

Ausencia y «postliminium»

El profesor Perinián Gómez, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, nos presenta en esta obra un atractivo estudio sobre el tratamiento de la ausencia en derecho romano¹. No, sin embargo, sobre el problema en general de la ausencia, sino sobre la posibilidad de considerar a los cautivos de guerra como ausentes – más en un sentido material que formal – en virtud de las consecuencias que podría tener su regreso a la patria al amparo del *postliminium*, de tal forma que, como sintetiza muy bien el título de la coda que da fin al texto, el tema estudiado viene a ser «la ausencia a la luz del *ius postliminii*, o viceversa».

Además de los aditamentos habituales (abreviaturas, introducción, índice de fuentes y bibliografía), el libro cuenta con tres capítulos enmarcados por una premisa general y por la coda que se acaba de mencionar. En la premisa se acota el tema de la relación entre la ausencia y el *postliminium* dentro del círculo más amplio de la ausencia², se da rápida cuenta del estado de la literatura al respecto, que se considera anticuado e insatisfactorio, y, sobre todo, se apunta un concepto instrumental de ausencia como modo de concretar el objeto y los límites de la investigación³. Según tal concepto, moderno sin duda, pero no ajeno a las fuentes romanas (cfr. D. 23.2.10, Paul. 35 *ad ed.*), ausencia es aquella situación «en que un individuo se excluye, voluntariamente o no, de su ámbito habitual de actuación, lo que se acompaña del desconocimiento de su paradero e incluso de su misma existencia»⁴.

El capítulo primero, en su primera parte, fundamenta la consideración como ausente del cautivo de guerra. El Autor argumenta de forma convincente que la expectativa del *postliminium* hace que la esclavitud del cautivo pueda e incluso deba ser vista como una situación temporal; en consecuencia, la existencia del *ius postliminii*, al cambiar sustancialmente la calificación «*ut servi*» de los cautivos de guerra, los convierte en ausentes. De ahí es de donde surge la necesidad de proteger el conjunto de las relaciones jurídicas que el cautivo podría recuperar a su regreso, mientras que, como es evidente, a falta de *postliminium* dicho regreso carecerá de relevancia jurídica. No contradice este razonamiento, sino más bien lo contrario, la exclusión del cautivo de guerra del régimen de la ausencia procesal en los términos de D. 50.16.199.1, Ulp. 8 *de omn. trib.* En todo caso, de la misma forma que el cautivo no es un ausente en el sentido propio del término, puesto que siendo un esclavo no tiene capacidad jurídica que se le pueda reconocer, tampoco el *postliminium* debe ser visto como respuesta a una situación previa de ausencia sino como la circunstancia que desencadena dicha situación. Así pues, ausente *sui generis*, el cautivo con *ius postliminii* es equiparado alguna vez al ausente propiamente dicho⁵, al tiempo que el régimen jurídico que se le aplica discurre con significativa fre-

¹) Bernardo PERINIÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. XVI, 180.

²) «Para nosotros», dice el Autor, p. 10, «la afirmación clave es que el cautivo que goza del *ius postliminii* es un ausente en el sentido que [...] la dogmática civil da al término».

³) O como base para «plantear un problema histórico-jurídico en términos contemporáneos»: p. 20.

⁴) Así en p. 16.

⁵) D. 23.2.11, Iul. 62 *dig.*; aunque el Autor se hace eco de la posible interpolación de este pasaje (p. 36 nt. 32),

cuencia en paralelo al del *absens rei publicae causa*. Por último, el contraste con algunas situaciones de alejamiento territorial sin ausencia – a saber, la situación de los deportados, la de los exiliados voluntarios y la de los relegados, cada una con sus propias características – contribuye a perfilar todavía mejor la idea del prisionero de guerra como ausente.

