.⁶. El *responsum* de Servio puede colocarse, pues, a partir de ese año, en plena Guerra Sertoriana, pues ésta no terminó hasta el año 73, con la muerte de Sertorio.

La captura de tres prisioneros pudo ocurrir en cualquier escaramuza de guerrilla y resulta de imposible fijación en una guerra que empezó el año 80. El que se hable de *Lusitani* tampoco sirve para una mayor determinación cronológica, pues, aunque Sertorio acabó por llevar la guerra a la Citerior, las hostilidades continuaron en Lusitania, donde estaba Hirtuleyo, lugarteniente de Sertorio. Así, el hecho pudo tener lugar entre el año 80 y el 74. El *responsum* pudo ser, a partir del año 78, en cualquier momento, incluso

4. Que un jurista accediera al consulado no había ocurrido desde el año 95 (Q. Mucio Escévola) y no iba a volver a suceder hasta el año 39 (Alfeno Varo).

5. CICERÓN, *Brut*, 151.

6. Según POMPONIO, D. 1,2,2,43, se decidió a profundizar en el estudio del derecho porque Q. Mucio Escévola le había echado en cara no entender un *responsum* que le había dado.

después de haber terminado la Guerra. Hay que pensar que sólo pudo emitirse cuando, después de haber regresado a Roma los dos prisioneros defraudados, se decidieron a reclamar contra su desleal compañero. Es posible así una distancia de unos pocos años entre el hecho y el *responsum* a que dio lugar.

Nuestro planteamiento supone, por tanto, que el cautiverio sucedió en una guerra civil y no en una guerra exterior, aunque señalaremos en su momento cómo no habría gran diferencia en caso de esclavitud por cautiverio de los prisioneros concertados para su rescate, y quizá por eso mismo Paulo, al referir ese *responsum*, no alude para nada al tipo de cautiverio, ni al *postliminium* o no

2. La primera dificultad jurídica en este caso es la de cualquier acuerdo concertado entre los prisioneros durante su cautiverio no podía valer como contrato. Y pensaríamos, excluido el de sociedad, sobre todo en el de mandato, en el que los retenidos intervendrían como mandantes y el evadido como mandatario⁷. Se ha observado⁸ que quien manda en este acuerdo no son los mismos prisioneros, sino el jefe del ejército que los apresó, pero quizá no sería ésa una dificultad insuperable, pues, al aceptar los prisioneros la propuesta o incluso orden del mando militar enemigo, no por ello dejaron ellos de asumir el encargo, unos como mandantes y el otro como mandatario, recíprocamente. La dificultad está en que un negocio consensual y de buena fe, como es el mandato no podía convenirse entre los que se hallaban cautivos. Si se hubiera tratado de una verdadera guerra *inter hostes*, habría que considerarlos esclavos del enemigo, e incapaces por tanto de contraer obligaciones civiles⁹; pero, también advirtiendo que se trataba de guerra civil y que ellos no se hicieron esclavos, parece evidente que el acuerdo se hizo bajo la coacción de la fuerza del

7. En este sentido veía un mandato BECHMANN, *Das ius postliminii und die lex Cornelia* (1872), p. 71, en tanto ACURSIO, en su glosa al pasaje, veía a los prisioneros retenidos como mandatarios.

8. SEILER, *op. cit.*, p. 83, y otros autores por él citados.

9. El *postliminium* no les habría valido para consolidar el negocio hecho como esclavos, pues la recuperación que aquél procura se refiere siempre a los derechos que existían ya antes del cautiverio.

enemigo, y no con la libertad que requiere un verdadero consentimiento contractual.

Precisamente hacia el año en que empezó la Guerra Sertoriana (80/79 a. C.) un pretor, Octavio, introdujo en el Edicto urbano una acción penal para exigir, de quien hubiera lucrado algo a consecuencia de un negocio coaccionado, el cuádruplo de aquel valor: el edicto *quod metus causa factum erit*. Pero esta acción de nada servía en nuestro caso, pues hubiera tenido que dirigirse contra los Lusitanos que cobraron el precio del rescate, difícilmente demandables en Roma, incluso después de haber terminado la guerra.

En el mismo Edicto urbano se vino a ofrecer después una *restitutio in integrum (ob metum)* para rescindir los efectos del acto coaccionado, pero tal expediente, a parte de ser muy dudosa su inserción ya en la época de Servio, tampoco podía servir en nuestro caso, pues el litigio se presentaba entre los mismos ex-prisioneros, entre los que no se había producido ningún efecto rescindible.

