

## CONSECUENCIAS DE LA CAIDA EN CAUTIVIDAD BELICA EN ORDEN A LA CIUDADANIA, SEGUN EL DERECHO ROMANO

Manuel HERNANDEZ-TEJERO y GARCIA

*Doctor en Derecho*

*Capitán Auditor, Secretario de Estudios*

de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos de la Defensa

El prisionero de guerra recibe en las fuentes romanas el nombre de *captivus*, *servus hostium*, qui apud hostes est y qui in hostium potestate est.

La primera denominación alude simplemente al hecho de su captura, por lo que no sirve para individualizar la captura hecha por los enemigos bélicos o por otra clase de personas.

La segunda denominación alude a su condición jurídica de esclavo.

La tercera, a su permanencia en los *praesidia* del enemigo.

La cuarta denominación se refiere al poder que los *hostes* adquieren sobre el prisionero como consecuencia de la captura.

Ulpiano dice(1):

“Resulta irrito un testamento siempre que le sucede algo al testador, por ejemplo, si pierde la ciudadanía por súbita caída en esclavitud o por haber sido hecho prisionero del enemigo”.

En otro texto(2) se afirma rotundamente que el capturado por los enemigos permanece ciudadano, antes de ser llevado a los campamentos de los que le capturaron, lo que constituye una sólida prueba *a contrario* de que una vez que ingresa en los campamentos del enemigo pierde la ciudadanía.

En las Sentencias de Paulo(3) se contraponen el *captivus* al *relegatus*, al primero no se le reconoce capacidad de testar, mientras que al segundo sí “porque conserva la ciudadanía”.

Por otra parte, y en la misma dirección, puede señalarse que si conserva la ciudadanía romana el cautivo no habría sido necesaria la *Lex Cornelia*(4).

(1) D., 28, 3, 6, 5.

(2) D., 49, 15, 5, 1.

(3) Sentencias de Paulo III, 4a, 8 y 9.

(4) Ley que las fuentes atribuyen al dictador Lucio Cornelio Sila (año 81 a. de C.) y que se promulgó para que fuese posible, jurídicamente hablando, la sucesión *mortis causa* del cautivo que no regresaba a Roma, partiendo de la ficción jurídica de considerar que el prisionero había muerto en el momento de ser capturado; puesto que, según los principios del Derecho romano, el que moría en cautividad moría esclavo y en consecuencia no podía dejar ni sucesores testamentarios ni sucesores *ab intestato*, toda vez que como tal carecía de capacidad jurídica.

Claro está que pudiera argumentarse diciendo que, como en el caso de la libertad, no pierde jurídicamente la ciudadanía, pero se considera como si la hubiese perdido. Pero hay que observar que si los romanos entienden que el cautivo no puede hacer valer el testamento que hizo en Roma, porque no es ciudadano romano, no se trata de que los enemigos no reconozcan al cautivo la condición de ciudadano romano a pesar de conservarla jurídicamente, sino que son los mismos romanos los que jurídicamente le consideran desposeído de la ciudadanía.

Un texto del Digesto(5) se plantea y contempla el caso de aquellos que fueron entregados por Roma al enemigo y luego regresan a Roma volviendo a ser ciudadanos, cuestión que según Modestino movió a disputa entre Bruto y Quinto Mucio.

En el caso del que fue entregado al enemigo, la causa de que cesase en su condición de ciudadano romano no fue el azar de la guerra, sino una decisión de Roma, por tanto no parece admisible que el regreso produzca automáticamente la recuperación de la condición de ciudadano romano, sino que será preciso saber si Roma persiste en su dación, de modo que si continúa rechazándole no recupera la ciudadanía, solución que fue la que prevaleció, según el texto últimamente citado.

Otro caso es el del deportado a una isla, que fue capturado por el enemigo encontrándose en esta situación.

Trifonino(6) razona del siguiente modo:

“Como el que regresa vuelve a la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido capturado, será deportado aquél que regrese a Roma después de haber sido redimido de los enemigos”.

La situación del militar al que se había hecho prisionero sería, en un principio, la misma de aquél que había sido entregado al enemigo, del deudor que no cumplió la condena y —después de agotadas todas las oportunidades para que pagara o lo hiciera otro por él— era vendido *trans Tiberii*, o de aquél a quien se aplicaba la pena de la privación del agua y del fuego —*agua et igni interdictio*—.

