

Sobre la existencia de un *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido en el derecho romano clasico (*)

por Rosa MENTXAKA

(Facultad de Derecho de Donostia - San Sebastián,
Universidad del País Vasco)

SUMARIO :

- I. - **Introducción : delimitación del objeto de estudio y razón de ser del mismo.**
- II. - **Análisis de los textos :**
 - § 1. Consideraciones sobre la *redemptio ab hostibus* hasta la época de los Severos.
 - § 2. Dig 49, 15, 12, 12 (Tryph, *Disput* 4)
 - § 3. Dig 49, 15, 19, 9 (Paul, *Sab* 16)
 - § 4. Dig 49, 15, 15 (Ulp, *Sab* 12)
 - § 5. Dig 30, 43, 3 (Ulp, *Sab* 21)

(*) La realización del presente trabajo ha sido posible gracias a una beca del Patronato de la Universidad del País Vasco que me ha permitido desplazarme al *Leopold-Wenger-Institut* de München; desde aquí quiero expresar a dicho Patronato, a mis colegas de San Sebastián profesores Fernando BETANCOURT y Antonio DÍAZ-BAUSTISTA y a los colegas del *Leopold-Wenger-Institut* mi agradecimiento. Pero sin lugar a dudas el presente trabajo no hubiera sido posible sin la ayuda prestada por los profesores M. KASER y D. NÖRR, quienes mediante una lectura paciente y crítica, llena de matizaciones y sugerencias, me han permitido configurar el artículo en su forma actual; a ellos mi más sincero y profundo agradecimiento.

- § 6. Dig 49, 15, 21, pr (Ulp, *Opin* 5)
- § 7. CJ 8, 50, 2, pr-1 (Gord) 241 p. C.
- § 8. CJ 8, 50, 8 (Diocl-Max) 291 p. C.
- § 9. CJ 8, 50, 11 (Diocl-Max) 293 p. C.
- § 10. CJ 8, 50, 13 (Diocl-Max) 294 p. C.

III. - Consideraciones acerca del « *ius pignoris* » del redemptor.

- § 11. Diferencia entre el *ius pignoris* en sentido estricto y la institución que aquí se estudia
- § 12. Argumentos para aceptar su autenticidad
- § 13. Estructuración dogmática.

IV. - Conclusiones finales.

I. - INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y RAZÓN DE SER DEL MISMO

Dentro de la amplia literatura a la que ha dado lugar la institución del cautiverio de guerra en el Derecho Romano (1), a mi entender, hay un aspecto que no ha sido tratado con suficiente profundidad y detenimiento por la romanística actual. Se dice en las fuentes que cuando el redentor abonaba una cantidad de dinero a los enemigos para liberar a un cautivo, surgía un *ius pignoris* a favor del redentor sobre la persona del redimido hasta que el precio de la liberación fuera devuelto al redentor.

De forma prácticamente unánime se ha considerado que las fuentes que mencionan este derecho de prenda no son auténticas; según la mayor parte de la romanística que ha estudiado el tema, dichas fuentes posiblemente están interpoladas y el derecho que en ellas se recoge es casi con toda seguridad derecho justiniano. A esta opinión, manifestada inicialmente por Dern-

(1) Sobre el *postliminium* ver M. KASER, *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*² (München 1971) 290-291 con la bibliografía citada en la nota 15 y ss.

burg⁽²⁾, se unió en el siglo pasado Voigt⁽³⁾. El estudio efectuado a comienzos del presente siglo por el romanista italiano Pampaloni⁽⁴⁾ se puede considerar en este punto definitivo, ya que si bien ha sido rebatido en algunos aspectos⁽⁵⁾, en lo referente al carácter justiniano del derecho de prenda se ha aceptado sin discusión por parte de la romanística que se ha ocupado del tema. Así por ejemplo Albertoni en el año 1925⁽⁶⁾, Romano en el 1930⁽⁷⁾, Krüger en el 1931⁽⁸⁾, Faiveley en el 1942⁽⁹⁾, Levy en el 1951⁽¹⁰⁾, Kreller en el 1952⁽¹¹⁾ y Amirante en el 1957⁽¹²⁾ y en 1969-1970⁽¹³⁾, han aceptado la opinión de Pampaloni sin problema alguno sin estudiar con excesivo detenimiento este aspecto en los textos en los que se hace referencia al *ius pignoris*.

El presente trabajo tiene por objeto replantear de nuevo el tema y cuestionar la posibilidad de seguir aceptando actualmente la idea de Pampaloni. Por todo ello voy a estudiar por orden cronológico todos los pasajes en los que se hace mención a este *ius pignoris*; seguidamente, y con base en el análisis rea-

(2) H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* 1 (Leipzig 1860) 427 n 22.

(3) M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte* 2 (Stuttgart 1899) 465.

(4) M. PAMPALONI, *Personae in causa mancipii nel Diritto Romano Giustiniano*, BIDR 17 (1905) 123-138.

(5) Ver por ejemplo la crítica de S. ROMANO, *Redemptus ab hostibus*, RISG 5 (1930) 11, en especial las páginas 14-30 donde establece la imposibilidad de concebir la relación del redentor y del redimido como de *causa mancipii*, como había propuesto PAMPALONI, o la de H. KRÜGER, *Captivus redemptus*, ZSS 51 (1931) 204, para quien la relación que surgía tras el pago del precio por parte del redentor entre éste y el redimido se debía considerar como una relación de propiedad.

(6) A. ALBERTONI, *Redemptus ab hostibus*, RDI 17 (1925) 46-48.

(7) ROMANO, [n 5] 46-48.

(8) KRÜGER, [n 5] 214.

(9) G. FAIVELEY, *Redemptus ab hoste. Étude sur le rachat des captifs en droit romain classique* (Paris 1942).

(10) E. LEVY, *Captivus redemptus*, CP 38 (1943) 159-176 = BIDR 55-56 (1951) 70-97.

(11) H. KRELLER, *Juristenarbeit am postlimium*, ZSS 69 (1952) 209.

(12) L. AMIRANTE, *Appunti per la storia della redemptio ab hostibus*, Labeo 3 (1957) 7-59 y 171-220, en concreto en las páginas 176 y 193.

(13) L. AMIRANTE, *Redemptio ab hostibus*, NNDI 14, 1104.

lizado, en un apartado tercero voy a realizar una serie de consideraciones dogmáticas acerca de este *ius pignoris*, finalizando el trabajo con un apartado dedicado a exponer las conclusiones finales.

II. - ANALYSIS DE LOS TEXTOS

§ 1. Consideraciones sobre la *redemptio ab hostibus* hasta la época de los Severos.

Las fuentes que voy a analizar a lo largo de este trabajo, son textos procedentes de la última jurisprudencia clásica (Trifonino, Paulo y Ulpiano) y rescriptos de los emperadores Gordiano y Diocleciano-Maximiano, es decir del siglo III p. C. Para poder comprender el contenido de estos textos, pienso que puede ser interesante hacer una breve exposición de la situación jurídica del cautivo de guerra en el periodo anterior al siglo III p. C.

Según Amirante⁽¹⁴⁾, parece que a lo largo de la época republicana y los siglos primero y segundo de la época imperial, la *redemptio* fue una actividad realizada por personas unidas al prisionero por vínculos de parentela o amistad; la redención era concebida como *benignitas* y *beneficium* y en absoluto influía en la condición jurídica del prisionero. En este periodo el Senado era competente en este tema y podía tanto establecer el rescate *de publico* como impedir el rescate *ex privato* o incluso facilitarlo mediante préstamos realizados *ex aerario*⁽¹⁵⁾.

Pero, según Amirante, esta situación se modificó con la *constitutio de redemptis*⁽¹⁶⁾. Esta constitución, que es mencionada en diferentes textos de Trifonino⁽¹⁷⁾ y cuya fecha exacta no se

(14) AMIRANTE, [n 12] 15-20; IDEM, [n 13] 1102 e IDEM, *Prigionia di guerra, riscatto e postliminium* 1 (Napoli 1969) 184-186.

(15) LEVY, [n 10] 70-77 piensa sin embargo que esta situación duró no hasta la época de los Severos, sino sólo hasta el 160 p. C., fecha a partir de la que según él pudo tener lugar la *constitutio de redemptis*.

(16) AMIRANTE, [n 12] 21; IDEM, [n 13] 1102 e IDEM, [n 14] 185-190.

(17) Ver *Dig* 49, 15, 12, 7-9 y *Dig* 49, 15, 12, 17 (Tryph, *Disput* 4).

conoce⁽¹⁸⁾, ha planteado numerosos problemas respecto a su posible contenido; así por ejemplo se ha discutido si se aplicó tanto a esclavos como a libres; para Krüger⁽¹⁹⁾, seguido de Felgenträger⁽²⁰⁾, afectó única y exclusivamente al *servus redemptus*; pero como muy bien ha puesto de manifiesto Levy⁽²¹⁾, seguido de Amirante⁽²²⁾, parece más lógico aceptar que se aplicó a todo prisionero rescatado con indiferencia de que fuera esclavo o libre.

Esta constitución, por lo que se puede deducir del estudio de las fuentes, supuso una modificación respecto a las soluciones aplicadas en el caso de la redención del esclavo prisionero; con anterioridad a la misma, según el *ius vetus*, el *servus redemptus* regresaba a la propiedad de su antiguo propietario⁽²³⁾ y el redentor u otro tercero adquirente de buena fe podía usucapir y manumitir al esclavo; en cambio a partir de la *constitutio* la propiedad del esclavo redimido era adquirida inmediatamente por el redentor, con independencia de su buena o mala fe⁽²⁴⁾, teniendo el propietario precedente el derecho de recuperar al

(18) Según LEVY, [n 10] 77-90, la constitución podría haber surgido en el período que se produce entre los años que siguen a Antonino Pio y finales del siglo II p. C.. Para KRÜGER, [n 5] 214-215, seguido de W. FELGENTRÄGER, *Antikes Lösungsrecht* (Berlin-Leipzig 1933) 95-96, esta constitución sería de un emperador postclásico ya que: a) no se habla en ninguna otra fuente jurídica clásica del tema; b) la obra de Trifonino en la que se encuentra, las *Disputationes*, posiblemente sea postclásica y c) debido al estilo no clásico de las menciones que se hacen de la constitución. AMIRANTE, a lo largo de sus diferentes publicaciones referidas al tema, [n 12] 41; [n 13] 1102 y [n 14] 186-187, considera que la constitución debe fecharse entre el 198 y el 211 procediendo posiblemente de los emperadores Septimio Severo y Caracalla; fundamentó esta postura sobre todo en la referencia que se hace en *Dig* 49, 15, 12, 17 (Tryph, *Disput* 4) a « *Ab imperatore nostro et divo Severo* ». KASER, [n 1] 291, en contra de lo que había manifestado en ZSS 54 (1934) 438 (pensaba que era de Justiniano) la fecha también entre el 198-211 p. C.

(19) KRÜGER, [n 5] 214-215.

(20) FELGENTRÄGER, [n 18] 94-95.

(21) LEVY, [n 10] 80-82.

(22) AMIRANTE, [n 12] 22 ss; IDEM, [n 13] 1103 e IDEM, [n 14] 187.

(23) Ver *Dig*, 49, 15, 12, 9 (Tryph, *Disput* 4).

(24) Ver *Dig* 49, 15, 12, 7-8 (Tryph, *Disput* 4).

esclavo en el plazo de un año, siempre y cuando abonara al redentor el precio que éste había pagado por la liberación.

Pero al margen de este punto, la constitución también introdujo una diferencia en la responsabilidad del *redemptor*; antes de la misma, el redentor en cuanto poseedor no propietario debía responder tanto frente al propietario como frente a terceros de todos los actos de disposición realizados antes de la usucapión; tras la constitución, al hacerse el *redemptor* con la propiedad, ve reforzada su posición ya que no tenía que responder ante terceros propietarios en cuanto que él mismo lo era (25).

Pero junto con estas innovaciones fundamentales introducidas por la constitución que afectaban al esclavo redimido, la misma, posiblemente, también modificó la situación del libre redimido. Como he indicado ya, siguiendo a Levy y a Amirante, con anterioridad a la *constitutio* parece que eran las personas unidas al cautivo por vínculos de afecto o amistad las que se encargaban de la liberación no dando lugar dicho acto a vínculo jurídico alguno (26). Como vamos a ver a lo largo del presente trabajo, posiblemente a partir de la constitución, la redención de un libre del enemigo, debido al abono de un precio, dio lugar a una relación entre el redentor y la persona del redimido, relación que en las fuentes recibe el nombre de *vinculum pignoris* (27), *pignoris causa* (28), *iure pignoris* (29), *veluti naturalis pignoris vinculum* (30). El estudio de esta relación es precisamente el objeto del presente trabajo.

§ 2. *Dig 49, 15, 12, 12 (Tryph, Disput 4)*.

Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur,

(25) En este sentido AMIRANTE, [n. 13] 1103.

(26) En este sentido AMIRANTE, [n. 12] 12-20.

(27) *Dig 30, 43, 3 (Ulp, Sab 21)*; *Dig 49, 15, 21, pr (Ulp, Opin 5)*; *CJ 8, 50, 8 (Diocl-Max) 291 p. C.*; *CJ 8, 50, 11 (Diocl-Max) 293 p. C.*; y *CJ 8, 50, 13 (Diocl-Max) 294 p. C.*

(28) *Dig 49, 15, 12, 12 (Tryph, Disput 4)* y *CJ 8, 50, 2, pr (Gord) 241 p. C.*

(29) *Dig 49, 15, 15 (Ulp, Sab 21)*.

(30) *CJ 8, 50, 2, 1 (Gord) 241 p. C.*

et si creditor obtulerit ei qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc conversa res est et posterior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

El texto procede de *Tryphoninus*, en concreto de su obra *Disputationes* ⁽³¹⁾; trata de la redención de un cautivo de los enemigos, cautivo que, antes de ser cogido prisionero, era esclavo. Según el jurista, el cautivo regresa a su condición jurídica anterior después de que el redentor sea pagado, y si el acreedor hubiera ofrecido al redentor la cantidad por él abonada en la liberación, según Trifonino, el acreedor tiene una garantía tanto respecto a la primera deuda como por la cantidad que el tuvo que abonar por la liberación; en la segunda parte del pasaje: *ut cum - fine*, como consecuencia del supuesto de hecho inicial, Trifonio reflexiona sobre este caso concreto e indica que el primer acreedor en el tiempo (el pignoraticio) no va a ser el preferente, sino que el redentor, teóricamente acreedor posterior, el que por haber permitido que el esclavo siga estando bajo el control del acreedor pignoraticio, va a ser el preferente.