La segunda parte de este capítulo comienza con una aproximación al desarrollo inicial del *postliminium*. Si bien nada más como hipótesis, el Autor sugiere el origen de la figura en una «costumbre internacional» que pudo anteceder a la «costumbre» fuente del *ius civile* (esto es, a los *mores maiorum*). Ve un posible indicio de ello en D. 49.15.19.pr., Paul. 16 *ad Sab.*, donde la frase '*postliminium ... inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum*' se podría entender en el sentido de que el *ius postliminii* nació de pactos internacionales entre Roma y otros pueblos y reyes. El argumento no parece persuasivo, no sólo porque la frase en cuestión admite una interpretación diferente, como no deja de notar el Autor⁶, sino también porque el interés que los romanos podían tener en el *postliminium* parece claramente doméstico, de modo que no se acaba de ver el carácter «internacional» del asunto ni siquiera contando con la existencia de instituciones paralelas en otros pueblos coetáneos. Las páginas que vienen después sobre la configuración clásica del *postliminium* apuntan primeramente, con recurso a diferentes testimonios, jurídicos y literarios, la posibilidad de que ya en época de Sabino la institución hubiera alcanzado una configuración bien definida; por otro lado, el desarrollo clásico de la misma terminará por elevarla a la categoría de «derecho subjetivo de carácter público y político» al mismo nivel de otros derechos que conforman la ciudadanía romana. A continuación, el Autor introduce el problema de la calificación jurídica del estado en que quedan las relaciones jurídicas del *ab hostibus captus* antes de su regreso. E inteligentemente lo hace con la mira de evitar lo que llama la «trampa dogmática», esto es, la necesidad de optar entre el efecto suspensivo de la *captivitas* sobre las relaciones jurídicas del prisionero y la simple pérdida o extinción de las mismas y su eventual reintegración posterior. Ambas posiciones cuentan con fuentes en las que apoyarse; sin embargo, puesto que los medios de conservación del patrimonio son los mismos en un caso y en otro, el Autor prefiere orillar la cuestión para pasar al estudio de esos mecanismos. Antes, no obstante, destaca la complementariedad del *ius postliminii* y la medida, mucho más moderna, de la *factio legis Corneliae*: aquél para regular los efectos del regreso del prisionero y ésta los de su muerte.

Objeto del segundo capítulo es la gestión y protección del patrimonio del cautivo de guerra. Para estos fines se utilizaron medios diversos que van de la gestión de negocios a la *restitutio in integrum*, pasando por una problemática acción popular *ex lege Hostilia* y una *cura bonorum* de aplicación específica en estos supuestos. El *captivus* es un esclavo que en cuanto tal no puede ser representado por un *procurator* (D. 4.6.15.pr., Ulp. 12 *ad ed.*; cfr. D. 3.3.33.pr., Ulp. 9 *ad ed.*); excluida esta posibilidad, y aun haciéndose eco de la misma dificultad de carácter dogmático, un texto de Paulo (D. 3.5.18[19].5, 2 *ad Nerat.*) concede la *actio negotiorum gestorum* a aquel que durante la situación de ausencia ha administrado de forma espontánea los asuntos de un cautivo *postea reversus*⁷; lógicamente, si cabe la acción contraria se debe presumir también la concesión de la *actio directa* a favor del propio cautivo. El Autor destaca el carácter de expediente práctico de esta solución e insiste, con fidelidad a los textos, en la inconsecuencia dogmática que se encierra en la misma. No obstante, hay un perfil del asunto que posiblemente merecería la pena considerar: si es concebible la actuación de un *negotiorum gestor*, ello puede deberse a que las relaciones jurídicas del *captivus* no han desaparecido por la *capitis deminutio* de éste, quizás, por lo menos algunas de ellas, ni siquiera han quedado en suspenso, sino sólo la titularidad del propio cautivo.

no deja de utilizarlo como testimonio clásico de la equiparación aludida en el texto.

⁶) La preposición '*inter*' puede referirse a los propios romanos y a los pueblos extranjeros que en sus ordenamientos internos conocieron algo semejante al *postliminium*: p. 44; la preposición '*inter*' significa aquí «dentro» y no «entre»: p. 85; sobre el *postliminium* «quale diritto interno alla comunità romana», cfr. Maria Floriana CURSI, *La struttura del postliminium nella Repubblica e nel Principato*, Napoli, 1996, p. 334 s.