Gayo, al hablar de este castigo, dice que el condenado al mismo perdía la ciudadanía romana y, como si ya no existiese, dejaba de tener la *patria potestas* sobre sus hijos, porque no es razonable que quien no es ciudadano ejerza potestad sobre uno que lo es.

Hay un texto de Alfenio(7), jurista de la época preclásica, en el que se lee lo siguiente:

“El que pierde la ciudadanía no le quita a sus descendiente ningún otro derecho sino el de que de él hubiera de pasar a ellos, si muriese intestado teniendo la ciudadanía, esto es: la herencia, los libertos y cualquier otra

(5) D., 49, 15, 4.

(6) D., 49, 15, 12, 15.

(7) D., 48, 22, 3.

cosa de esta clase de bienes se pudiere hallar; pero le quedan incólumes las cosas que se le darían no por el padre, sino por sus parientes, la ciudad o el Derecho natural. Así, los hermanos serán herederos legítimos de los hermanos y tendrán la tutela y las herencias de los agnados, porque estas cosas no se las dió el padre sino que se las dieron sus mayores”.

En este texto Alfenó se refiere a las consecuencias de la aplicación de un castigo.

El texto figura en un título que se refiere a los interdictos, a los relegados y a los deportados.

En el caso del interdicto, que es al que parece que se está refiriendo Alfenó, se produce la *publicatio bonorum*, que tiene efectos limitadamente patrimoniales, sin repercutir sobre otro tipo de relaciones, según se lee en el pasaje.

En realidad, los efectos patrimoniales a que alude Alfenó no derivan directamente de la pérdida de la ciudadanía, sino de la *publicatio bonorum*, por lo que en caso de la cautividad bélica, al no haber *publicatio*, cabe pensar que tales efectos no se producirían. Luego no existe razón para que no tengan lugar, como consecuencia de la captura, los efectos patrimoniales derivados de la estructura familiar, estructura que, incluso en el supuesto del *interdictus*, se respeta.

Acerca del momento en que esta sucesión se produce tampoco puede dudarse. Necesariamente tiene que ser en el momento de la captura, por carecer de relieve y significación en el primitivo ordenamiento jurídico romano la muerte de quien, al convertirse en *servus hostium*, perdió la libertad y la ciudadanía.

La situación jurídica del *captivus* puede analizarse con referencia a su *status* y con referencia a sus relaciones patrimoniales. En el primer aspecto hay que considerar libertad, ciudadanía y familia. En el segundo aspecto, propiedad, posesión y obligaciones.

Que el *captivus* pierde la libertad parece evidente, entre otras razones por la denominación que se le aplica en las fuentes; pero sin embargo, se han mantenido posturas diferentes a la hora de enjuiciar esta pérdida de libertad.

Según la opinión de la mayoría de los autores, el cautivo no solo pierde de hecho la libertad, sino también jurídicamente y según el Derecho romano.

Hay un texto del Digesto(8) en el que no solamente no se establece oposición, sino ni siquiera diferenciación entre *captivitas* y *servitus*, y por el contrario se considera a la cautividad *ab hostibus* como un caso de *servitus*, lo mismo que el supuesto de aquél que siendo mayor de veinte años se dejó vender para partir el precio con el vendedor.

(8) D., 28, 3, 6, 5.

Algunos autores entienden que el cautivo se convierte en esclavo según el Derecho antiguo, y no según el Derecho clásico(9).

Mommsen(10) observó que la antigua jurisprudencia romana situaba la cautividad bélica entre las causas de *capitis deminutio*, mientras que más tarde no ocurriría así. Pero por otro lado, otros romanistas han creído que el cautivo fue considerado libre en el Derecho antiguo y esclavo en el clásico.

Para E. Cuq(11) la cautividad bélica da lugar a una servidumbre de hecho pero no justa, y aunque se haya pretendido –utilizando texto extrajurídicos– que daba lugar a una *capitis deminutio*, según este romanista no pueden prevalecer los textos no jurídicos, en que se usa la expresión *capitis deminutio* en un sentido no técnico, sobre textos como el de Ulpiano(12), en que se distingue perfectamente entre esclavitud y *capitis deminutio*. Sería el Derecho clásico el que reglamentó el postliminio.