El texto ha sido estudiado por la romanística hasta ahora desde dos perspectivas diferentes; un grupo de autores lo han analizado dentro de la problemática planteada por la institución del cautiverio de guerra ⁽³²⁾ mientras que otros ⁽³³⁾ lo han es-

(31) Esta obra de 21 libros que seguían el orden del Edicto, contenía una colección de *quaestiones* derivadas de controversias acontecidas en la escuela o consejo. Parece que a lo largo de la época postclásica pudo sufrir profundas modificaciones llegando a los compiladores quizás incompleta. Sobre los problemas ocasionados por su transmisión ver F. SCHULZ, *History of the roman legal science* (Oxford 1953) 234; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*² (München-Leipzig 1912) 225; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960) 175 n 248.

(32) Por ejemplo F. SCHULZ, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Ccedenten im klassischen römischen Recht*, ZSS 27 (1906) 108;

tudiado dentro de la pluralidad de créditos pignoraticios sobre un mismo objeto en el derecho de prenda. Pienso que ambas perspectivas de estudio no se deben considerar como contrapuestas sino mas bien complementarias.

El pasaje comienza exponiendo los siguientes hechos: un esclavo, que estaba pignorado, ha sido capturado por el enemigo; esta mera afirmación no permite deducir mucho respecto a la pignoración ya que no se dice en garantía de que relación jurídica se ha constituido y tampoco si el acreedor ha tomado o no posesión del esclavo⁽³⁴⁾, por lo tanto, si se trataba de una relación de prenda con desplazamiento o de prenda sin desplazamiento.

Según Trifonino, este esclavo después de que el redentor sea pagado, *in veterem obligationem revertitur*. ¿Qué quiere decir esta locución?; ¿Que el esclavo adquiere la condición de objeto pignorado a favor del acreedor pignoraticio sólo en el caso de que se pague al redentor el precio que él ha abonado por la liberación del esclavo? Parece que ésta es la interpretación lógica si se tiene en cuenta que el mismo Trifonino en Dig 49, 15, 12, 7 establecía que el esclavo capturado y liberado del enemigo *protinus est redimentis*⁽³⁵⁾; si el esclavo se hace inmediatamente

J. MIQUEL, *El rango hipotecario en el derecho romano clásico*, AHDE 29 (1959) 304; M. KASER, *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, Studi in onore di G. Grosso 1 (Torino 1968) 46 = *Ausgewählte Schriften* 2 (Camerino 1976) 188.

(33) AMIRANTE, [n 12] 37.

(34) Hay que tener en cuenta como muy bien han manifestado H. WAGNER, *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnerus unterliegenden Sklaven*, SDHI 33 (1967) 182 y M. KASER, *Besitzpfand und besitzloses Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)*, SDHI 45 (1979) 5-6 = IDEM, *Studien zum römischen Pfandrecht* (Napoli 1982) 131-132, que la locución *pignus datum* no necesariamente tiene que significar en las fuentes prenda con desplazamiento; parece que dicha expresión se empleo también en el sentido de prenda sin desplazamiento, por lo que en este caso concreto no se puede saber si el acreedor había tomado posesión o no del esclavo.

(35) Sobre esta acepción del término *protinus* ver H. HEUMANN-B. SEKKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰ (Graz 1958) 473; K. E. GEORGES, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*⁹ (Basel 1951) 2036-2037.

del que lo redime, es lógico que se afirme que sólo después de que se pague al *redemptor* el precio de la redención el esclavo regresa a la anterior situación, ya que mientras ésto no ocurra la titularidad del esclavo la ostenta el redentor y no el antiguo propietario.

Seguidamente el pasaje indica que si el acreedor, se entiende pignoraticio, hubiera ofrecido al que redimió al esclavo la cantidad que él pagó por la redención *habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit*. La frase parece lo suficientemente clara como para no dar lugar a dudas en la interpretación: el acreedor pignoraticio que hubiera ofrecido la cantidad de la redención tiene un derecho de prenda (en este sentido interpreto yo al menos el término *obligatio*)⁽³⁶⁾ tanto por la primera deuda⁽³⁷⁾ como por la suma por la cual el redentor liberó al esclavo. Pero ¿por qué tenía el acreedor un derecho de prenda sobre el esclavo? Respecto a la primera deuda la existencia de un derecho de prenda no planteaba problema alguno ya que como se indica expresamente había surgido con anterioridad al cautiverio y a la posterior liberación y como no se había extinguido con la cautividad lógicamente seguía existiendo; en cambio la prenda en garantía de la devolución de la suma que el acreedor abonó al redentor, es la que puede ser más discutible; ¿cómo había surgido este derecho de prenda?; ¿quién la había creado?; ¿en garantía de qué obligación?. Pienso que las respuestas a esta serie de preguntas vienen recogidas en la frase que el texto realiza seguidamente y cuya autenticidad ha sido puesta en duda por algunos romanistas⁽³⁸⁾: *quasi ea obligatione quadam constitutione inducta*. El hecho de que dicha frase comience con el término *quasi*, plantea el problema inicial de determinar el posible signifi-

(36) Sobre las posibles acepciones del término *obligatio* ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 379-381; GEORGES, [n 35] 1247; sobre el significado de *obligatio* en el sentido de *pignoratitio* ver KASER, [n 34] 30-31 [n 106] = 156-157 n 106.

(37) Sobre los posibles significados del término *causa* ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 58-61; K. E. GEORGES, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*⁹ 1 (Basel 1951) 1039-1943.

(38) Por ejemplo MIQUEL, [n 32] 304.

cado de dicho vocablo. Según Kerber (39), Trifonino en este caso había utilizado la palabra *quasi* para introducir una « rückwirkend positive Rechtsfiktion », es decir, una ficción que considera una nueva relación jurídica o de hecho como si ya hubiera existido desde antes (40). El aceptar esta interpretación conduciría a considerar que en el presente caso Trifonino estaba fingiendo, suponiendo, que en cierta constitución se había establecido un derecho de prenda del redentor sobre el cautivo redimido. Pero esta interpretación con ser posible, pienso que no necesariamente tiene que ser aceptada; cabe pensar que en el presente caso el término *quasi* tiene el mero significado de por qué (41). Pero se dice también *ea obligatione quadam constitutione inducta*; ¿qué significado tiene esta frase?; en concreto, ¿qué quiere decir el término *quadam*? Este vocablo, que se encuentra en forma adverbial *quadamtenus* en algunas fuentes literarias (42), en este caso concreto puede pensarse que está modificando a la forma verbal *inducta*; el jurista sabía que la constitución había introducido el derecho de prenda del redentor sobre el cautivo redimido, pero posiblemente no había establecido nada sobre el derecho de prenda del tercero (en este caso el acreedor pignoraticio) que ofreciera al redentor el precio de la redención; para justificar la existencia de dicha titularidad cabe pensar que el jurista empleó el adverbio *quadam*; suponía que el derecho de prenda del tercero en cierto modo, había sido introducido por la constitución; pero cuál era esta constitución y qué establecía?. Aunque no se pueda afirmar con seguridad, pienso que Trifonino, al hablar de la *constitutio*, está refiriéndose a la misma que menciona en Dig 49, 15, 12, 8 (*constitutio quae de redemptis lata est*) y que, como he indicado ya anteriormente, ha planteado tantos problemas de interpretación. Según mi hipótesis, creo que en la misma se estableció la posibilidad de que el *redemptor* pudiera retener al redimido hasta el abono del precio de la redención denominándola *ius pignoris*. En este caso

(39) W. KERBER, *Die quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung* (Würzburg 1970) 132.

(40) Sobre este concepto de « positive Fiktion » ver KERBER, [n 39] 29.

(41) En este sentido ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 485 nr. 5.

(42) Ver GEORGES, [n 35] 2111.

concreto, al ofrecer un tercero (el acreedor pignoraticio) al *redemptor* el precio de la redención, se plantea el problema de determinar lo que ocurría con el derecho establecido en la constitución quizás sólo a favor del redentor: ¿pasaba junto con la titularidad del esclavo la titularidad de este derecho?. El texto tal como se nos ha transmitido pienso que no permite responder con seguridad a esta cuestión; sin embargo, bien porqué se había previsto expresamente en la constitución, bien porqué Trifonino mediante una ficción consideraba que así había sido, parece claro que el acreedor era titular del derecho de prenda existente a favor de redentor. Y a este *ius pignoris* del redentor, como se puede deducir de la parte del texto que viene a continuación: *et cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa*, parece que Trifonino le aplicó los principios tradicionales del derecho de prenda. Como se sabe, el segundo acreedor pignoraticio tenía derecho a satisfacer al primero ocupando de este modo su lugar (*ius offerendi*)⁽⁴³⁾; posiblemente el jurista consideró que se estaba ante un supuesto análogo al de *ius offerendi* y por ello hablaba del derecho de prenda del acreedor pignoraticio inicial sobre el redimido en garantía de la cantidad de la redención, debido al ofrecimiento que dicho acreedor hizo al redentor.

En la parte final del texto: *in hoc conversa - dimittendum est* se dice como en el caso que se analiza el acreedor posterior en el tiempo (*redemptor*), por haber hecho que el esclavo vuelva al control del primero, debe ser pagado por el acreedor preferente. ¿Por qué realizó Trifonino esta afirmación?. Pienso que caben varias explicaciones: en primer lugar se puede pensar que la constitución mencionada por Trifonino establecía el carácter preferente del crédito derivado de la redención y que por lo tanto todo titular de dicho crédito sería acreedor preferente respecto a acreedores titulares de créditos que habían nacido con anterioridad; en segundo lugar, y para el caso de que la constitución no hubiera recogido esta preferencia, cabe pensar que la misma derivaría de la necesidad absoluta de la redención del esclavo para que el acreedor conserve el derecho de prenda sobre el mismo. Como se

(43) Sobre el *ius offerendi* ver MIQUEL, [n 32] 301-305.

sabe, ya desde la época de Marco Aurelio⁽⁴⁴⁾ se estableció una preferencia a favor del acreedor que prestara dinero para reparar un edificio pignorado frente a los acreedores pignoratícios preferentes en el tiempo. Posteriormente parece que el crédito privilegiado se extendió a todos los supuestos en que un acreedor prestara dinero para conservar la cosa gravada⁽⁴⁵⁾. En este caso concreto no hay un préstamo por parte del *redemptor*, sin embargo, la compra del esclavo ha sido totalmente determinante para su recuperación; si él no hubiera adquirido mediante un precio al esclavo del enemigo, ésta hubiera permanecido en su poder y el derecho de prenda del primer acreedor pignoratício hubiera resultado inejercitable; como expresamente se reconoce en el texto, el acreedor posterior había conseguido que el esclavo *apud nos esset* por lo que no parece extraño que siguiendo los criterios establecidos en el siglo II p. C. respecto al derecho de prenda, Trifonino en este caso considere que el *redemptor* sea preferente respecto al acreedor pignoratício inicial.

Con base en este análisis, creo que de este pasaje de Trifonino es posible extraer entre otras las siguientes consideraciones: 1. - Según mi hipótesis interpretativa del texto, creo que frente a lo que tradicionalmente ha considerado la romanística el contenido se puede aceptar como clásico, ya que el mismo responde a la regulación jurídica que el derecho de prenda tenía en la época de Trifonino; 2. - El esclavo sólo recuperaba su condición jurídica anterior después de que el *redemptor* hubiera recibido el precio de la redención; 3. - El texto no dice expresamente que el *redemptor* sea titular de un derecho de prenda que garantice el pago de la cantidad abonada al enemigo; sin embargo el hecho de que se afirme que el acreedor pignoratício que ofrece al redentor la cantidad de la redención tenía un derecho de prenda tanto respecto a la primera deuda como respecto a la cantidad por la que fue liberado y que él ha abonado al redentor, permite pensar que en opinión de Trifonino el redentor era titular de un derecho de prenda; 4. - No se puede determinar con exactitud si

(44) Ver *Dig* 42, 5, 24, 1 (Ulp, *Ed* 63); *Dig* 20, 2, 1 (Pap, *Resp* 10); *Dig* 12, 1, 25 (Ulp, *OffCons*) y *Dig* 42, 3, 1 (Ulp, *Ed* 17).

(45) Ver *Dig* 20, 4, 5 (Ulp, *Disp* 3).

este derecho vino o no recogido en la *constitutio de redemptis*; según mi hipótesis interpretativa de la misma, en ella se estableció posiblemente la posibilidad de que el *redemptor* retuviera al redimido hasta el pago del precio de la redención; tampoco se dice expresamente en el texto si dicha constitución había recogido el derecho de prenda del tercero que ofreciera al redentor el precio de la redención; según mi interpretación, fundamentada en el empleo del término *quadam*, cabe pensar que en la *constitutio* no se mencionó esta hipótesis. 5. - A este *ius pignoris* Trifonino le aplicó las normas habituales del derecho de prenda concebido como una institución de derecho real de garantía (*ius offerendi*), como se puede deducir de la parte final del texto.

§ 3. *Dig 49, 15, 19, 9 (Paul, Sab 16)*.

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 texto a analizar es de Paulo, en concreto de su comentario *ad Sabinum* ⁽⁴⁶⁾ e indica que en el supuesto de que el redentor de un cautivo cediera el derecho de prenda por una cantidad mayor, el redimido únicamente debía abonar al tercero la cantidad inicial, pudiendo el tercero dirigirse frente al redentor con la *actio empti*.

El pasaje comienza haciendo referencia a una compra de un cautivo al enemigo, siendo varios los elementos que en esta primera frase llaman la atención; así por ejemplo Romano ⁽⁴⁷⁾, seguido de Faiveley ⁽⁴⁸⁾, ha puesto de manifiesto la falta de complemento directo de *is qui emat* y la necesidad de introducir una referencia al mismo para dar sentido al texto por lo que pro-

(46) Sobre la problemática planteada por la transmisión de esta obra ver por ejemplo SCHULZ, [n 31] 212; WIEACKER, [n 31] 326-329 y 447, y C.A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, ANRW 15/2, 682.

(47) ROMANO, [n 5] 23.

(48) FAIVELEY, [n 9] 88.

ponen la siguiente reconstrucción: *Si is qui emat ab hostibus pluris alii redemptum vendiderit*. Pero esta crítica gramatical a mi entender no es determinante; es cierto que el verbo *emere* es transitivo, pero cabe pensar que en este texto en concreto, mediante la locución *is qui emat*, el jurista quiere referirse al comprador; en lugar de emplear el sustantivo *emptor* prefiere utilizar la perífrasis *is qui emat* (49), circunlocución que constituiría el sujeto de *cesscrit*. Según esta interpretación el comienzo del pasaje se puede aceptar plenamente como auténtico.