⁷) Algunos textos reflejan ciertas posibilidades de actuación de los hijos y esclavos del cautivo: D. 45.1.11, Paul. 2 *ad Sab.*, y D. 46.4.11.3, Paul. 12 *ad Sab.*

El origen público del *postliminium*, escribe el Autor, demanda soluciones públicas: tal es el carácter que comparten la acción *ex lege Hostilia*, la *cura bonorum captivi* y la *restitutio in integrum*. La escasez y el carácter tardío de las fuentes sobre la ley *Hostilia* han hecho dudar de su misma existencia. El Autor la defiende con dos argumentos: el hecho de que la única referencia de las fuentes a la ley *Hostilia* (*Iust. inst.* 4.10.pr.) acuda al modelo delictual más antiguo – el del hurto – para la protección del patrimonio del prisionero, y la referencia de D. 49.15.19.pr. a las leyes como uno de los elementos reguladores del *postliminium*. Admitida, pues, la realidad histórica de aquella ley, del texto citado de la Instituta se desprende la legitimación popular en orden al ejercicio de la *actio furti* contra el expolio sufrido por el cautivo de guerra; también, desde el punto de vista de la defensa de intereses públicos, el parecido de este supuesto a los de la actuación *pro populo, pro libertate, pro tutela* y en nombre de los ausentes *rei publicae causae*.

La *actio ex lege Hostilia* llegaría a decaer con la aparición de la *cura bonorum*. Ésta era una medida que seguía a la *missio in possessionem* de los acreedores del *captus*, y su finalidad, estrictamente patrimonial, se dirigía en general a la conservación de los bienes del ausente (D. 42.4.6.2, Paul. 57 *ad ed.*, y D. 26.7.48, Herm. 1 *iur ep.*) en interés tanto suyo como de los acreedores⁸. Ahora bien, el nombramiento de un *curator bonorum captivi* no era automático sino ocasional; o lo que es lo mismo, no se daba como consecuencia inmediata y estable de la situación de cautividad, sino sólo en aquellos casos en que la entidad del patrimonio o el estado del mismo así lo requiriesen. Aparte de otras señales que proporcionan las fuentes⁹, el Autor ve la confirmación de esta idea en la asimilación que hace D. 50.4.1.4, Herm. 1 *epit.*, de la *cura bonorum captivi* a otros supuestos de curatela patrimonial justificada por una auténtica necesidad: ‘*si satis non detur*’ en la *bonorum possessio ex Carboniano edicto* y para custodia de los bienes hereditarios mientras se espera un *heres* o un *bonorum possessor*. Por lo demás, el contexto del fragmento de Paulo que da noticia directa de nuestra curatela (D. 42.4.6.2) indica que el caso del cautivo de guerra era una de las excepciones a la venta de los bienes puestos en poder de los acreedores, junto a los casos del pupilo y el *absens rei publicae causa* (cfr. D. 42.4.6.pr.-1); a la vez, el paralelo con este último pone sobre la pista del fundamento en el que se asienta el trato de favor que como ausente recibe el *captus*, y que no es otro que la existencia de razones de interés público que justifican su ausencia de igual forma que justifican la del que desempeña un encargo oficial.

El del cautivo de guerra es uno de los supuestos de aplicación de la *restitutio in integrum* comprendidos bajo la rúbrica edictal ‘*ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur*’ (*tit. X § 44*)¹⁰. Una vez más, el término de comparación, expresada en los *verba edicti* (D. 4.6.1.1, Ulp. 12 *ad ed.*), es el régimen aplicable a la ausencia *rei publicae causa*. Y una vez más, la finalidad y los límites con que se concede el *auxilium restitutionis* al *captus postliminio reversus* parecen ser idénticos a los que valen para esta otra clase de ausencia (D. 4.6.1.pr., D. 50.17.140, Ulp. 56 *ad ed.*, y D. 4.6.44, Paul. 2 *ad Sab.*). En este sentido, el hecho de que Ulpiano no mencione el cautiverio de guerra en D. 4.1.1, 11 *ad ed.*, texto inaugural de su tratamiento de la *restitutio in integrum*, es interpretado por el Autor como una señal de que, desde la perspectiva de dicho jurista, aquella circunstancia queda cubierta por el término *absentia*, lo que constituye un argumento más a favor de la consideración del prisionero de guerra como un ausente. Por otro lado, la concesión de la *restitutio* al cautivo (o bien a sus herederos e incluso a los nacidos en cautiverio) depende de que el prisionero sea de los que gozan del *ius postliminii* (D. 4.6.15.pr.-1, D. 4.6.14, Call. 2 *ed. monit.*) y sólo se extiende a las situaciones que son recuperables en virtud de este derecho (cfr. D. 4.6.19-20, Pap. 3 *quaest.*).