Pero, sí que eran conocidas en época de Servio las exigencias del consentimiento contractual, y parecía evidente que aquel acuerdo entre cautivos no podía valer como contrato.

3. Excluida así la acción del mandato, Servio no dejó de considerar justo que se diera alguna acción contra el compañero desleal, aunque sólo fuera para que abonara su parte de rescate: *respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium*.

Como en esta referencia no se dice qué *iudicium* resultaba justo dar, se ha pensado que no era ninguno de los conocidos, sino una de esas acciones *in factum* que los pretores solían dar en casos imprevistos y cuya fórmula se debía acomodar a la hipótesis del «hecho» realmente sucedido¹⁰. La indeterminada referencia a la

10. PACCHIONI, en *BIDR.* 1896, p. 56 s., para quien no existía aún la gestión de negocios en época de Servio. BESELER, en *SZ.* 1925, p. 197, habla de una *actio utilis (negotiorum gestorum)*, sin determinar si directa o contraria. SEILER, *op. cit.*, p. 80 ss., por su parte, no habla de *a. in factum*, pero viene a dar la misma solución desde el momento en que duda que proceda cualquier otra acción conocida, y rechaza incluso la extensión analógica de la acción de gestión de negocios que defendía PARTSCH, *Studien zur negotiorum gestio* (1913), p. 40 ss., para estos casos en que el gestor tenía también el interés en la gestión. KASER,

justicia (*aequum est...*) parecía abonar esta conjetura, así como la falta de indicación del nombre de la acción que debía concederse.

Sin embargo, esta referencia a lo justo puede deberse a que el hecho, aun no coincidiendo exactamente con el típico de la acción de gestión de negocios (*actio negotiorum gestorum*), podía quedar bajo el amparo de esta acción. Esta solución parece venir impuesta por el hecho de que nuestro texto no sólo se halla en el título del Digesto relativo a la gestión de negocios, sino que también Paulo en su libro 9, venía comentando ese mismo edicto.

El texto anterior, en el orden compilatorio del Digesto (*h. t. frag. 20 [19]*), es de Ulpiano y se refiere a la transmisibilidad de las obligaciones por gestión de negocios que afectaban al que murió en cautiverio¹¹. Esta transmisibilidad afirmada por Ulpiano debe referirse al planteamiento de la *actio negotiorum gestorum* con fórmula *ex fide bona*, una fórmula que ya se había introducido en el Edicto a fines del siglo I a. C., pero que probablemente no existía en época de Servio¹². Pero, en todo caso, este aspecto no afecta a nuestra cuestión.

Más interés que la conexión compilatoria de nuestro texto paulino con el anterior de Ulpiano tiene la que ofrece la misma obra de Paulo, es decir, su libro 9 *ad edictum*.

Empezando por los párrafos que siguen, de este mismo frag. 20 (21), vemos que Ulpiano habla (§ 1) acerca de cómo el gestor de los negocios de una herencia ajena se obliga respecto al heredero y obliga a éste aunque sea un impúber. Luego (§ 2), de cómo el gestor debe continuar los negocios ajenos que empezó a gestionar aunque venga a morir la persona interesada. Por último (§ 3), cómo

RPR. I², p. 588, n. 16, al referirse a la crítica de Seiler contra Partsch, cita nuestro texto como caso de gestión de negocios, contra el mismo Seiler. Por lo demás, *reddere iudicium* podía referirse a la *a. in factum* de la *negotiorum gestio*.

11. Esta conexión con nuestro caso no obliga, sin embargo, a pensar que también éste sea de verdadero cautiverio en guerra exterior: se trata de una relación entre supuestos distintos pero suficiente para determinar la secuencia compilatoria.

12. No la incluye el contemporáneo CÍCERÓN, *de off.* 3,17,70, cfr. *top.* 17,66, entre las acciones *bonae fidei* por él conocidas.

se obliga por gestión de negocios ajenos el que mandó asumir tal gestión al gestor.