Y este comprador, que ha pagado por el cautivo un precio determinado, según el texto, cede a otro por un precio superior el derecho de prenda que tiene debido a la redención. Pero ¿se puede aceptar como auténtica esta afirmación? Pienso que sí ya que como se ha visto en el análisis del texto anterior, Trifonino reconocía al tercero acreedor pignoraticio que había comprado el esclavo redimido un derecho de prenda con motivo de la redención; en este sentido, el que Paulo indique que, con base en la redención, el redentor de un cautivo tenía un derecho de prenda pienso que en absoluto no es chocante. Sin embargo, el texto en su estado actual no ha sido admitido como auténtico prácticamente por ningún romanista; Pampaloni (50), por considerar que en el derecho clásico el redimido se encontraba respecto al *redemptor* en una relación de dependencia personal (*in mancipio*), sustituyó el término *pignoris* por el de *mancipii*; según él los justinianos eliminaron de las fuentes toda mención referente al *mancipium* para poner de manifiesto que la relación existente entre el redentor y el redimido era la de un *ius pignoris*. Romano (51) consideró la reconstrucción de Pampaloni como totalmente inverosímil desde una perspectiva clásica ya que un jurista de esa época jamás hubiera hablado de una cesión de un *ius mancipii*; por ello propuso la siguiente reconstrucción en este punto:

(49) GEORGES, [n 37] 2410 pone de manifiesto como por ejemplo en Seneca se podía encontrar una circunlocución semejante *ii qui emerant* para referirse a *die Käufer*.

(50) PAMPALONI, [n 4] 131.

(51) ROMANO, [n 5] 23.

[*pluris alii ius pignoris quod in redempto habet cesserit*] <*pluris alii redemptum vendiderit*>. Como se ve, esta reconstrucción supone rechazar la autenticidad del pasaje en lo relativo al derecho de prenda; Romano fundamentó el, según él, caracter justiniano de dicho derecho en: 1. - la inexistencia de una mención de *vinculum pignoris* en el título del Digesto relativo al *pignus*; 2. - La imposibilidad de hablar de un autentico derecho de prenda ya que: a) una persona libre no podía ser objeto de prenda; b) era imposible ejecutar el derecho de prenda y c) el deudor pignorante y la cosa pignorada eran un todo único ⁽⁵²⁾.

Krüger ⁽⁵³⁾, si bien consideró posible la reconstrucción propuesta por Romano, propuso otra: [*pluris alii ius pignoris quod in redempto habet cesserit*] <*pluris alii redemptum mancipio dederit vel in iure cesserit*>. Según su hipótesis interpretativa de la institución, el romano redimido pasaba a ser propiedad del *redemptor* hasta que se abonara el precio de la redención; por lo tanto, al igual que en la *fiducia*, la propiedad no era definitiva; como los compiladores eliminaron todas las referencias a la *fiducia*, modificaron también las fuentes introduciendo la referencia al *pignus* ya que la propiedad del redentor sobre el redimido era *quasi* fiduciaria.

Como se puede apreciar todas estas reconstrucciones coinciden en un punto: no aceptar la autenticidad del texto en lo referente al *ius pignoris* y considerar que dicha referencia es justiniana. Pienso sin embargo que esta idea puede ser rebatible ya que, en mi opinión, los argumentos en los que se fundamenta no justifican convenientemente el porqué de la interpolación. Como voy a intentar poner de manifiesto a lo largo del presente trabajo, el que el derecho de prenda mencionado en las fuentes en este caso no responda al concepto y funcionamiento del derecho de prenda en sentido estricto, no tiene necesariamente que signifi-

(52) Con posterioridad tanto FAIVELEY, [n 9] 87 como AMIRANTE, [n 12] 213 han estudiado el pasaje y han aceptado la reconstrucción de Romano por creer ambos que el derecho de prenda mencionado en el texto es justiniano.

(53) KRÜGER, [n 5] 208, 214.

car que dicha mención sea justiniana; es claro que desde una perspectiva contractual tanto en derecho clásico como en derecho justiniano en este supuesto es imposible hablar de un auténtico derecho de prenda. Si se acepta esta consideración, lo ilógico pienso que es suponer que los justinianos modificaron los textos: ¿debemos creerlos tan ignorantes como para introducir una institución que según los planteamientos de su época tampoco respondía a los principios por los que se regía el *pignus* como derecho real de garantía?; pienso que no. Por todo ello considero que el punto de partida al estudiar este *ius pignoris* del redentor debe ser otro: intentar comprender los textos en el estado en que se nos han transmitido y aceptar su clasicidad.

Pero esta cesión del derecho de prenda del redentor sobre el redimido plantea diferentes cuestiones ya que por ejemplo: ¿qué se quiere decir cuándo se afirma que el derecho de prenda ha sido cedido?; ¿cómo se ha producido esa cesión?. Pienso que de la última parte del texto se pueden deducir posibles respuestas a estas cuestiones: la causa de la cesión del *ius pignoris* parece que ha sido la compraventa del mismo y cabe pensar que el cedente (vendedor) ha otorgado un mandato (*iussum*) al cesionario (comprador) para obrar judicialmente contra el deudor (redimido) nombrándole *cognitor* o *procurator in rem suam* ⁽⁵⁴⁾. Si se acepta esta hipotética interpretación, cabe pensar que cuando en el texto se afirma que se ha cedido el derecho de prenda realmente lo que ha tenido lugar es una venta de ese derecho y no una venta del libre redimido como interpreta Amirante ⁽⁵⁵⁾.

Seguidamente se establece que el redimido debe restituir, se entiende al cesionario-comprador, no la cantidad que éste ha pagado por la compra del derecho de crédito, sino la cantidad inicial que el cedente-vendedor pagó al enemigo. Esta afirmación pienso que permite efectuar diferentes consideraciones; en primer lugar es interesante en cuanto que sirve para determinar la condición jurídica del cautivo tras la liberación; el hecho de

(54) Sobre la cesión de créditos en general ver KASER, [n 1] 652-655 con la bibliografía allí citada.

(55) AMIRANTE, [n 12] 54 n 98.

que sea el propio redimido el que abone el precio al comprador (cesionario) da pie a pensar que tiene la categoría de hombre libre; igualmente el hecho de que sea considerado el deudor de un crédito claramente induce a suponer que se le está tratando como hombre libre titular de una relación jurídica. En segundo lugar, el que la cantidad a pagar por el propio redimido se limite a la suma inicial que pagó el redentor tiene su razón de ser; hay que tener en cuenta que del hecho de la redención surge un « derecho de prenda » a favor del redentor por la cantidad de la redención no por más; si el redentor cede este derecho a un tercero (comprador-cesionario) lógicamente lo podrá ceder por la cuantía que él lo posee, no por más; si lo cede por más es lógico que tenga que responder⁽⁵⁶⁾. Por ello no debe extrañar que en la parte final del texto se establezca la posibilidad de que el comprador se dirija mediante la *actio empti* frente al vendedor para exigirle responsabilidad.

Con base en este análisis pienso que del texto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1. - Por lo que se refiere a la autenticidad del pasaje, en contra de lo que tradicionalmente ha manifestado la romanística que se ha ocupado del mismo, opino que se puede aceptar como clásico; 2. - Se establece la posibilidad de que el *redemptor*, titular de un derecho de prenda nacido de la redención del cautivo redimido, ceda a un tercero su derecho; 3. - La cesión de este derecho se ha realizado, según se deduce de la parte final del texto, mediante una compraventa en la que el tercero comprador ha actuado de cesionario y el *redemptor* de cedente; 4. - El redimido lógicamente tiene que devolver la cantidad abonada por su liberación, no una cantidad superior; 5. - Al realizarse la cesión, se presupone que el cedente ha establecido que el deudor debía la cantidad por él cobrada al cesionario-comprador; 6. - Caso de que la cantidad

(56) En *Dig* 18, 4, 5 (Paul, *Ed* 33) se indica que si al vender un crédito se hubiera declarado que el deudor lo era de una cantidad determinada, el vendedor estaba obligado por esa cantidad. Analizan estos textos con detenimiento D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes* (Köln-Graz 1962) 167-170; H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-Iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht* (München 1968) 112-113.

sea superior a la real, el cesionario puede exigir responsabilidad al cedente (*redemptor*) empleando para ello la acción derivada de la compraventa: la *actio empti*.

§ 4. *Dig 49, 15, 15 (Ulp, Sab 12)*.

Si patre redempto et ante luitionem defuncto filius post mortem eius redemptionis quantitatem offerat, dicendum est suum ei posse existere. Nisi forte quis suptilius dicat hunc dum moritur, quasi iure pignoris finito, nactum postliminium [et sine obligatione debiti obisse,] ut poterit suum habere. Quod non sine ratione dicitur.

Estamos ante el primero de los dos textos que pertenecientes al comentario de Ulpiano a Sabino ⁽⁵⁷⁾ mencionan el *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido. En el presente caso parece que el problema central está en determinar si, cuando muere el padre, para que el hijo adquiera la condición de *suus heres* es necesario que ofrezca la cantidad de la redención o no. Ante esta problema en el pasaje se recogen dos respuestas diferentes: en la primera parte se dice que el hijo adquirirá la condición de heredero de propio derecho si hubiera ofrecido la cantidad de la redención después de su muerte; en la segunda se cree innecesario el abono de dicha cantidad para que el hijo adquiera la condición de *heres suus* por considerar que a la muerte del *pater* se extingue el derecho de prenda.

El texto comienza haciendo referencia a la redención de un padre lo que plantea el problema inicial de determinar cual es el significado del término *redimere*; aunque en el pasaje no se diga expresamente, pienso que al igual que en la mayoría de los casos

(57) Sobre los problemas ocasionados por la transmisión de esta obra ver por ejemplo T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1982) 92-95; F. WIEACKER, *Fr. Vat. 75 und 76. Über Ulpian's Sabinuskommentar in der nachklassischen Zeit*, *St Arangio-Ruiz* 4 (Napoli 1953) 241-261; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, *Labeo* 10 (1964) 50-82 y 234-326; 446-447; H.J. WOLFF, *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpian's libri ad Sabinum*, *Fs Schulz* 2 (Weimar 1951) 145-171.

en que se habla de redención⁽⁵⁸⁾, se entiende que la misma se había producido cuando el *redemptor* abonaba un *pretium* por la liberación. Una vez redimido y ante la imposibilidad de pagar inmediatamente el precio al redentor, el redimido permanecía retenido y en esta situación se producía su muerte, planteándose el problema de establecer su situación jurídica en ese momento: ¿ha recuperado la condición anterior de libre, ciudadano romano, *paterfamilias* o por el contrario cabe pensar que como no se ha abonado al redentor el precio de la redención no la ha recuperado y por lo tanto su hijo no adquiere la condición de *heres suus*?⁽⁵⁹⁾.

Ante esta cuestión en el texto se recogen dos soluciones diferentes: la primera de ellas parece condicionar la adquisición de la condición de *heres suus* al ofrecimiento del precio de la redención; la segunda (*nisi - fine*) recoge el criterio contrario; esta contradicción y diversas consideraciones de tipo lingüístico (el carácter típicamente compilatorio de *nisi forte*; el bizantino de *dum moritur*; la imposible construcción de *sine obligatione debiti ut*) han conducido a la mayor parte de la romanística a considerar que esta segunda parte *nisi forte - fine* no es auténtica⁽⁶⁰⁾.

Sin embargo pienso que esta diversidad de criterios en las fuentes no debe conducir necesariamente a la aceptación de una parte y a la negación de la otra por considerarla interpolada; según mi interpretación del texto la divergencia existente

(58) Ver por ejemplo *Dig* 17, 1, 8, 5 (Pap, *Respon* 3); *Dig* 24, 3, 20 (Paul, *Sab* 7); *Dig* 24, 3, 21 (Ulp, *Disput* 3); *Dig* 43, 29, 3, 3 (Ulp, *Ed* 71); *Dig* 49, 15, 12, 7 (Tryph, *Disput* 4); *CJ* 8, 50, 2, pr (Gord) 241 p. C.; *CJ* 8, 50, 6 (Diocl-Max) 291 p. C.; *CJ* 8, 50, 7 (Diocl-Max) 291 p. C.; *CJ* 8, 50, 8 (Diocl-Max) 291 p. C.; *CJ* 8, 50, 17 (Diocl-Max) 294 p. C. y *CJ* 8, 50, 20, pr-1, 2 (Hon-Theod) 409 p. C.

(59) Sobre el concepto de *heres suus* ver KASER, [n 1] 714-715 con la bibliografía allí mencionada.

(60) PAMPALONI, [n 4] 133; E. ALBERTARIO, *Miszellen, Note esegetiche minime in materia de pegno*, ZSS 32 (1911) 350-353; F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, ZSS 41 (1920) 258 n 2; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia* (Roma 1925) 139 n 4; ROMANO, [n 5] 27-28; y AMIRANTE, [n 12] 47 e IDEM, [n 14] 212.

en el mismo puede servir para poner de manifiesto la confusión reinante en la jurisprudencia clásica tardía respecto a la condición jurídica del cautivo tras la redención. En la primera parte se considera que el *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido no se extingue sino es mediante el abono del precio al *redemptor*; en la segunda parte se mantiene justo la interpretación contraria: el hijo podría adquirir la condición de *heres suus* en el momento de la muerte del *pater* porque en dicho momento ha finalizado el derecho de prenda, ha nacido el postliminio y el redimido por lo tanto ha muerto sin la obligación de la deuda. Pienso que en pura lógica jurídica era posible mantener ambas afirmaciones; la de la primera parte presupone que el derecho de prenda del redentor, que incide en la condición jurídica del redimido, no se extingue hasta que se ofrezca el precio de la redención al redentor ⁽⁶¹⁾; la segunda al contrario supone una aplicación analógica al caso debatido de los principios tradicionales del derecho de prenda según los cuales el *ius pignoris* se extingüía, entre otros muchos supuestos ⁽⁶²⁾, cuando perecía el objeto gravado. El jurista presupone que al extinguirse el derecho de prenda se ha extinguido también la obligación de la deuda ⁽⁶³⁾.

Pero al margen de estas afirmaciones referentes al derecho de prenda, se dice en el pasaje que al morir el redimido sin abono del precio al redentor *nactum postliminium*. Esta afirmación plantea el problema de determinar el momento en que el redi-

(61) En este sentido puede ser ilustrativo *Dig* 43, 29, 3, 3 (Ulp. *Ed* 71) donde al hablar del interdicto *de homine libero exhibendo* se dice lo siguiente: *Si quis eum, quem ab hostibus redemit, retineat, in ea causa est, ut interdicto non teneatur: non enim dolo malo facit. Plane si offertur pretium, interdictum locum habet. Sed et si eum remisit pretio non accepto, dicendum est interdicto locum fore, si, posteaquam semel remisit, velit retinere*. Según esto, al ofrecer el redimido el precio que se pagó por la redención, procede el interdicto para poner fin a la retención del hombre libre que permanece en poder del redentor.