En cuanto a la persona, parece evidente que no puede plantearse la cuestión de qué efectos produce el postliminio aplicado a quien era esclavo antes de caer prisionero, ya que en este caso no se darían los presupuestos del *postliminium*; sin embargo en algún texto se alude al caso de la recuperación de la libertad por el hombre libre(13).

Si el esclavo cautivo estaba afectado de algún impedimento perpetuo o temporal para hacerse libre, no cambiará su posición por haber sido redimido del poder enemigo. Por ejemplo, si había cometido un crimen de los previstos por la *Lex Fabia*, que reprimía el delito de plagio o fue vendido con la cláusula de no ser manumitido. Ahora bien, el que pagó el rescate lo retendrá sin que pueda ser ejecutada la pena, hasta que se abone el precio al *redemptor*(14).

No es exactamente igual el caso del que es redimido del enemigo de aquél que, antes de ser capturado, estaba condenado a trabajar en una mina.

A este no le retendrán el *redemptor*, sino que volverá inmediatamente a cumplir la pena que le había sido impuesta, ya que quien pagó por él cobrará del Fisco el precio que fue abonado(15).

No se trata pues en estos textos de plantear una cuestión que sería ociosa, la de si el esclavo se convierte en hombre libre al regresar del cautiverio. De lo que se trata es de precisar que la vuelta de la cautividad no supone la eliminación de aquellos impedimentos temporales o perpetuos que le afectaban en orden a conseguir la libertad.

(9) Fadda, "Teoria del negozio giuridico", Nápoles 1909, p. 158.

(10) Mommsen, "Le droit public romain", trad. franc. VI, París 1889, p.50, n.1.

(11) E. Cuq, "Manuel des Institutions juridiques des romains", París 1928, p. 112, n.8.

(12) D., 38, 16, 1, 4.

(13) D., 41, 1, 7, pr.

(14) D., 49, 15, 12, 16.

(15) D., 49,15, 12, 17.

Lo mismo según el Derecho romano que según el Derecho de todos los pueblos antiguos, es norma que el capturado por el enemigo se hace esclavo, y que la cosa que pasa al territorio de un Estado procedente del enemigo es *res nullius*, porque al enemigo no se le reconoce derecho alguno sobre esa cosa.

Abundan los textos en que los romanos reconocen que el ciudadano capturado por el enemigo es un esclavo, y lo mismo el extranjero capturado por Roma.

Pomponio reconoce(16) que cuando unos lugares son conquistados por el enemigo, todas las cosas dejan de ser sagradas o religiosas, lo mismo que los hombres libres pasan a ser esclavos. Y Marciano(17) dice que por Derecho de gentes son esclavos los hombres capturados al enemigo y los hijos que nacen de nuestros esclavos.

Es evidente, no obstante, que el prisionero de guerra no puede ser confundido ni con el hombre que sirve como esclavo creyendo de buena fé que lo es, ni con el ausente. El que sirve de buena fé sólo es esclavo de hecho, el ausente ni de hecho ni de derecho, mientras que el prisionero sería siervo de derecho.

Existe un texto de Calístrato(18) que a primera vista parece establecer una identidad entre el hombre que sirve como esclavo sin serlo, es decir, que es siervo de hecho, y el prisionero.

Ese texto dice así:

“También se auxilia al que estuvo en poder de los enemigos, es decir, al que fue capturado por ellos; pero no se concede ningún beneficio a los desertores, a los que se niega el derecho de postliminio. Sin embargo, los que estuvieron en poder de los enemigos podrían ser comprendidos en aquella parte del edicto que habla de los que se hallen retenidos en esclavitud”.

Considerando atentamente el texto, se advierte que la apuntada identificación no existe, pues lo que se pretende es marcar la distinción entre desertores y hombres que han sido capturados por el enemigo y, por otra parte, lo que Calístrato compara es al que dejó de ser esclavo de hecho con el que dejó de serlo de hecho y de Derecho.

Los textos en los que se habla de *captivitas* y *servitus* separadamente(19) no constituyen fundamentos para negar la condición de esclavo de derecho del prisionero de guerra, sino que podemos derivar de ellos que entre el prisionero y los otros esclavos existen tres diferencias, ninguna de las cuales atañe a su naturaleza jurídica; primera, que el prisionero forzosamente ha de hallarse en el extranjero; segunda, que su dueño no es un romano; y tercera, que su liberación de la esclavitud se considera normal y previsible.