Por otro lado, debemos tener en cuenta el frag. *h. t.* 17, que Lenel, en su *Palingenesia* (I col. 981), coloca como inmediatamente anterior al nuestro: el dueño del gestor que empezó una gestión como esclavo puede retener del peculio lo que podría exigir de un gestor extraño mediante la *actio negotiorum gestorum*. También, el anterior (*h. t.* 14), con referencia a la autoridad de Pomponio: cuando hay cambio en la capacidad del interesado cuyos negocios se gestionan, hay que distinguir si se asumió el negocio como continuado y único o como distintos en correspondencia a la cualidad de la persona del interesado: por ejemplo, si se asumió el negocio que interesaba a un pupilo, a un esclavo o a un hijo de familia, y luego se convirtió aquél en púber, libre o *sui iuris*.

4. De este contexto del libro 9 de Paulo puede verse que nuestro caso se presentaba como un caso especial de gestión de negocios en el que la situación jurídica del interesado había sufrido un cambio a lo largo de la gestión.

Pero antes de seguir adelante con esta consideración de nuestro caso como un caso de *negotiorum gestio*, conviene determinar quien es en él el gestor y quién el *dominus negotii*. En mi opinión, el gestor es el compañero desleal. En efecto, si considerásemos gestores a los prisioneros retenidos¹³, su gestión consistiría en el pago de la parte de rescate correspondiente al liberado, pero entonces, aparte de que cabría preguntarse sobre la espontaneidad de una gestión hecha bajo la coacción del enemigo, resulta que tal gestión fue absolutamente inútil para el compañero ya liberado, pues él no necesitaba tal pago para conseguir la liberación personal, ya que se había evadido, ni tampoco podía decirse que tal pago le liberara de una obligación, pues ninguna pudo contraer con los Lusitanos que le apresaron. Así, la *actio negotiorum gestorum contraria* no podía prosperar contra él por falta de utilidad de la gestión.

Por el contrario, al no haber, como hemos dicho, un verdadero contrato de mandato, el no-mandatario podía ser considerado

13. En este sentido: ACURSIO, gl. "Lusitanis", y otros autores modernos que cita SEILER, *op. cit.*, p. 83, n. 12.

como gestor: precisamente porque había asumido una gestión como no-mandatario, pero había incurrido en dolo al no completar la gestión asumida. Es verdad que el gestor inició el comienzo de esa gestión bajo la intimidación del cautiverio, pero, tan pronto se vio libre de él, el mismo hecho de volver a su patria en busca del dinero constituía ya un acto de gestión no-coaccionado y que debía ser completado en la forma que la gestión prevista exigía.

Había sido su cese doloso¹⁴ en la gestión asumida lo que justificaba que se diera contra él la *actio negotiorum gestorum directa*¹⁵. Así, aun suponiendo que el cautiverio hubiera ocurrido en un *iustum bellum* y los interesados hubieran caído en esclavitud a consecuencia de la *captivitas*, podían reclamar al salir de ella, ya que la gestión asumida por el compañero que se había evadido debía considerarse como única y se había realizado parcialmente después de la evasión del gestor¹⁶. Servio pensaba en la acción *in factum* —pues ya hemos dicho que la acción *ex fide bona* no existía en su época— y tal acción venía a sancionar, sin más miramientos por «obligaciones anteriormente contraídas», el hecho doloso de haber perjudicado a los dos *domini negotii* por una injustificada cesación en la gestión asumida¹⁷.

ALVARO D'ORS

14. SEILER, *op. cit.*, p. 85, pone en duda la *actio neg. gest. directa*, por la razón de que era también dudoso que se pudiera considerar contra la lealtad ("treuwidrig") el hecho de que el gestor se negara a terminar su gestión, pero creo que se puede hablar propiamente de dolo, siempre en el supuesto de que no existiera un impedimento extraño para terminar aquella gestión.

15. De una acción de dolo no podía tratarse, pues no se podía hablar de un dolo "causante", aparte de que la *actio de dolo* parece haberse introducido en el Edicto algo después del *responsum* de Servio, en el 66 a. C.

16. Bastaba, para que la gestión produjera sus efectos jurídicos respecto al ausente, que se hubiera realizado bajo la jurisdicción romana, aunque el ausente se hallara cautivo; así se comprueba por D. 3,5,18,(19), 5(4), donde se da la *actio negotiorum gestorum* en un caso de administración de los negocios de un *captivus*.

17. PACCHIONI, en *BIDR.* 1896, p. 56 s., quiso deducir, del hecho de que en la referencia del *responsum* de Servio no se hable de *negotiorum gestio*, que ésta era desconocida en su época, pero el argumento no es válido; vid. SEILER, *op. cit.*, p. 83 s. y n. 19.