(62) Sobre la extinción del derecho de prenda ver KASER, [n 1] 468-469; M. KASER, *Römisches Privatrecht*¹³ (München 1983) 144 y P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. 2. Garanzie reali* (Padova 1963) 276-296.

(63) Pienso que el término *obligatio* en este caso no tiene la acepción de *pigneratio*, sino la de obligación. Sobre los posibles significados de dicho vocablo ver lo indicado en la nota 36.

mido recuperaba su condición jurídica anterior: ¿se le aplicaba el *postliminium* automáticamente o por el contrario la aplicación quedaba suspendida hasta el abono del pago del precio de la redención al redentor?. Como se sabe, éste ha sido un tema muy discutido entre la romanística; mientras Levy⁽⁶⁴⁾ consideró que la aplicación automática del *postliminium* quedó suspendida a partir de la *constitutio de redemptis*, Amirante⁽⁶⁵⁾, por el contrario, piensa que en época clásica las fuentes no permiten hablar de una suspensión en la aplicación del *postliminium* y sólo admite la misma a partir de la constitución de Honorio y Teodosio del año 409 p. C.⁽⁶⁶⁾. Sin pretender aquí dar una solución determinante al tema, que como indica Kaser⁽⁶⁷⁾ permanece aún sin estar convenientemente aclarado y merece ser fruto de una investigación propia, pienso que el presente texto, incluso en esta parte final, puede servir para mantener que en la época de Ulpiano la aplicación del *postliminium* no era automática, y por lo tanto el hijo no adquiría la condición de heredero en el momento de la *redemptio*, sino en el momento en que el derecho de prenda que existe a favor del redentor se extinguiera. Y la extinción de dicho derecho se producía según una tendencia interpretativa en el momento en que se abonaba el precio de la redención y según otra en el momento en que desaparecía el objeto gravado con la prenda, en este caso con la muerte del redimido.

La tercera afirmación que se hace en este parte final del pasaje es que el redimido ha muerto sin la obligación de la deuda. Según Romano⁽⁶⁸⁾ esta expresión *sine obligatione debiti* es justiniana ya que la *redemptio* no podía dar lugar a ningún vínculo obligacional. Pienso que en este punto la opinión de Romano debe ser aceptada; hay que reconocer que el *redemptor* no tiene a su disposición medio jurídico alguno que le permite dirigirse contra el redimido exigiéndole el cumplimiento, lo qual permi-

(64) LEVY, [n 10] 81-82.

(65) AMIRANTE, [n 12] 25-49; IDEM, [n 14] 186-204 e IDEM, [n 13] 1102 n 2.

(66) *CJ* 8, 50, 20 (Hon-Theod) 409 p. C.

(67) KASER, [n 1] 291 n 22.

(68) ROMANO, [n 5] 28.

tiría hablar propiamente de una *obligatio*. Por ello, la hipótesis del romanista italiano de considerar interpolada la expresión *sine obligatione debiti* la acepto como válida.

El texto finaliza indicando que todo lo dicho en esta segunda parte (*nisi forte*) no se dirá sin razón (*quod non sine ratione dicetur*). Según Albertoni ⁽⁶⁹⁾, esta frase final contrasta con el *dicendum est* inicial. En mi opinión este contraste se produce sólo en el caso de que se considere la primera parte auténtica y la segunda no. En el supuesto de que ambas partes se consideren clásicas no veo el porque hay que descartar la frase final. Por otra parte el que en este caso se emplee el futuro *dicetur* frente al *dicendum est* no es determinante ya que según Honoré ⁽⁷⁰⁾ ésta es una característica propia de los textos de Ulpiano.

Con base en este análisis considero que del texto es posible extraer entre otras las consideraciones siguientes: 1. - Frente a la postura tradicionalmente mantenida por la romanística considero, salvo en la frase: *et sine obligatione debiti obisse*, que el contenido del texto puede aceptarse como clásico; en mi opinión, el que el pasaje recoja dos soluciones diferentes a un mismo problema, no quiere decir necesariamente que una sea auténtica y la otra no, sino que también pueden servir para poner de manifiesto que la cuestión planteada era debatida entre la jurisprudencia y existían diferentes criterios de solución; 2. - Según la primera parte del pasaje el hijo del redimido adquiere la condición de *heres suus* sólo en el supuesto de que ofrezca al redentor el precio de la redención; 3. - En la segunda parte del texto en cambio se indica que el hijo adquirirá dicha condición sin abonar el precio, por presuponer, quien realiza esta interpretación, que el derecho de prenda del redentor finaliza al desaparecer el objeto gravado, en este caso el cautivo redimido; 4. - Por lo que se refiere a la aplicación o no del *postliminium* al cautivo liberado, pienso que el texto no plantea contradicciones ya que según mi interpretación del mismo, la aplicación del postliminio queda condicionada a la extinción del derecho de prenda; en el

(69) ALBERTONI, [D 6] 351.

(70) HONORÉ, [D 57] 82.

primer caso dicha extinción se produce mediante pago de la deuda; en el segundo mediante la desaparición del objeto gravado.

§ 5. *Dig 30, 43, 3 (Ulp, Sab 21)*.

Qui ab hostibus redemptus est legari sibi poterit, et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit qui redemit.

El pasaje pertenece al comentario *ad Sabinum* de Ulpiano y establece que el legado realizado por el *redemptor* a favor del redimido le servirá para liberarse del vínculo de prenda.

Lo primero que llama la atención en el texto es la posibilidad que el mismo recoge de que el *captivus redemptus* sea simultáneamente el objeto del legado y el legatario⁽⁷¹⁾. Este hecho y el presuponer que el redimido tras la liberación recupera la condición jurídica anterior, libre (por lo tanto no puede ser objeto de un legado⁽⁷²⁾) ha conducido a que por ejemplo Pampaloni⁽⁷³⁾ considerara que *sibi - in fine* estaba interpolado y sólo admitiera la autenticidad de la frase inicial: *qui ab hostibus redemptus est legari*. Sin embargo la postura de Pampaloni pienso que puede ser criticada; su admisión de la autenticidad de la primera parte del texto supone vaciar al mismo de contenido; por ello opino que el contenido actual del pasaje puede ser admitido como auténtico y sirve para poner de manifiesto la peculiaridad de la situación jurídica del cautivo redimido. Teóricamente tras la liberación era un hombre libre en cuanto que como se ha visto en *Dig 49, 15, 19, 9 (Paul, Sab 16)*⁽⁷⁴⁾ actuaba de deudor en una cesión de créditos y él mismo era el que se liberaba del vínculo de prenda abonando la cantidad al cesionario. Pero al mismo tiempo el derecho de prenda que el redentor o un tercero tenían sobre él

(71) ROMANO, [n 5] 29.

(72) En este sentido al menos se pronuncian G. GROSSO, *I legati* 1 (Torino 1953) 296; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fidecommissi secondo il diritto romano* (Milano 1889 = Roma 1976) 233.

(73) PAMPALONI, [n 4] 136.

(74) Ver el análisis de esto texto en el § 3.

podía ser objeto de determinados negocios como por ejemplo la cesión realizada mediante compraventa. En este contexto pienso que la afirmación recogida en el texto no debe resultar extraña: por una parte en cuanto hombre libre podía ser claramente legatario; por otra el redentor en cuanto titular de un *vinculum pignoris* podía poner fin al mismo legándolo al redimido.

Por todo ello y admitiendo que la interpretación que hago responde a la idea de que el cautivo podía estar gravado con un *vinculum pignoris* (75) considero que: 1. - El contenido del texto es auténtico; 2. - Cuando en el mismo se afirma que el redimido puede ser el objeto del legado hay que entender que el jurista se está refiriendo no a la propia persona del redimido sino al vínculo de prenda que el *redemptor* tenía sobre él; 3. - Creo que este contenido se puede admitir como válido ya que está en consonancia con lo expuesto en otras fuentes existentes sobre el tema y sirve para poner de manifiesto la peculiaridad en que se encontraba el redimido tras su liberación.

§ 6. *Dig 49, 15, 21, pr (Ulp, Opin 5)*.

Si quis ingenuam ab hostibus redemptam eo animo secum habuerit, ut ea susciperet liberos, et postea ea se natum sub titulo naturalis filii cum matre manumiserit: ignorantia mariti eiusdemque patris neque statui eorum, quos manumisisse visus est, officere debet, et exinde intellegi oportet remissum matri pignoris vinculum, ea quo de ea suscipere liberos optaverat: ideoque eam, quae postliminio reversa erat libera et ingenua, ingenuum peperisse constat. Quod si publice praeda virtute militum reciperata nulli pretium matris pater numeraverit, protinus postliminio reversa non cum domino, sed cum marito fuisse declaratur.

El texto procede de los *libri opinionum* 6 de Ulpiano (76).

(75) AMIRANTE, [u 12] 51 n 81 indica que las diferentes lecturas que ha recibido el texto por parte de la romanística están en función de la idea que cada uno se ha hecho de la condición jurídica del *redemptus*.

(76) Como se sabe, la autenticidad de las *Opiniones* ha sido muy debatida. Tradicionalmente (por ejemplo G. ROTONDI, *I Libri opinionum di*

Según la reconstrucción palingenésica de Lenel⁽⁷⁷⁾ el pasaje estaba situado bajo la rúbrica *Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituantur*, sin que, como ha indicado Santalucía⁽⁷⁸⁾, se vea claramente el motivo que indujo a Lenel a tal sistematización.

El pasaje recoge en su primera parte el siguiente supuesto: el vínculo de prenda del redentor sobre la cautiva redimida, libre de nacimiento, desaparece desde el momento en que el redentor hubiera optado por tener hijos con ella; si el padre-redentor manumite tanto al hijo tenido con la redimida como a ella misma, según el texto la ignorancia del marido no debe perjudicar su condición de ingenuos. En la parte final se hace referencia a un supuesto diferente: caso de que la redención se haya producido *virtute militum* la redimida regresa inmediatamente en virtud del *postliminium*.

El texto comienza indicando los siguientes hechos: una mujer que ha tenido antes de la captura por el enemigo la condición de *ingenua*, es decir que ha sido libre de nacimiento⁽⁷⁹⁾, es redimida del enemigo. Se dice en el texto que el redentor, no se sabe

Ulpiano e le Sententiae di Paolo, ScrGiur 1 (Pavía 1922), 453-455; M. AMELLOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano* (Milano 1969) 144; AMIRANTE, [n 12] 50) han considerado a la obra post-clásica; B. SANTALUCIA, *I libri opinionum di Ulpiano* 2 Vol (Milano 1971) se ha pronunciado por su autenticidad. F. WIEACKER, *I libri opinionum (di Ulpiano?)*, Labeo 19 (1973) 196-204 y D. LIEBS, *Ulpiani Opinionum libri VI*, Tijds 41 (1973) 279-310 se han manifestado en contra de la tesis de SANTALUCIA. LIEBS, 280-294 fecha la obra entre el 325 y el 331 p. C. y WIEACKER, 203-204 considera que guarda relación con las sentencias de Paulo y el epitome de Hermogeniano correspondiendo el estilo a la época postdiocleciana. Recientemente HONORÉ, [n 57] 120-128 (en especial en la página 126) se ha pronunciado igualmente en contra de la tesis de SANTALUCIA; en su opinión el estilo no concuerda ni con el de Ulpiano u otro jurista clásico ni con el de los rescriptos del siglo III p. C. en general, si bien es cierto que los rescriptos de dicho siglo son una importante fuente de opiniones.

(77) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* 2 (Leipzig 1889 = Graz 1960) 1010; nr 2343.

(78) SANTALUCIA, [n 76] 212 n 20.

(79) Sobre el concepto de *ingenuus* ver KASER, [n 1] 118.

sí desde antes de la liberación o una vez efectuada la misma, había tenido intención de tener hijos con ella. En cualquier caso, del pasaje se deduce que el *redemptor* y la redimida han convivido y de dicha relación ha surgido un hijo. Estos hechos plantean diversas cuestiones: a) ¿qué tipo de relación jurídica existía entre el *redemptor* y la mujer?; ¿qué condición jurídica tenía el hijo nacido de dicha relación?. La lectura del pasaje pone de manifiesto como estas preguntas tuvieron dos respuestas diferentes: una de hecho y otra de derecho; por lo que se refiere a la primera perspectiva, parece que el redentor considera a la redimida y a los hijos habidos de ella como esclavos ya que sino no tiene mucho sentido la referencia que en el pasaje se hace a la manumisión. Y esta diferencia social existente en opinión del *redemptor* impide que entre él y la redimida se establezca una relación matrimonial⁽⁸⁰⁾. Posiblemente opina que entre ellos existe una relación de concubinato⁽⁸¹⁾ y que el hijo nacido de dicha relación no es un hijo legítimo⁽⁸²⁾ sino que pertenece a la categoría de los naturales⁽⁸³⁾. Pero como permite deducir el

(80) Sobre la imposibilidad de que los esclavos contraigan matrimonios válidos de cara al ordenamiento jurídico romano ver KASER, [n 1] 315 n 37 e IDEM, *Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen* 2^o (München 1975) 164 con la abundante bibliografía citada en la nota 18.

(81) Sobre el concubinato ver entre otras las siguientes referencias: E. COSTA, *Il Concubinato in Roma*, BIDR 11 (1898) 233-243; R. LEONHARD, *Concubinatus*, PWRE 4 (1900) 835-838; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano 1940); R. DANIELI, *Sul concubinato in diritto giustiniano*, StArangio-Ruiz 3 (Napoli 1953) 175-179; E. VOLTERRA, *Concubinatus*, NNDI 3, 1052-1053; O. ROBLED A, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) 109-110 y 275-283; C. ST. TOMULESCU, *Justinien et le concubinat*, StG. Scherillo 1 (Milano 1972) 299-326.

(82) Sobre el significado de *liberi* o *fili legitimi* ver E. VOLTERRA, *Filiazione (diritto romano)*, NNDI 7, 308.