El capítulo tercero, sobre el *postliminium in pace*, expone de entrada los presupuestos y los ele-

⁸) Si bien no la ha podido considerar, la investigación de María de los Ángeles SOZA, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor*, Madrid, 2008, p. 40 ss. y 120 ss., respalda sustancialmente la visión del Autor sobre la *cura bonorum* del *captus ab hostibus*.

⁹) D. 27.3.7.1, Ulp. 35 *ad ed.*: ‘*si quis sit curator bonis eius constitutus*’; D. 4.6.15.pr., Ulp. 12 *ad ed.*: ‘*si curator ... fuerit bonis constitutus*’; D. 42.5.22.1, Ulp. 63 *ad ed.*: ‘*si bonis curator datus sit ... ab hostibus capti*’.

¹⁰) Esta *restitutio in integrum* es posiblemente una medida más reciente que la *cura bonorum captivi*, según piensa el Autor, p. 111.

mentos fundamentales de la llamada (por Alberto Maffi) «tesi spagnola» acerca del tema. Esto es, la tesis desarrollada hace ya décadas por Alvaro d'Ors y Pablo Fuenteseca en el sentido de considerar que las referencias clásicas al *postliminium in pace* tienen que ver meramente con el regreso de los cautivos de guerra en virtud de un tratado de paz, por lo que dicho sintagma no designa en realidad una modalidad especial de *postliminium*. En consecuencia, se deben considerar alterados los textos jurisprudenciales (por ejemplo D. 49.15.5.pr. y 2, Pomp., 37 *ad Q. Muc.*) que parecen admitir el *postliminium* para aquellos que logran escapar no de los enemigos, sino de *aliquae gentes* con las que Roma no tiene relaciones regulares -de los *latrunculi vel praedones* que los habían apresado pero de los que no se hicieron esclavos, como explica Ulpiano, D. 49.15.24, 1 *instit.*, para rechazar que tengan necesidad del *postliminium*. La alteración, postclásica (Fuenteseca) con más probabilidad que justiniana (d'Ors), se habría debido a la inseguridad propia de una época en la que Roma se debilita y aumentan las capturas de ciudadanos a manos de quienes, hablando con propiedad, no son auténticos *hostes*. El Autor considera globalmente persuasiva esta «tesi spagnola» y, tras resumir la suerte que ha corrido en la doctrina desde que fuera lanzada por sus autores hasta la actualidad, expone tres argumentos nuevos para afianzarla. De ellos, el más convincente es el último¹¹: las fuentes relativas a la *cura bonorum captivi*, a la aplicación de la *restitutio in integrum* y a la ley *Hostilia* toman en consideración únicamente la captura que se produce *in bello*; y por otra parte, aunque sean ausentes, los apresados por *latrunculi vel praedones* no sufren la *capitis deminutio* que sí experimenta en cambio el *ab hostibus captus*; de ahí que no necesiten (en época clásica) el *postliminium*.

El libro está bien escrito y es de agradable lectura. Cada capítulo incluye al final unas breves páginas de conclusiones que sintetizan los principales argumentos desarrollados por el Autor y facilitan la comprensión global de los temas que van siendo abordados. La coda vuelve a insistir en el fundamento común y en el parecido tratamiento jurídico del *postliminium* y la *absentia rei publicae causa*, lo que viene a corroborar la relación del primero con la ausencia; la extensión analógica del *postliminium* que supone el postclásico *postliminium in pace* apunta en la misma dirección. Por último, el Autor ve en la existencia del *postliminium* y el régimen de la *absentia rei publicae causa*, así como en la regulación específica de la ausencia procesal (D. 50.16.199.pr.-1, Ulp. 8 *de omn. trib.*), algunas de las razones históricas por las que no llegó a configurarse un régimen general de la ausencia en derecho romano.

¹¹) Los otros dos se basan en la interpretación de las palabras '*in causam suam recedit*' de D. 49.15.6, Pomp. 1 *ex var. lect.*, y en una somera comparación con ordenamientos medio-orientales y griegos antiguos que vendría a confirmar el carácter militar del *postliminium* romano. Al hilo de esta comparación, el Autor, p. 146, citando a Alan Watson, vuelve a insistir en que «estamos ante una institución de origen antiguo e internacional que Roma adapta a sus peculiaridades, un verdadero *legal transplant*. ... en el Derecho de la Antigüedad».