Una teoría minoritaria que se iniciara con Voigt sostuvo que el prisio-

(16) D., 41, 1, 7, pr.

(17) D., 1, 5, 5, 1.

(18) D., 4, 6, 14.

(19) D., 26, 4, 3, 5; D., 26, 1, 14, 1; Inst. 1, 22, 1; etc.

ro conservaba en teoría su libertad, aunque prácticamente y de hecho no pudiera ejercitar esta libertad por su condición de prisionero.

No hay base sólida para asegurar que la primera tesis fuese válida antes de Justiniano y la segunda en la época justiniana, pues el concepto de prisionero de guerra no parece haber sufrido evolución alguna.

En cambio, sí parece haber buenas razones para defender la tesis mayoritaria.

En primer lugar está la insistencia con que las fuentes hablan de la captura bélica como fuente de esclavitud.

En segundo término, no faltan alusiones concretas a la situación de esclavo del prisionero de guerra.(20)

También es altamente revelador un texto de Papiniano(21): Se cumplió la condición de un legado, que había sido garantizado con la estipulación después de haber caído prisionero de los enemigos el heredero, sin que de momento respondieran los fiadores, pues no había ni derecho ni persona a quien poder referir los términos de la estiuplación.

*Es evidente que el texto no se refiere a que el prisionero haya muerto, sino a que jurídicamente se le considerará inexistente.*

Son muchos los textos que califican al prisionero de *servus*(22).

También pueden encontrarse en las fuentes justinianas(23) y por último en las fuentes literarias se alude también a la situación de *servi* de los *captivi apud hostes*(24).

Otra prueba favorable a la primera teoría es la de que, cuando se habla de personas capturadas por los piratas o ladrones, no se dice que se hayan convertido en esclavos sino que, más aún, se dice expresamente que permanecen libres(25).

(20) Cicerón, "Pro C. Raberio Postumo". 8. 22. y 9. 24.

(21) D., 36, 3, 5, pr.

(22) Just., 1, 12, 5: "Cuando un padre ha sido hecho prisionero por los enemigos, a pesar de convertirse en esclavo..."

D., 49, 15, 5, 2: "La persona libre que es capturada de ellos (los enemigos) se hace esclava".

D., 50, 18, 3, 1: "No puede hablarse de la herencia del que murió en poder del enemigo, pues ha muerto esclavo".

D., 41, 1, 7, pr.: "...hasta el punto de que los hombres libres se hacen esclavos del enemigo cuando caen prisioneros".

D., 49, 15, 24: "El prisionero de los enemigos, como son los Germanos o los Parthos, no sólo es esclavo de ellos, sino que recupera, sin más su antiguo estado, en virtud del postliminio".

D., 37, 1, 3, 6: "Pero no hay duda que se admite también la posesión de los bienes hereditarios del que murió en cautiverio de guerra, a pesar de morir aquél como esclavo".

(23) Reglas de Ulpiano, X, 4: "Si el padre es capturado por los enemigos, aunque se hace esclavo de los enemigos..."

Gayo, I, 129: Al comienzo del pasaje viene a decir lo mismo que Ulpiano.

(24) Tito Livio XXII, 60, 15 y Plauto Captivi III, 5 w. 26-28 y II, 1, v. 49.

(25) D., 49, 15, 19, 2: "Los apresados por los piratas o bandoleros siguen siendo libres..."

D., 49, 15, 24: "Así pues el que cae cautivo de los bandidos no se hace esclavo de ellos..."

D., 26, 1, 15: "Si un tutor no hubiera sido apresado por los enemigos, sino enviado a ellos en una embajada, o incluso se acogió a un asilo o hubiera ido a ellos como desertor, como no se hace esclavo seguirá siendo tutor".

D., 28, 1, 13, pr.: "Los que son apresados por unos atracadores, puesto que siguen siendo libres, pueden hacer testamento".

Los que sustentan la tesis opuesta parten de la consideración de que los romanos, cuando se refieren a una propia y verdadera servidumbre fundada en el *ius civile romanorum*, hablan de *justa servitus*, y cuando aluden a la esclavitud procedente de la cautividad bélica, no emplean esta expresión.

Esta argumentación sería poderosa si en Roma todos los efectos jurídicos tuvieran necesariamente que derivar del *ius civile romanorum*.