(83) Sobre el significado del término *naturalis*, como opuesto a hijo adoptivo o legítimo, en la época clásica ver A. STEINWENTER, *Naturales liberi*, PWRE 16/2 (1935) 1810; H. IDRIS BELL, *A latin registration of birth*, JRStud 27 (1937) 33; F. SCHULZ, *Roman registers of birth and birth certificates*, JRStud 33 (1943) 61 n 62; y sobre todo H.J. WOLFF, *The background of the postclassical legislation on illegitimacy*, Seminar 3,

texto, desde el punto de vista jurídico la situación existente era otra; el *redemptor* había incurrido en una *ignorantia iuris* ⁽⁸⁴⁾ al considerar que la redimida adquiriría la condición de esclava y por ello la manumisión que había efectuado tanto de la redimida como del hijo era sólo aparente. Y esto era así porque el vínculo de prenda que el redentor tenía sobre la redimida, desde el momento en que él había decidido tener hijos con ella, se había extinguido. Esta afirmación del texto es interesante en cuanto que permite confirmar la idea que acerca de la situación jurídica del redimido se deducía de Dig 49, 15, 15 (Ulp, *Sab* 12) ⁽⁸⁵⁾: hasta el momento en que el *ius pignoris* del redentor (que en este caso al igual que en todas las constituciones imperiales de la época de Diocleciano que tratan del tema recibe el nombre de *vinculum pignoris*) sobre la persona del redimido se extinga, el cautivo liberado no recupera su situación jurídica anterior. Y en este caso según el texto el vínculo de prenda del redentor sobre la madre, *intellegi oportet remissum*; la pregunta que esta afirmación plantea es obvia: ¿se había producido realmente dicha remisión?. Tal como está redactado el texto no se hace mención alguna al *pactum de non petendo* ⁽⁸⁶⁾ que supondría la extinción del *vinculum pignoris* por condonación, por lo que se puede suponer que, con la expresión *intellegi oportet remissum* se está presuponiendo que, desde el momento en que el redentor había decidido tener hijos con la redimida, se había extinguido el derecho de prenda por condonación aunque de hecho no se sabe si se había realizado expresamente dicha condonación ⁽⁸⁷⁾.

21-45. Sobre la nueva acepción que el término adquiere en la época post-clásica: hijo nacido de una unión permitida de concubinato ver STEINWENTER, 1811; VOLTERRA, [n 82] 309; TOMULESCU, [n 81] 303 n 14 y 304 n 15 y WOLFF, 37 y ss.

(84) Sobre el concepto de *ignorantia iuris* ver KASER, [n 1] 242 con la bibliografía citada en la nota 60 a la que cabe añadir H. KOCH, *Bereicherung und Irrtum* (Berlín 1973) especialmente las páginas 103-106 dedicadas al derecho romano.

(85) Ver el análisis de este texto en el § 4.

(86) Sobre la *remissio pignoris* ver FREZZA, [n 62] 288-296.

(87) Sobre la diferencia entre ficción jurídica y presunción ver A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁵ (Pamplona 1983) 125-127; 174; E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians* (Köln-Graz 1965) 125 expone la diferencia

Seguidamente el pasaje recoge la consecuencia de esta afirmación: el hijo es ingenuo ya que la madre había recuperado mediante el postliminio su condición originaria de libre e ingenua y por lo tanto la relación existente entre ella y el redentor, desde el punto de vista jurídico, debe calificarse de matrimonio. Hay que tener en cuenta que el derecho de prenda que surge a favor del redentor con motivo de la redención impide la aplicación automática del postliminio; para que la redimida recupere su condición jurídica anterior es necesario que dicho derecho de prenda se extinga; y en este caso la extinción según se deduce del texto se presume que ha tenido lugar por condonación, por lo que sólo a partir de ese momento ha entrado en funcionamiento el *postliminium*.

Esta interpretación supone aceptar el contenido del pasaje, hipótesis interpretativa rechazada prácticamente por toda la romanística. Pampaloni⁽⁸⁸⁾, como en todos los supuestos en que se habla de un *ius pignoris* del redentor sobre la persona del redimido, no admite la autenticidad; considera que Triboniano modificó la referencia según él existente (*ius mancipii*) por la del *ius pignoris*; Romano⁽⁸⁹⁾, que siguió a Pampaloni por suponer que en el derecho clásico jamás se hubiera podido hablar en este caso de un derecho de prenda, aceptó el contenido del texto salvo las referencias existentes al *pignoris vinculum* y al *postliminio reversa*, que según él eran modificaciones introducidas por Triboniano; según Ratti⁽⁹⁰⁾ que no expone el porqué de su hipótesis, la explicación referente al postliminio: *ideoque constat* es justiniana; Faiveley⁽⁹¹⁾ no admitió tampoco el texto en el estado en que ha llegado a nosotros a través del Digesto y en el mismo substituyó *mariti* por *domini* y rechazó *statui eorum - peperisse constat* por considerar que en la época clásica

entre la ficción y la *praesumptio iuris et de iure*; en la ficción es necesario la irrealidad del supuesto de hecho fingido mientras que en la presunción no.

(88) PAMPALONI, [n 4] 134.

(89) ROMANO, [n 5] 23-29.

(90) U. RATTI, *Studi sulla captivitas. 1. Libertà e cittadinanza*, RISG 1 (1926) 20 n 29 = *Studi sulla captivitas* (Napoli 1980) 20 n 29.

(91) FAIVELEY, [n 9] 23-26.

la voluntad del *redemptor* no era suficiente para liberar a la *redempta*; en su opinión fueron los compiladores los que modificaron el texto; sin embargo admitió la autenticidad de la parte final: *quod - declaratur*, ya que su contenido coincidía con el de CJ 8, 50, 5⁽⁹²⁾ y CJ 8, 50, 12⁽⁹³⁾.

Por mi parte pienso que el contenido del texto responde a la problemática de la institución en su época; sabemos por los pasajes que se han analizado anteriormente que el redentor tenía sobre la persona del redimido un *ius pignoris*; la existencia de este *ius pignoris*, que tanto en el anterior pasaje como en este es calificado como *vinculum pignoris*, impide la aplicación del postliminio y por lo tanto la recuperación plena y total de la situación jurídica anterior por parte de la persona redimida; en este caso concreto se afirma que la convivencia del redentor con la redimida con ánimo de tener hijos se puede interpretar como condonación del *vinculum pignoris*. Con base en esta interpretación cabe pensar que a partir de ese momento, al extinguirse el vínculo de prenda, la redimida ha recuperado su situación jurídica anterior mediante el postliminio. En este sentido creo que el contenido del pasaje (recuperación de la situación jurídica primitiva del redimido; entrada en funcionamiento del postliminio) responde plenamente a la problemática planteada por el *ius pignoris* en esta época.

Seguidamente el texto cambia de supuesto, indicando que si la mujer ha sido recuperada *virtute militum* y el padre no hubiera abonado precio alguno, al haber regresado directamente en virtud del postliminio, no había tenido al liberador como dueño sino como señor.

(92) CJ 8, 50, 5 (*Diocletianus et Maximianus AA Ursae*) 290 p. C.: *Cum non redemptum ab hostibus filium tuum, sed sine ullo contractu traditum a barbaris praefecto legionis dicas, postliminii ius locum habuit et ilico ingenuitati suae reddi cum praeses provinciae iubebit.*

(93) CJ 8, 50, 12 (*Diocletianus et Maximianus AA et CC Quintianae*) 293 p. C.: *Ab hostibus capti et non commercio redempti, sed virtute militum nostrorum liberati ilico statum, quem captivitatis casu amiserant, recipiunt: servi autem dominis suis restituentur: receptos enim eos, non captos iudicare debemus, et militem nostrum defensorem eorum decet esse, non dominum.*

El contenido de esta parte del pasaje coincide plenamente con el de dos constituciones imperiales de la época de Diocleciano: CJ 8, 50, 5 (290 p. C.) y CJ 8, 50, 12 (293 p. C.)⁽⁹⁴⁾. En los tres textos se contraponen dos formas diferentes de liberación del cautivo del enemigo; en el pasaje que ahora analizo de Ulpiano se dice que la cautiva ha sido *reciperata* sin que el padre de los hijos haya pagado el precio de la liberación; en la constitución del año 290 p. C. (CJ 8, 50, 5) se dice que un hijo no ha sido redimido sino que ha sido entregado por los bárbaros al prefecto de la legión sin contrato alguno; en CJ 8, 50, 12 se habla de los que han sido *liberati virtute militum nostrorum* y *non commercio redempti*. Si se observan los textos se aprecia que para la liberación efectuada *virtute militum*⁽⁹⁵⁾, por nacer no del abono de un precio al enemigo, sino por ser fruto de la actividad bélica de los romanos que consiguen como botín de guerra la liberación de los cautivos del enemigo, no da lugar a una *redemptio ab hostibus* con *ius pignoris* a favor del redentor sobre la persona del redimido.

En el caso concreto que ahora analizo esta idea se cumple plenamente; como no se ha abonado precio alguno, no ha surgido *ius pignoris* alguno que impida la aplicación del *postliminium* hasta su extinción; en este caso de liberación *virtute militum* el postliminio se aplica *protinus* y por lo tanto la persona liberada recupera automáticamente la situación jurídica anterior que en este caso, como se ha indicado al principio era la de ingenua. En estas circunstancias, ser ambos (el soldado redentor y la liberada) ciudadanos romanos no debe extrañar el que el pasaje finalice indicando que la mujer liberada no había tenido al soldado liberador como dueño sino como marido; por lo tanto

(94) Ver notas 92 y 93.

(95) Sobre los posibles y múltiples significados del término *virtus* ver: HEUMANN-SECKEL, [n 35] 629; GEORGES, [n 35] 3514-3515; L. CURTIUS, *Virtus und constantia* en H. OPPERMANN (ed), *Römische Wertbegriffe* (Darmstadt 1967) 370-375 y K. BÜCHNER, *Altrömische und horazische Virtus* en H. OPPERMANN (ed), *Römische Wertbegriffe* (Darmstadt 1967) 376-401; M. MESLIN, *L'homme romain des origines au I^{er} siècle de notre ère. Essai d'anthropologie* (Hachette 1978) 107-109.

la relación existente entre ellos desde un punto de vista jurídico debe calificarse como matrimonio.

Con base en este análisis, pienso que del texto es posible extraer entre otras las siguientes conclusiones: 1. - Frente a lo que tradicionalmente ha mantenido la romanística, considero que el contenido del texto responde a la problemática planteada por la institución del cautiverio de guerra a lo largo del siglo III p. C. como otros textos de esta época permiten deducir; 2. - El texto recoge dos supuestos diferentes; en el primero de ellos se plantea el problema de determinar la situación jurídica existente entre el *redemptor* y la redimida si el primero ha pagado un precio por la redención; la existencia de un *vinculum pignoris* a favor del redentor ¿permite pensar en un matrimonio o en un concubinato entre ambos?; por otra parte ¿cuál es la condición jurídica de los hijos nacidos de esa relación?. Estas cuestiones reciben dos respuestas contrapuestas: una a nivel fáctico y otra a nivel jurídico; desde el punto de vista fáctico, los redimidos y su hijo son considerados como esclavos; sin embargo desde el punto de vista del derecho ambos son ciudadanos romanos ya que se presupone que desde el momento en que el redentor ha deseado tener hijos con la redimida ha condonado el derecho de prenda que él tenía sobre ella; al extinguirse el *ius pignoris* por condonación la redimida recupera en virtud del postliminio su situación jurídica anterior y por lo tanto la unión existente entre ella y el *redemptor* desde el punto de vista jurídico es un matrimonio y no un concubinato como de hecho creía el redentor; 3. - En el segundo supuesto recogido por el texto, por no haber existido *redemptio* en sentido estricto, ya que no ha habido pago de precio alguno, el soldado que convive con la mujer a la que ha liberado *virtute militum*, desde el primer momento adquiere la condición de marido ya que ella al haber recuperado inmediatamente mediante el *ius postliminii* su situación jurídica originaria ha pasado a ser ingenua.

§ 7 CJ 8, 50, 2, pr-1 (*Gordianus A. Publiciano*) 241 p. C.

Ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, in causam pignoris constituti quam in servilem condicionem vi-

dentur esse detrusi: et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est. 1. Proinde si ab hostibus redemptam post dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum in matrimonio habere coepisti, nihil est, quod de statu eius seu liberorum communium debeas pertimescere.

El texto está fechado en el año 241 p. C. y es un rescripto⁽⁹⁶⁾ del emperador *M. Antoninus Gordianus*. La respuesta, que está dirigida a Publiciano, tiene dos párrafos; al comienzo se expone la consideración jurídica general que merece el cautivo redimido de los enemigos: está sometido más a una *pignoris causa* que a una condición servil. En el párrafo primero se concreto el supuesto indicando que no tiene porqué temer respecto a la condición jurídica de la mujer redimida del enemigo si es que la comenzó a tener en matrimonio después de disuelto el vínculo de prenda natural. Igualmente tampoco debe temer por la condición jurídica de los hijos nacidos de esa unión.

Antes de pasar a analizar el contenido del rescripto, pienso que puede ser interesante, con base en el estado actual del texto, suponer la cuestión o cuestiones que se consultaron al emperador; Publiciano, posiblemente se dirige a la autoridad imperial movido por un interés práctico; quiere saber el *status* en que se encuentran su mujer y los hijos; ahora bien, para dar respuesta a esta cuestión previamente se debe dar respuesta a otras cuestiones: ¿cuál era la condición jurídica en la que se encontraba el redimido después de la liberación del enemigo y hasta que abonara el precio del rescate?; ¿en qué momento recuperaba la

(96) Sobre los problemas ocasionados por la transmisión de los rescriptos imperiales ver por ejemplo: H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Reskripte*, ZSS 69 (1952) 128-153, en especial las páginas 149-150, donde pone de manifiesto el fuerte movimiento que a lo largo del siglo II p. C. se desarrolló a favor de la compilación de las constituciones y la hipotética forma en que dicha compilación se pudo producir. Igualmente E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, Atti II Congr. int. Soc. ital. stor. dir. Venezia 1967 (Firenze 1971) 821-1097, en especial las páginas 1001-1027, donde indica las posibles reducciones que pudieron sufrir las constituciones de esta época.

condición jurídica originaria?. Por ésto no debe extrañar la estructura del rescripto; en el *principium* se da respuesta a las premisas y en el párrafo primero se da solución al problema planteado por el consultante.

El texto comienza indicando que los redimidos hasta que se pague el precio de la redención se considera que están sometidos más a un derecho de prenda que a una condición servil. La referencia a la existencia de un precio creo que es interesante y que sirve para confirmar la hipótesis mantenida en el análisis del texto anteriormente estudiado Dig 49, 15, 21, pr: para hablar de una *redemptio ab hostibus* es necesario que el redentor haya abonado un precio al enemigo; cuando el cautivo obtiene la libertad sin pago de precio, se podrá hablar de liberación, de recuperación de su situación jurídica anterior etc, pero no de redención.

Y esta redención, como se ha visto a lo largo del análisis efectuado de todos los textos estudiados hasta ahora, daba lugar a una situación que las fuentes califican de *ius pignoris*, *vinculum pignoris* o *pignoris causam* como en este caso. El problema que dicha situación planteaba, según se deduce tanto del texto de Ulpiano Dig 49, 15, 21, pr anteriormente estudiado como de éste, era el determinar con exactitud la condición jurídica de las personas sometidas a la misma; Publiciano, según se deduce de la respuesta recogida en el rescripto, parece creer que los redimidos hasta que se abone el precio de la redención están sometidos a condición servil. Sin embargo la respuesta imperial indica que desde el punto de vista jurídico esta afirmación es incierta; el redimido está sometido a una *causam pignoris* ⁽⁹⁷⁾.

Esta primera parte del pasaje finaliza indicando que evidentemente ⁽⁹⁸⁾ los redimidos son restituidos en su condición originaria si mediara donación del dinero gastado en la redención. En el texto no se dice nada acerca de la forma en que dicha donación se pudo efectuar, pero que, como se sabe, en el derecho clásico

(97) Respecto a esta locución, creo interesante poner de manifiesto que la misma sólo aparece en el texto de Trifonino Dig 49, 15, 12, 12 (§ 2).

(98) Sobre el posible significado del término *manifestus ver* HEUMANN-SECKEL, [n 35] 332.

exigía un negocio idóneo⁽⁹⁹⁾. En este caso se puede suponer que quizás existió un *pactum de non petendo*, si bien, hay que tener en cuenta que, en sentido estricto, no existía una auténtica deuda ya que el redentor no tenía a su disposición acción alguna para reclamar al redimido la devolución de la cantidad pagada por la liberación. Pero también cabe pensar que pese a que en el texto se hable de una donación, la misma efectivamente no se produjo, si bien el emperador está presuponiendo su existencia como base de la condonación del vínculo de prenda. En cualquier caso, estemos ante una donación real o fingida, la consecuencia inmediata es que da lugar a una condonación del vínculo de prenda, lo que permite la entrada automática del *postliminium* y la adquisición por parte del redimido de la condición jurídica anterior.

Y esta afirmación, al margen del interés que presenta respecto al funcionamiento del postliminio en los supuestos de redención del cautivo mediante el pago del precio, es útil en cuanto que permite hacerse una idea de la peculiar situación jurídica del redimido tras la liberación; desde el momento en que es considerado sujeto pasivo de una donación, se le está reconociendo una cierta titularidad jurídica aunque de hecho no recupere la misma hasta la entrada en acción del postliminio, lo cual sólo ocurre cuando se extingue el derecho de prenda.

Pero esta interpretación supone aceptar como auténtico el contenido del texto, lo cual es contrario a la postura tradicionalmente mantenida por la romanística; como tantas otras veces Pampaloni⁽¹⁰⁰⁾ considera la versión actual del texto como justiniana y sustituye la mención existente al *ius pignoris* por la

(99) Sobre el funcionamiento de la donación en el derecho clásico ver KASER, [n 1] 601-604 con la bibliografía allí citada; sobre las características que adquiere en el derecho postclásico ver KASER, [n 80] 394-400 con la amplia bibliografía allí mencionada.

(100) PAMPALONI, [n 4] 134 n 40 reconstruye el texto de la siguiente forma: *Ab hostibus redempti, [quoad exsolvatur pretium] <quoad manumittantur> in causam [pignoris Trib.] <mancipii> constituti quam in servilem condicionem videntur esse detrusi: et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinae conditioni eos reddi manifestum est.*

in mancipio; para Albertoni⁽¹⁰¹⁾ el texto tampoco se podía aceptar como auténtico ya que según él la simple remisión sin formalidad alguna y la extinción del vínculo por oferta del precio incluso contra la voluntad del deudor se efectuó sólo a partir de una reforma de Diocleciano; Romano⁽¹⁰²⁾ criticó, a mi entender acertadamente, la reconstrucción de Pampaloni en lo referente a la relación de dependencia personal en que se encontraba en su opinión el redimido (*in mancipio*). Indicó como dicha reconstrucción, al poner de manifiesto la diferencia entre personas *in servili condicione* y personas *in mancipio* ponía en contradicción el contenido del texto con el contenido de Gai, *Inst.* 1, 123⁽¹⁰³⁾ donde se establece claramente que las personas *in mancipio dati* son personas *in servili condicione*. Por todo ello reconstruyó el texto de la siguiente forma: *Ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, in servilem condicionem videntur esse detrusi*. Como es evidente esta reconstrucción omite toda referencia al *ius pignoris* por considerar, como he indicado ya anteriormente, que en el derecho clásico jamás se hubiera podido hablar de dicha institución.

Faiveley⁽¹⁰⁴⁾, que siguió a Pampaloni en lo referente al derecho de prenda y que por lo tanto consideró la institución como justi-

(101) ALBERTONI, [n 6] 43-44 sugirió la siguiente reconstrucción: *Ab hostibus redempti [quoad exsolvatur pretium] magis in causam [pignoris] constituti quam in servilem condicionem videntur esse detrusi: [et ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat pristinae condicioni eos reddi manifestum est]*.

(102) ROMANO, [n 5] 20-21.

(103) Gai, *Inst.* 1, 123: *Quidem quae coemptionem faceret, non redigitur in servilem condicionem, at ex diverso(?) a parentibus et a coemptionatoribus mancipati mancipataeque servorum loco constituuntur, adeo quidem ut ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditates neque legata aliter capere possunt, quam <si> simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona servorum. Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione.*

(104) FAIVELEY, [n 9] 74-77 sugirió la siguiente reconstrucción: *Ab hostibus redempti, quoad [exsolvatur pretium] <manumittantur> [in causam pignoris constituti quam] in servilem condicionem videntur esse detrusi.*

niana, no aceptó al igual que Romano, lo referente a la situación *in mancipio* de los redimidos.

Para Amirante ⁽¹⁰⁵⁾ la primera parte del texto puede aceptarse como auténtica y en su opinión en la misma sólo es lícito dudar de la expresión *in causam pignoris constituti* debido a que como se sabe en este punto Amirante siguió el criterio inicial mantenido por Pampaloni.

En mi opinión el contenido de esta primera parte del rescripto es auténtico; es cierto, como ha indicado Romano ⁽¹⁰⁶⁾, que gramaticalmente sería más adecuada la introducción de un *potius* en relación con el *quam* para que la construcción de la comparación fuera más correcta ⁽¹⁰⁷⁾; igualmente cabe pensar que, aunque el texto habla de una *donatio*, con la misma se quiere aludir a la remisión del precio de la redención por parte del propio redentor, lo cual quizás se hubiera podido formular de una forma más clara; sin embargo, creo que estos indicios no son suficientes para dudar del contenido del pasaje ya que responde perfectamente a la problemática planteada por la institución del cautiverio en esta época: el vínculo de prenda nacido a favor del redentor en el caso de que haya abonado un precio al enemigo, en el momento en que se extingue, en este caso por condonación, permite que el redimido recupere en virtud del postliminio su situación jurídica anterior.

Una vez expuestas en la primera parte del rescripto las soluciones dadas a las cuestiones previas, en el párrafo primero del texto se da respuesta al problema central planteado por el consultante y en mi opinión redentor: ¿cuál es la condición jurídica de la redimida y de los hijos tenidos de ella después de haberse extinguido el derecho de prenda?. Como se ha visto en el análisis del texto de Ulpiano (Dig 49, 15, 21, pr) esta cuestión parece que fue relativamente frecuente, lo cual sirve para poner de

(105) AMIRANTE, [n 12] 176 e IDEM, [n 14] 231-232.

(106) ROMANO, [n 5] 21.

(107) AMIRANTE, [n 12] 176 e IDEM, [n 14] 232, sin embargo pone de manifiesto como la construcción que aparece en el texto tampoco fué desconocida para los clásicos.

manifiesto la peculiar situación jurídica en que se encontraba una persona que hubiera sido redimida del enemigo a cambio de un precio; Publiciano, como permite deducir el empleo del término *pertimescere* ⁽¹⁰⁸⁾, parece tener serias dudas sobre la condición jurídica de la redimida y de los hijos habidos de ella; posiblemente no sabe que lo que él califica de donación del precio se puede entender como condonación del vínculo de prenda y por lo tanto desconoce que a partir de ese momento la redimida ha recuperado su condición jurídica anterior; casi seguro que cree, al igual que en el caso estudiado en el texto anterior, que la redimida hasta que no le pague el precio de la redención es de condición servil. Sin embargo ante todas estas dudas la contestación que se da en el rescripto es muy clara: una vez extinguido el vínculo de prenda no hay nada que le deba hacer temer sobre la condición jurídica tanto de la redimida como de los hijos habidos de ella. Pero en esta respuesta, pienso que hay un elemento que debe ser puesto de manifiesto: se trata en concreto de la locución *veluti naturalis pignoris vinculum*; llama la atención que de todas las veces que en las fuentes se emplea la expresión *pignoris vinculum* para referirse a la relación que surge entre el redentor y el redimido debido al pago del precio al enemigo ⁽¹⁰⁹⁾, en ninguna de ellas se le califica de *naturalis*. Pero ¿qué significado tiene el calificativo *naturalis*? Pienso que en el presente caso el adjetivo se puede interpretar de dos formas diferentes y al mismo tiempo complementarias; por una parte, al hablar de un *naturalis pignoris vinculum* se puede estar pensando, por oposición a un *civilis pignoris vinculum*, en un vínculo de prenda que tiene la apariencia de tal, que produce determinados efectos pero que carece de protección jurídica, de acción; según esta interpretación el término *naturalis* en este caso tendría el sentido de *obligatio naturalis* ⁽¹¹⁰⁾. Pero al margen de esta interpretación, pienso que la locución *naturalis pignoris*

(108) Según HEUMANN-SECKEL, [n 35] 426 el verbo se empleó poco; sólo en *CJ* 2, 11, 14 y *CJ* 2, 19, 7; sobre posibles significados del mismo ver GEORGES, [n 35] 165.

(109) Ver nota 27.

(110) Sobre el concepto de *obligatio naturalis* ver KASER, [n 1] 480-483 e IDEM, [n 80] 335 con la abundante bibliografía citada en cada caso.

vinculum puede también significar que estamos ante una institución basada en la *ratio naturalis* ⁽¹¹¹⁾ propia del derecho de gentes ⁽¹¹²⁾. Hay que tener en cuenta que a lo largo de las fuentes se dice expresamente que el cautiverio de guerra es una institución propia del derecho de gentes ⁽¹¹³⁾; si se admite que en el *ius gentium* juega un importante papel la razón natural no debe extrañar que al *pignoris vinculum* en este caso se le califique de *naturalis*.

Pero esta locución *veluti naturalis pignoris*, que pienso puede ser aceptada como auténtica si se admiten como aceptables las explicaciones expuestas anteriormente, ha sido rechazada por la romanística que hasta ahora ha estudiado el texto. Tanto Pampaloni ⁽¹¹⁴⁾ como Faiveley ⁽¹¹⁵⁾ no la aceptan por considerar que es justiniana y la sustituyen por una referencia a la *mancipatio* el primero y a la manumisión el segundo, por pensar el autor francés que antes de Diocleciano era necesario dicho negocio para que el redimido adquiriera su condición originaria. Particularmente pienso que ambas interpretaciones pueden ser descalificadas ya que suponen ir contra la dicción del texto para

(111) Esta es la acepción que se le da al término en este supuesto en HEUMANN-SECKEL, [n 35] 361.

(112) Sobre el concepto de *ius gentium* en oposición a *ius civile* ver por ejemplo H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius* (Zutphen 1978) en especial las páginas 51-73 donde analiza Gai, *Inst* 1, 1 texto donde se define el *ius gentium*.

(113) Ver por ejemplo *Dig* 1, 5, 5, 1 (?): *iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur*; *Dig* 41, 1, 5, 7 (Gai, *RerCott* 2): *Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capiuntur fiunt*.

(114) PAMPALONI, [n 4] 130 piensa que el texto originario debía ser el siguiente: *Proinde si ab hostibus redemptam post dissolutum [veluti naturalis pignoris Trib] <mancipii> vinculum in matrimonio habere coepisti, nihil est, quod de statu eius seu liberorum communium debeas pertimescere*.

(115) FAIVELEY, [n 9] 52 n 24 reconstruyó el texto de la siguiente forma: *Proinde si ab hostibus redemptam post [dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum] <manumissionem> in matrimonio habere coepisti, nihil est, quod de statu eius seu liberorum communium debeas pertimescere*.

sustituirlas por unas reconstrucciones que responden a las hipótesis interpretativas de estos autores y que en mi opinión no se fundamentan en criterios aceptables.

Con base en este análisis pienso que de este rescripto, primera constitución imperial donde se menciona este *ius pignoris*, es posible extraer entre otras las siguientes conclusiones: 1. - Frente a lo que tradicionalmente ha considerado la romanística que hasta ahora ha analizado el texto, pienso que el contenido del mismo puede ser aceptado como auténtico ya que responde a la problemática planteada por esta institución en su época; 2. - En la primera parte establece que hasta que se pague el precio de la redención, el cautivo está sometido a un derecho de prenda (*in causam pignoris constituti*) y que dicha condición jurídica es diferente de la servil; 3. - Aunque no se dice expresamente en el texto, tal como he interpretado el mismo, sólo cuando se pone fin al *ius pignoris* recupera el redimido su condición jurídica anterior; 4. - Aunque el rescripto habla de una donación del precio de la redención, pienso que desde un punto de vista jurídico una donación con semejante objeto no había tenido lugar; quizás existió una donación liberatoria en virtud de la cual el donante-redentor liberó al donatario-redimido del *ius pignoris*; la cancellería imperial presupuso que esta donación se podía interpretar como condonación del vínculo de prenda; 5. - Y una vez extinguido dicho vínculo, como la redimida recupera su condición jurídica anterior, es posible que el *redemptor* mantenga con ella una unión que desde el punto de vista jurídico se califica como de matrimonio; 6. - Ello quiere decir, como se indica en la parte final del rescripto que los hijos habidos de dicha relación son legítimos y por lo tanto que el consultante no debe temer por su condición; 7. - El que en el presente texto la relación de *vinculum pignoris* sea calificada de *naturalis*, pienso que se puede justificar de diversas formas: a) en primer lugar considerar que el *vinculum pignoris* que se estudia aquí, a diferencia del *ius pignoris* en sentido estricto, no otorga al *redemptor* ningún tipo de acción, sino una mera retención, por lo que podría ser calificada de *obligatio naturalis*; b) en segundo lugar cabe pensar que se emplea el adjetivo *naturalis* porque el *vinculum pignoris*

del que se habla en el texto es una institución fundamentada en la *naturalis ratio* y propia del derecho de gentes.