Al no derivar del *ius civile* no es *justa servitus*, pero sí es *servitus*.

Existe un texto de Paulo(26) que ilustra muy bien esta valoración de la *servitus ex captivitate*:

“Quien es capturado por los enemigos no puede hacer testamento, como esclavo que es”.

Se trata de una *servitus* especial, de origen propio.

Voigt(27) y Ferrini(28) han creído encontrar dos textos en que se alude a una libertad de *captivus*, según la ley romana.

Un texto sería aquél de las “Noches Aticas”, de Aulo Gelio(29), en el que un marido se lamenta de ser tratado como un esclavo, siendo libre, y de encontrarse en análoga situación a un *ab hostis captus*.

Dos tipos de argumentaciones pueden utilizarse para reducir el valor del texto transmitido por Aulo Gelio a sus justos términos.

Por una parte, puede decirse que se trata de un texto que por su autor, por el tono en que está escrito y por el modo de ser transmitido, tiene poca fuerza dialéctica para desmontar los razonamientos procedentes de numerosas fuentes jurídicas.

Pero también puede interpretarse el texto no en el sentido de que el marido se lamenta de que, siendo libre, es tratado por la mujer como un esclavo y de hallarse así en análoga de un *ab hostis captus*, sino en el sentido de que, siendo libre, el hecho de estar en poder de la mujer le convierte en esclavo, lo mismo que el estar en poder del enemigo convierte al hombre libre en siervo.

Por lo que respecta al otro texto(30), en él se trata de los que fueron capturados en guerras civiles, y se marca precisamente la diferencia con los *captivi ab hostibus*:

“En las guerras civiles, aunque suelen dañar a la República, no se lucha, sin embargo, por la ruina de ella; los que luchan a un lado u otro no son enemigos que puedan tener recíprocamente los derechos de cautiverio y postliminio, por lo que si son capturados y vendidos y luego manumitidos, se ha admitido que no es necesario solicitar del príncipe la condición de los mismos como libres de nacimiento, condición que no habían perdido, pues no hubo un cautiverio propiamente dicho”.

(26) Sentencias de Paulo III, 4a, 8.

(27) Voigt, “XII Tafeln”, I, p. 287.

(28) Ferrini, “Notas al Gluck, I, p. 220”.

(29) II, 23, 10.

(30) D., 49, 15, 21, 1.

Es cierto que Paulo(31) parece hablar de la servidumbre injusta del cautivo, cuando escribe:

*"Qui per injuriam ab extraneis detinebatur is, ubi in fines suos redisset pristinum ius suum reciperet"*.

Pero hay que observar varias cosas: "En primer lugar, que en ese texto se emplea *ius suum* en un sentido análogo al que tienen en la definición de Justicia. No se quiere decir que recupere sus derechos, sino que vuelva a ostentar la misma situación que tenía en la comunidad romana, la posición que allí ocupaba(32).

El término *injuriam* puede pues referirse, no a actuación injusta o a una servidumbre injusta, sino sencillamente a que esta situación contradice la posición que el romano ocupaba en su patria. No se trata pues de una valoración jurídica, sino de una constatación de realidades. Todo ello aparte de que el citado texto de Paulo ofrezca huellas de alteraciones.

Para Amirante el problema de las relaciones entre *captivitas* y *capitis deminutio* tiene escasa importancia para una valoración jurídica de la situación del prisionero, ya que en el fondo se reduce a una cuestión terminológica. Pero, aunque así sea, la idea no deja de tener interés, al menos teórico, en cuanto a la investigación acerca de las razones por las cuales los juristas clásicos no califican al prisionero de *capite deminutus*.

Para Kaser(33) la razón no es otra sino la concepción originaria de la *capitis deminutio* como una especie de muerte civil estrechamente emparentada con la *poena capitis*, y no se quería equiparar la pena capital con la *captivitas*.

Desserteaux(34) ha llevado a cabo un detenido análisis de textos, de los que se desprende que la regla *servitute mortalitati fere comparamus* es de la época de Justiniano.

Por otra parte, algunos texto literarios(35) califican de *capite deminutus* al prisionero, y parece difícil admitir que si en los orígenes la situación del prisionero no hubiera tenido la menor relación con la *capitis deminutio máxima*, los escritores citados —a pesar de no ser juristas— no hubieran osado salvar con una equiparación terminológica el abismo existente.