§ 8. *CJ 8, 50, 8 (Diocletianus et Maximianus AA Matronae)*
291 p. C.

Praeses provinciae, ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curae habebit: qui pro sollertia tua parum ignorat magis filiorum tuorum statum tueri, quos, posteaquam redempta es, enixam te esse significas, cum eos, qui post redemptionem nascuntur, ne pignoris quidem vinculo ob pretium, quod pro his datum non est, teneri nullis auctoribus visum est.

Estamos ante un rescripto fechado en el año 291 p. C. procedente de la cancillería imperial de *C. Aurelius Valerius Diocletianus* (Diocleciano) y *M. Aurelius Maximianus* (Maximiano). La respuesta está dirigida a una mujer y en la misma se le comunica que el gobernador de la provincia cuidará tanto de su situación como de la de los hijos nacidos de ella después de la redención.

Antes de efectuar el análisis del texto, pienso que es necesario intentar reconstruir la hipotética pregunta que la consultante realizó al emperador y el supuesto de hecho que dió lugar a la misma: Parto de que la consultante es una mujer, que vive en provincias, según se desprenda de la referencia al *praeses provinciae*; igualmente según se deduce de la parte final del texto, cabe pensar que ha sido liberada porque alguien ha abonado al enemigo el precio de la redención; después de dicha redención la mujer tuvo algunos hijos planteándose el problema de determinar si los mismos estaban sometidos al vínculo de prenda o no; parece que el redentor pretendía retener a los hijos y por ello la mujer se dirigió al emperador preguntando si era posible afirmar que los hijos estaban sometidos al vínculo de prenda y si ella tras la redención, estaba sometida al yugo de la servidumbre.

El texto comienza indicando que el *praeses provinciae* ⁽¹¹⁶⁾

(116) Sobre el *praeses-provinciae* ver por ejemplo HEUMANN-SECKEL, [n 35] 451-452; W. ENBLIN, *Praeses*, PWRB suppl 8 (1956) 598-614;

tendrá cuidado⁽¹¹⁷⁾ de que la destinataria del rescripto no sea retenida más tiempo en el yugo de la servidumbre. Tal como está redactado el texto, cabe pensar que la redimida no tiene mucha confianza en la actuación del gobernador de la provincia y se ha dirigido a la máxima autoridad judicial.

Pero, de esta primera parte del rescripto, lo que más me llama la atención es la afirmación que en el mismo se recoge referente al yugo de la servidumbre (*ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curae habebit*). Hay que tener en cuenta que el redimido, según se afirmaba en el rescripto anteriormente analizado, desde una perspectiva jurídica, está sometido a un vínculo de prenda pero no a una condición servil (*in causam pignoris constituti quam in servilem condicionem videntur esse detrusi*). Por lo tanto, el que en la respuesta de la cancillería imperial se hable de *in servitutis iugo*⁽¹¹⁸⁾ es un poco curioso, ya que desde un punto de vista jurídico dicha expresión no es la adecuada. Sin embargo, quizás el empleo de la misma se debió a que en la respuesta se estaba utilizando el vocabulario de la consulta; pudo ocurrir que de hecho la condición de la redimida se pudiera calificar como de esclava, y ella, al dirigirse al emperador, en lugar de preguntar sobre el momento en que se extinguía el vínculo de prenda, cuestionaba cuándo se ponía fin al vínculo de la servidumbre.

Según la respuesta imperial el gobernador de la provincia cuidará de que la redimida no sea retenida en el yugo de la servidumbre; pero ¿a partir de cuándo se puede impedir que se pro-

W. ENBLIN, *Valerius (Diocletianus)*, PWRE 7 A/2, (1948) 2459; G. H. PFLAUM, *Les procurateurs équestres sous le Haut-Empire Romain* (Paris 1950) 114-117; 133-134; J. OSIER, *The rise of the ordo equester in the third century of the Roman Empire* (Michigan-London 1976) 74-93.

(117) Sobre el significado de la locución *curam habere alicuius* ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 114.

(118) KRÜGER, [n 5] 204 considera que la expresión *in servitutis iugo* es una traducción textual del término *servitus*. En contra de esta interpretación se manifiesta AMIRANTE, [n 12] 178 para quien la mujer después de la redención no había sido esclavo ya que si hubiera estado en esa situación los hijos nacidos después, por seguir la condición jurídica de la madre también serían esclavos, hecho que se nega expresamente en el texto.

duzca dicha retención?. Como se ha visto a lo largo de los textos anteriormente analizados, el redentor, que ha pagado un precio al enemigo por la liberación de un(a) ciudadano(a) romano(a) tiene una especie de *ius pignoris* sobre dicha persona, derecho que le faculta a retener al redimido; ahora bien, el derecho de retención finaliza cuando el derecho de prenda se extingue y para que ello tenga lugar es necesario que el redimido abone al redentor el precio de la redención o que el redentor ponga fin al derecho de prenda mediante, por ejemplo, condonación. En este caso concreto no se dice nada, por lo que cabe pensar que la redimida ha abonado al redentor el precio de la redención.

Seguidamente el rescripto pasa a hablar de los hijos de la redimida nacidos después de la redención; indica, mediante un pronombre relativo que sin lugar a dudas se refiere al *praeses provinciae* ⁽¹¹⁹⁾, que debido a la diligencia de la consultante (*pro sollertia tua*) ⁽¹²⁰⁾ el magistrado en absoluto no desconoce que debe proteger la situación de los hijos. Y estos hijos se indica claramente a lo largo del rescripto han nacido de la redimida después de la redención. En el texto no se especifica si la redimida ha tenido los hijos de una relación establecida entre ella y el redentor, si dichos hijos han nacido de una unión matrimonial, de un concubinato etc; estos datos parecen ser irrelevantes para la cancillería imperial: ¿por qué? pienso que en este caso, a diferencia de Dig 49, 15, 21, pr ⁽¹²¹⁾ y CJ 8, 50, 2, pr-1 ⁽¹²²⁾, lo deter-

(119) Me llama la atención el que este pronombre no siga al nombre con el que enlaza (*praeses provinciae*). La enorme distancia existente entre el antecedente y el pronombre relativo (la frase *ne ulterius - habebit*) da pie a pensar que en este punto el texto quizás fue resumido.

(120) Respecto a esta locución es preciso indicar que en el *Codex* (*Corpus Iuris Civilis* 2), ed P. KRÜGER (Dublin 1954 = Zürich 1973) 360 n 11 se propone sustituir la referencia a la diligencia de la madre por la del propio gobernador de la provincia: [*pro sollertia tua*] <*pro sollertia sua*> supongo que por considerar que el gobernador en cuanto autoridad judicial competente debe conocer sus obligaciones entre las cuales está sin lugar a dudas hacer que se cumplan los principios jurídicos y por lo tanto proteger la situación de los hijos. Sobre las posibles acepciones del término *sollertia* ver HEUMANN-SUECKEL, [n 35] 546; GEORGES, [n 35] 2714.

(121) Ver el análisis de este texto en el § 6.

(122) Ver el análisis de este pasaje en el § 7.

minante para la consultante no era saber si le había producido la extinción del vínculo de prenda por condonación y a partir de ese momento era posible hablar de un matrimonio o no; ella no pregunta cuál es la condición jurídica de sus hijos (naturales, legítimos, etc); ella lo que quiere es saber si pueden ser retenidos por el redentor o no en base al *ius pignoris*; y como muy bien indica el rescripto, ellos no pueden ser retenidos en virtud de un derecho de prenda sobre la redimida que ha nacido a favor del redentor con base en el pago del precio al enemigo; cuestión diferente, que, como he dicho ya, no se cuestiona por parte de la redimida en este caso, es la condición jurídica de los hijos; pienso que la misma dependerá de la relación que la redimida haya mantenido con el padre: matrimonio, concubinato etc. Pero repito, a diferencia de los textos anteriormente mencionados, en mi opinión este problema no se plantea en el texto.

Respecto a la referencia que se recoge en el rescripto al derecho de prenda (*ne pignoris quidem vinculum ob pretium*), cabe poner de manifiesto que, al igual que en todos los rescriptos de esta época, se emplea la locución *vinculum pignoris*, vínculo que faculta al redentor a retener al redimido hasta la extinción del mismo (123).

Y esta interpretación del pasaje, que se fundamenta en aceptar la autenticidad del mismo, choca con las posturas defendidas por la romanística que como hemos visto anteriormente considera interpolados todos los textos en los que se hace referencia a este derecho de prenda; en este caso concreto Pampaloni (124),

(123) Por lo menos en este sentido interpreto yo el verbo *detineo*. Sobre los posibles significados del mismo ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 142; GEORGES, [n 37] 2103-2104.

(124) PAMPALONI, [n 4] 132 reconstruyó el texto de la siguiente forma: *Praeses provinciae, ne ulterius in servitutis iugo detinearis, curae habebit: qui pro sollertia tua parum ignorat magis filiorum tuorum statum tueri, quos, [posteaquam Trib] <antequam> redempta es, eniam te esse significas, cum eos, qui [post Trib] <ante> redemptionem nascuntur, [ne pignoris quidem] <mancipii> vinculo [ob pretium, quod pro his datum non est Trib] teneri nullis auctoribus visum est. Naturalmente que las modificaciones introducidas en el texto se deben a la idea mantenida por este autor de que el redimido tras la redención permanecía en *causa mancipii*.*

Albertoni⁽¹²⁵⁾, Romano⁽¹²⁶⁾, Faiveley⁽¹²⁷⁾ y Amirante⁽¹²⁸⁾ han propuesto reconstrucciones diferentes teniendo todas ellas el denominador común de rechazar la expresión *pignoris vinculum*. Sin embargo como he indicado anteriormente, pienso que los argumentos en los que se basa dicha interpretación, como voy a intentar demostrar en la tercera parte de este trabajo⁽¹²⁹⁾, no son determinantes por lo que sigo insitiendo, al igual que en los textos anteriores, en intentar comprender el texto en su dicción actual y por lo tanto aceptar su posible autenticidad.

Con base en este análisis, pienso que del texto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1. - Su contenido, según mi hipótesis interpretativa se puede aceptar como auténtico; 2. - Aunque en el texto no se establezca expresamente, pienso que la afirmación inicial, según la cual el gobernador de la provincia tendrá cuidado de que la redimida no permanezca en el yugo de la servidumbre, presupone que se ha abonado al redentor el precio de la redención; 3. - El redentor lógicamente no puede retener a los hijos de la redimida nacidos tras la redención ya

(125) Para ALBERTONI, [n 6] 44 n 1, estamos igualmente ante un rescripto no diocleciano. Al margen de las consideraciones de PAMPALONI que él acepta, cree que en este texto son sospechosas las formas de las expresiones *ne pignoris - teneri* y *nullis auctoribus visum est* por considerar que el texto en su forma actual contradice la opinión de los juristas clásicos, según los cuales en un supuesto de *causa mancipii*, los hijos nacidos después de la liberación también quedaban sometidos a este vínculo.

(126) ROMANO, [n 5] 25-27 piensa que el texto constituye precisamente una prueba segura del poco fundamente de la tesis de PAMPALONI; sin embargo, esta postura crítica respecto a la teoría de la *causa mancipii* no le conduce a aceptar la autenticidad de todo el texto sino que considera interpoladas las palabras *ne quidem pignoris vinculo*, y en la parte final reconstruye el texto de la siguiente forma: ... *cum eos qui post redemptionem nascuntur ob pretium, quod pro his datum non est, teneri nullis auctoribus visum est*.

(127) FAIVELEY, [n 9] 54-57 tras reproducir las versiones de PAMPALONI y de ROMANO se inclina por la de éste último.

(128) Para AMIRANTE, [n 12] 178 n 24 el texto es clásico salvo en lo referente al *pignoris vinculum*, expresión que en su opinión sin lugar a dudas no es auténtica.

(129) Ver el apartado III, en concreto el § 12.

que el *vinculum pignoris* ha surgido sólo sobre la redimida debido al pago del precio abonado al enemigo; 4. - El que al comienzo del rescripto se hable de *in servitutis iugo*, en mi opinión se debe a que el texto está empleando la terminología utilizada por la consultante, ya que desde una perspectiva jurídica es claro que la relación existente entre el *redemptor* y el (la) redimido(a) no es de esclavitud; sin embargo repito, el que el consultante emplee según mi interpretación esta terminología pone de manifiesto la situación en que *de hecho* se encuentra el (la) redimido(a): cuasi esclavitud.

§ 9. *CJ 8, 50, 11 (Diocletianus et Maximianus AA et CC. Eutychio) 293 p. C.*

Si liberum captum te ab hostibus commercio redemit Sabinus et eum vinculum pignoris superstitem remisisse tibi probetur, non libertus effectus, sed ingenuitati quam amiseras restitutus nullum filiis eius obsequium debes.

El rescripto, al igual que el anteriormente analizado, es de Diocleciano y Maximiano y según se deduce de su contenido parece que pudo surgir del siguiente supuesto de hecho: Euticio, consultante, que ha sido redimido del cautiverio por Sabino y al que no ha restituido la cantidad de la liberación porque Sabino había renunciado a ella, se encuentra que a la muerte de éste los hijos de Sabino pretenden considerarle como liberto y por lo tanto exigirle el *obsequium*. Él, ante esta situación se dirige al emperador y le cuestiona acerca de su estado: ¿es liberto o por el contrario es tan libre como lo era antes de haber sido cogido prisionero?. Ante ello la respuesta imperial establece que si ha sido cogido prisionero siendo libre y no ha pagado el precio de la liberación porque Sabino se lo ha perdonado, recupera su antigua condición y por lo tanto no debe prestar obsequio alguno a los hijos de su redentor.

El pasaje comienza haciendo referencia a un sujeto que siendo libre fue capturado por los enemigos y redimido por Sabino; en el texto para hacer referencia a la redención se emplea la

locución *commercio redemit*, expresión que en sus diferentes variantes, aparece repetidas veces en las constituciones procedentes de la época de Diocleciano ⁽¹³⁰⁾; curiosamente en los textos procedentes del Digesto que hasta ahora he analizado y en la constitución de Gordiano se hacía referencia a la existencia de un precio ⁽¹³¹⁾ pero no se empleaba el término *commercium*; por ello la pregunta que se plantea es el significado de este vocablo en este caso: ¿estamos ante la acepción tradicional, esto es entender el término *commercium* como la capacidad para celebrar determinados negocios propios del Derecho Romano de forma válida o por el contrario nos encontramos ante un significado más amplio que abarcaría a cualquier tipo de transacción comercial?. Pienso, y en este sentido sigo la interpretación que se hace en Heumann-Seckel ⁽¹³²⁾ que este segundo significado es el adecuado; la locución *commercio redimere* no tiene un significado diferente al mero *redimere* que, como he indicado anteriormente según mi interpretación supone el abono de un precio por parte del redentor; quizás en esta época (293-294 p. C.), se acuñó la expresión para poner de manifiesto que había existido el abono de un precio sin hacer referencia al mismo; ahora bien el que una persona haya sido *commercio redempta*, tal como interpreto las fuentes, no quiere decir necesariamente que la liberación se haya efectuado por sujetos que vieron en la misma una actividad comercial encaminada a obtener un beneficio, ya que como vamos a ver en el análisis de CJ 8, 50, 13 (294 p. C.) es posible *commercio redimere* y no desear obtener un lucro económico de la redención.