Lo que a nuestro parecer ocurre es, sencillamente, de *captivistas* y *capitis deminutio maxima* ofrecen, como consecuencia de la *spes postliminii*, características diferenciadas que impiden o dificultan una verdadera asimilación.

(31) D., 49, 15, 19, pr.

(32) Definición clásica del juriconsulto Ulpiano: "Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi", esto es, constante y permanente voluntad de dar a cada uno "su derecho", en el sentido de "lo que es adecuado, *secundum ius* que le sea dado", "lo que le corresponde". Y así será conforme a *Iustitia* que, p. ej., al deudor se le prive del objeto que debe a su acreedor: al deudor se le está "dando su derecho", es decir, el tratamiento que jurídicamente le corresponde.

(33) Kaser, "Iura", III, 1952, p. 66.

(34) Desserteaux, "Études sur la formation historique de la *capitis deminutio*", II, Paris 1919, p. 392 y ss.

(35) Tito Livio, XXII, 60, 15; Horacio, Oda III, 5, 41; etc.

Sin embargo, la caída en cautividad bélica no recibe la denominación de *capitis deminutio maxima*, como la recibe la caída en esclavitud por otras causas.

Otra vez vuelve a advertirse una cierta separación en los textos jurídicos entre caída en esclavitud como consecuencia de la cautividad bélica y caída en esclavitud por otras causas.

Ya se expusieron las razones que pueden explicar esta separación, que no supone que el siervo por cautividad no se considere realmente esclavo, sino que tal separación es debida a las circunstancias que concurren en la cautividad bélica.

Ratti(36) se pregunta: ¿por qué no se debe verificar una *capitis deminutio maxima* en el caso del prisionero?

Reconoce el círculo romanista que la situación de esclavitud como consecuencia de la cautividad bélica se prevé como temporal y de cancelación retroactiva con el derecho de postliminio y la ficción de la *Lex Cornelia*, y también que los juriconsultos romanos muchas veces se refieren a la *capitis deminutio maxima* al mismo tiempo que a la muerte y con ésta la comparan.

Este mismo autor se plantea una dificultad para admitir estas explicaciones, y es la de que hay casos de esclavos —como el *servus poenae*— que pueden obtener la *restitutio in integrum* como consecuencia de la decisión imperial, y sin embargo se le llama *capite deminutus*.

No es bastante, esta dificultad es sólo aparente, ya que existe una profunda diferencia entre los dos supuestos.

En el caso del *servus poenae* hace falta un acto de voluntad del emperador; mientras que en caso del prisionero, dada la verificación de un hecho —el regreso— los efectos jurídicos se producen inmediatamente.

Festo(37) considera *deminutus capite* a aquél que cambió de ciudad, al que pasa de una familia a otra por adopción, al que es entregado en mancipio, al que es capturado por los enemigos y al que sufrió la pena de privación del agua y del fuego.

Creemos que no se deben extraer excesivas conclusiones del hecho de que se cite junto al prisionero al que cambie de ciudad, en orden al llamado *postliminium in pace*, dada la circunstancia de que Festo contempla supuestos muy diversos en su definición, y no únicamente al prisionero de guerra y al que cambió de ciudad.

De un texto de Tito Livio(38), en que hablando de unos cautivos se diga no que fueron hechos simplemente esclavos, sino *servi Carthaginiensum*, tampoco se pueden sacar conclusiones acerca de que los romanos no los consideraban verdaderamente esclavos.

En un texto tomado de la obra de César sobre las guerras civiles(39)

(36) Ratti, "Studi sulla captivitas", Nápoles 1980, p. 29 y ss.

(37) Festo, "De significatione verborum": "Deminutus".

(38) Tito Livio XXII, 60.

(39) II, 32.

aparece con toda nitidez la idea de que la cautividad engendra la situación jurídica de esclavo. En dicho texto se relata que cuando Domicio cayó bajo el poder del enemigo *-in alienam potestaem-* sus soldados dejaron de estar obligados a la fidelidad que le habían jurado.

J. Imbert(40) entiende que la expresión *capitis deminutio* no es la adecuada para indicar la situación del ciudadano romano cautivo. Dice este autor que el cautivo ni es *capite minutus* ni *servus*. Su situación no es la del esclavo romano ordinario, ya que goza del derecho de postliminio y su patrimonio está protegido como el de un hombre libre *in servitute*.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que entre el libertus dediticio que pasó a ser de nuevo esclavo por haber infringido las normas que regulaban su condición y el esclavo público existieron profundas diferencias, y sin embargo uno y otro eran esclavos. Es coherente que el tratamiento aplicado a distintas clases de esclavos ofrezca diferentes matices y que todos ellos sean siervos.

En el estudio de la evolución del postliminio es básico precisar la verdadera calificación de la situación del prisionero, del *captivus*. ¿Es una situación *iusta* o *iniusta* desde el punto de vista romano?.

Aunque se ha polemizado en este punto(41), lo cierto es que las fuentes romanas no califican de *iniusta* la esclavitud del prisionero de guerra, sino que, por el contrario, fundan en el derecho de gentes la esclavitud del que fue capturado a los enemigos(42), y lo mismo la del romano que cae prisionero de los enemigos(43), como ya ha sido puesto de manifiesto en párrafos anteriores:

“El prisionero de los enemigos como son los Germanos y los Parthos, no sólo es esclavo de ellos...”

El término *iniuria* que aparece en el texto paulino transcrito “ut supra” (véase la nota treinta) no contradice lo que se viene diciendo, pues en ese texto no dice el jurista que los enemigos posean injustamente las cosas que arrebataron a los romanos, sino que se limita a decir que las consiguieron violentamente, lo cual es evidente puesto que de capturas bélicas se trata.

Por otra parte, basar la afirmación de que el *servus hostium* es un esclavo de hecho, porque según Marciano(44) no es siervo conforme al Derecho civil, es una afirmación completamente errónea, en el sentir del romanista Gioffredi, porque lo único que quiere aclarar la distinción de la esclavitud en *servitus iure civile* y *servitus iure gentium* es que la primera existe en conformidad no sólo al Derecho de Roma, sino al Derecho de todos los pueblos.

Por otro lado, si fuese un esclavo de hecho no perdería la ciudadanía

(40) J. Imbert. “Postliminium”, París 1945, p. 15.

(41) Gioffredi, “Studia et Documenta Historiae et Iuris”, 1950, p.26, nn.33-34.

(42) Gayo, Inst. 2, 69.

(43) D., 49, 15, 24.

(44) D., 1, 5, 5, 1.

romana, y caería por su base todo el régimen del postliminio, como cae por su base todo el derecho de patronato cuando un esclavo de hecho recobra la libertad.

Es cierto que los clásicos no consideran *capite deminutus* al cautivo, pero ello puede ser explicado fácilmente, siguiendo en parte a Gioffredi(45), por la circunstancia de que la incapacidad del cautivo descansa sobre un fundamento que no es exclusivo del Derecho romano, y sobre todo porque es una situación destinada a cesar no como consecuencia de la realización de un acto jurídico, sino por el retorno del cautivo.

Pero no sólo existe esta diferencia entre la figura del *captivus* y la del *capite deminutus*.

En un texto del Digesto(46) tomado del libro cuarenta y dos de los Comentarios de Paulo al Edicto, se dice que si un patrono es deportado, corresponde a su hijo la posesión de los bienes del liberto –y no es impedimento que se tenga por muerto al patrono–; distinto es el caso de que el patrono esté en poder del enemigo, pues entonces, en atención a que puede recuperar sus derechos, por el postliminio, se impide que puedan pedir la posesión sus hijos.

La distinción se basa en que en el caso del cautivo se prevé que regrese, mientras que en el caso del *deportatus*, la *restitutio* es una mera posibilidad imprevisible.

A propósito del cautivo se habla, por último, de la *spes postliminii*.

Como hizo notar M. Bartošek(47) en Derecho clásico la *spes postliminii* significa una realidad objetiva, la de que la cautividad es un estado transitorio, y al mismo tiempo la esperanza, tanto subjetiva como objetiva, de que el cautivo regresará a su patria y recobrará sus derechos.

La *spes postliminii* –subraya el autor citado– es la suprema expresión por la cual la doctrina clásica ha formulado, en interés y en atención al regreso del cautivo, el carácter transitorio de la cautividad bélica.

(45) Gioffredi, "Studia et Documenta Historias et Iuris", 1954, XVI.

(46) D., 38, 2, 4, 2.

(47) M. Bartošek, "Melanges De Visscher", I, Bruselas 1949, p. 37 y ss.