Respecto al redentor se dice únicamente que es un tal

(130) Ver por ejemplo CJ 8, 50, 10: « ... liberis captis ab hostibus... nec *commercio redempta est* »; CJ 8, 50, 11: « ... liberum captum ab hostibus *commercio redemit Sabinus*... »; CJ 8, 50, 12: « Ab hostibus capti et non *commercio redempti* »; CJ, 8, 50, 13: « Ab hostibus ingenuam captam *commercio redemit* »; CJ 8, 50, 15: « Liber captus ab hostibus *commercio redimitur*... »; CJ 8, 50, 16: « *Commercio redemptae*... »; CJ 8, 50, 17: « Liber captus ab hostibus et *commercio redemptus* ».

(131) Ver Dig 49, 15, 19, 9 (Paul, Sab 16) (§ 3); CJ 8, 50, 2, pr-1 (Gord) 241 p. C. (§ 7) y CJ 8, 50, 6 (*Diocl-Max AA Iusto*) 291 p. C.

(132) HEUMANN-SECKEL, [n 35] 80 (segunda acepción).

Sabino⁽¹³³⁾. Según se deduce de la respuesta, parece que este Sabino había condonado a Euticio el vínculo de prenda surgido con motivo de la redención, sin que se puede establecer tal y como está redactado el texto como se había producido dicha remisión⁽¹³⁴⁾. Debido a la referencia que se hace al *obsequium* y a la condición de liberto de Euticio es claro que para los hijos de Sabino, de hecho, la situación en la que se encontraba Euticio tras la redención era la de esclavitud y aunque su padre le hubiera condonado el vínculo de prenda, en su opinión, él no adquiriría la situación de originario sino la de liberto; sin embargo la cancellería imperial, una vez más se encarga de poner de manifiesto como el redimido tras la redención no está en una situación de esclavitud; por lo tanto el *ius pignoris*, en este caso el *vinculum pignoris*, a su extinción no da lugar a una situación de dependencia entre redentor y redimido propia de la esclavitud⁽¹³⁵⁾ sino que el redimido recupera la situación jurídica originaria, en este caso la ingenuidad y por lo tanto no tiene que pagar *obsequium*⁽¹³⁶⁾ alguno a los descendientes de su redentor.

Por lo que se refiere a la autenticidad, frente a lo que ha considerado tradicionalmente la romanística⁽¹³⁷⁾, en mi opinión el texto no plantea dudas ya que su contenido responde total-

(133) Según A. H. M. JONES - J. R. MARTINDALE - J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire* I (Cambridge 1971) 791, se tienen noticias de un personaje mencionado en *CJ* 10, 48, 2 que probablemente fue abogado en Siria entre los años 286 y 293 y que respondía al nombre de *Sabinus*, pero con semejante nombre no se conoce a comerciante alguno.

(134) Sobre la remisión como forma de extinción de las obligaciones en el *pignus* ver lo indicado en la nota 86.

(135) Sobre el contenido de la relación entre patrono y liberto en el periodo postclásico ver KASER, [n 80] 137-142 con la amplia bibliografía allí citada.

(136) Sobre el posible significado del término *obsequium* ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 382 y KASER, [n 80] 140 n 14.

(137) La autenticidad del texto en su estado actual ha sido puesta en duda por la mayor parte de los romanistas que lo han estudiado; así por ejemplo PAMPALONI, [n 4] 130, como en todos los textos en los que existe una referencia al *pignus* sobre el redimido la elimina para sustituirla por la mención de la *causa Mancipii*: [*pignoris Trib*] <*Mancipii*>. Igualmente considera interpolada la frase *quam amiseras* ya que la *causa Mancipii*

mente a la problemática de la institución: la peculiar situación jurídica en que se encuentra el redimido sometido al *pignoris vinculum*, problema que como se ha visto se planteó también en otros textos ⁽¹³⁸⁾.

Con base en este análisis creo que del presente rescripto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1. - Por lo que se refiere a su contenido puede ser auténtico; 2. - Es el primer rescripto donde aparece la locución *commercio redimere*; según mi hipótesis interpretativa dicha expresión no tiene un significado diferente al mero *redimere* y supone la redención de un cautivo mediante el pago de un precio al enemigo; 3. - La extinción del vínculo de prenda se podía producir por condonación; 4. - La situación jurídica en la que se encontraba el redimido sometido al *vinculum pignoris* legalmente era diferente a la situación de esclavitud; sin embargo el que los herederos del redentor pretendieran que el redimido tras la condonación del vínculo de prenda les diera el obsequio, permite pensar que de hecho lo consideraban y trataban como un esclavo; - 5. Tras la extinción del vínculo de prenda el redimido recuperaba su condición jurídica anterior a la cautividad de guerra, en este caso la ingenuidad.

no afecta a la ingenuidad. ALBERTONI, [n 6] 41 se muestra totalmente conforme con las interpolaciones propuestas por PAMPALONI y las acepta sin discusión. ROMANO, [n 5] 21-22 critica a PAMPALONI lo referente a la *causa mancipii* pero acepta el carácter justiniano del *vinculum pignoris*; considera que, el hecho de que los emperadores Diocleciano y Maximiano hayan hecho notar que cesada la sujeción del *redemptus* éste no pasaba a ser liberto sino ingenuo, indica que el redimido estaba sometido a una condición que hacía dudar de su ingenuidad, condición que en su opinión no podía ser el simple derecho de prenda. FAIVELEY, [n 9] 103 acepta la crítica que ROMANO hace a PAMPALONI y considera que la expresión *vinculum pignoris* es obra de los compiladores; por ello sugiere la siguiente lectura del texto: *Si liberum captum te ab hostibus redemit Sabinus et cum [vinculum pignoris superstitem remisisse tibi] <...> probetur, non libertus effectus, sed ingenuitati quam amiseras restitutus, nullum filii eius obsequium debes.* AMIRANTE, [n 12] 103 indica igualmente que la expresión *vinculum pignoris* es seguramente compilatoria.

(138) Ver por ejemplo *CJ* 8, 50, 2, pr-1 (Gord) 241 p. C. (§ 7); *CJ* 8, 50, 8 (Diocl-Max) 291 p. C (§ 8).

§ 10. *CJ* 8, 50, 13 (*Diocletianus et Maximianus AA et CC*)
294 p. C.

Si is, qui te ab hostibus ingenuam captam commercio redemit, sibi matrimonio coniunxit, dignitate nuptiarum et voto futurae iustae subolis vinculo pignoris tibi remisso redditos natales pristinos rationis est.

Estamos, al igual que en el caso anterior, ante un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 294 p. C.. Dirigido no sabemos con exactitud a quien, parece que se debió al siguiente supuesto de hecho: un ciudadano romano, rescató del enemigo a una mujer que antes de ser hecha prisionera había sido ingenua; tal como está redactado el texto pienso que es posible suponer que el redentor contrajo matrimonio con ella sin haber extinguido expresamente el *vinculum pignoris* que surgió a su favor con motivo de la redención; este hecho plantea dudas a la redimida sobre su condición jurídica: ¿sigue sometida al *vinculum pignoris* del redentor o el hecho de que haya contraído matrimonio permite suponer que el vínculo de prenda ha quedado extinguido por condonación y que por lo tanto ella ha recuperado su condición jurídica anterior?. Ante esta cuestión la respuesta de la cancellería imperial parece clara: la redimida ha recuperado su condición originaria ya que es razonable suponer que mediante la dignidad de las nupcias y el deseo de hijos legítimos futuros se ha condonado el vínculo de prenda.

Como he indicado ya, el primer problema del rescripto consiste en determinar quien pudo ser su posible destinatario; el hecho de que se diga en el mismo que *vinculo pignoris tibi remisso* da pie a pensar que la destinataria es la mujer que ha sido redimida; en este sentido cabe descartar la referencia que se hace a Aurelio y admitir las de Colonia, Brina o Cuartina⁽¹³⁹⁾. Respecto a la expresión empleada para referirse a la redención, al igual que en el rescripto anteriormente expuesto, es la de *commercio*

(139) En el *Codez Iustinianus (Corpus Iuris Civilis 2)* ed P. KRÜGER (Dublin 1954 = Zürich 1973) 360 n 14 se pone de manifiesto como el nombre del destinatario varía según los manuscritos. Ver también P. KRÜGER, *Die Überlieferung der Adressaten im Cod. Iust.*, ZSS 13 (1892) 309.

redemit; como he indicado ya ⁽¹⁴⁰⁾ con la misma posiblemente se quería indicar que el redentor había pagado un precio a los enemigos, abono que ocasionaba como ya sabemos la aparición del *vinculum pignoris* a favor del redentor sobre la persona del redimido.

Seguidamente se dice en el rescripto que el redentor *sibi matrimonio coniunxit*; tal como está redactado el pasaje no se sabe si la unión matrimonial se ha realizado inmediatamente después de la liberación o si ha existido una extinción previa del vínculo de prenda. Hay que tener en cuenta que, según se ha puesto de manifiesto en Dig 49, 15, 21, pr⁽¹⁴¹⁾, CJ 8, 50, 2, pr.-1 ⁽¹⁴²⁾ la redimida no recupera su condición jurídica anterior a la captura hasta el momento en que se pusiera fin al *vinculum pignoris*; en este caso concreto que se estudia, cabe pensar que expresamente no se ha efectuado remisión alguna del vínculo de prenda por lo que teóricamente no sería posible contraer matrimonio ya que la redimida no había recuperado aún su situación jurídica originaria. Sin embargo la respuesta imperial pone de manifiesto como no era necesario la extinción expresa del vínculo de prenda; se presumía que el mismo quedaba condonado por el hecho de que el *redemptor* quisiera tener descendencia legítima ⁽¹⁴³⁾ y por el prestigio del matrimonio ⁽¹⁴⁴⁾.

Esta interpretación, según la cual el matrimonio del redentor con la redimida suponía la remisión automática del vínculo de prenda y por lo tanto la recuperación inmediata de la condición jurídica anterior por parte de la redimida, plantea el problema de determinar si en este punto Diocleciano modificó la legislación existente; según Amelotti ⁽¹⁴⁵⁾ la respuesta imperial se explica

(140) Ver el análisis del rescripto anterior.

(141) Ver el análisis de este texto en el § 6.

(142) Ver el análisis de este texto en el § 7.

(143) Este es al menos el significado que piense tiene en este caso el término *iustus*; sobre los posibles sentidos del vocablo ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 302-303; GEORGES, [n 35] 504-505.

(144) Sobre los diferentes sentidos del término *dignitas* ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 147; GEORGES, [n 37] 2156-2157.

(145) M. AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano* (Milano 1960) 139-145, en especial las páginas 144 y 145.

sólo en un clima de abuso que Diocleciano reprime y por ello la solución establecida se puede sólo deber a una voluntad legislativa imperial. Amirante⁽¹⁴⁶⁾ por el contrario no se pronuncia tan claramente como Amelotti por la modificación sino que deja abierta la cuestión; no niega que se pueda tratar de una modificación de Diocleciano; sin embargo pone de manifiesto como el principio podía ser ya anterior. Y en mi opinión, la hipótesis de Amirante en este punto es perfectamente aceptable; hay que tener en cuenta que el contenido del rescripto coincide con el contenido de Dig 49, 15, 21, pr, texto en el que se establecía que desde el momento en que el *redemptor* hubiera optado por tener hijos con la redimida se debía considerar extinguido el vínculo de prenda⁽¹⁴⁷⁾. Si se acepta que este texto es del propio Ulpiano, es claro que en este punto Diocleciano no había innovado nada sino que se había limitado a seguir los criterios establecidos por la jurisprudencia clásica; pero como se sabe, existen graves problemas a la hora de establecer la fecha aproximada de composición de la obra; mientras que para algunos autores es postclásica para otros es del propio Ulpiano. Por todo ello pienso que no cabe pronunciarse con rotundidad sobre este punto.

El rescripto finaliza indicando que es razonable sostener que la redimida recupera su condición originaria; llama la atención que en este texto, a diferencia de lo que ocurre en Dig 49, 15, 21, pr, no se hace referencia alguna al postliminio, no se dice que una vez extinguido el vínculo de prenda se aplica el mismo a la redimida; ahora bien, está claro que aunque no se manifieste expresamente el fundamento de la afirmación final es la aplicación inmediata del postliminio tras la extinción del derecho de prenda.

Como ocurre con todos los textos en que se menciona el vínculo de prenda, la romanística no ha aceptado su autenticidad: Pampaloni⁽¹⁴⁸⁾ seguido por Albertoni⁽¹⁴⁹⁾ substituyó *ignoris* por

(146) AMIRANTE, [n 12] 182 n 31.

(147) Ver el análisis de este texto en el § 6.

(148) PAMPALONI, [n 4] 130.

(149) ALBERTONI, [n 6] 41 n 1.

mancipii; Albertario⁽¹⁵⁰⁾ consideró que la frase *voto futurae iustae subolis* era ajena a la estructura lógica del rescripto ya que según este autor el matrimonio del *redemptor* con la *redempta* valía para considerar cesada la condición cuasi servil (no el vínculo de prenda ya que para este autor esta institución era Justiniana). Romano⁽¹⁵¹⁾ seguido por Faiveley⁽¹⁵²⁾ y Amirante⁽¹⁵³⁾, al igual que otras veces, aceptaron la interpretación de Pampaloni referente al *vinculum pignoris* pero no la mención de la *causa Mancipii*. Por mi parte como he indicado repetidamente a lo largo de los diferentes comentarios a los textos pienso que la expresión *vinculum pignoris* puede ser perfectamente auténtica.

Por todo ello pienso que del presente texto es posible deducir partiendo de su posible autenticidad: 1. - El deseo del redentor de contraer matrimonio con la redimida y de tener hijos legítimos con ella presupone la extinción del vínculo de prenda por condonación; 2. - Según mi interpretación no es posible afirmar con rotundidad como hace Amelotti que este principio fué una modificación introducida por Diocleciano; 3. - Aunque en el texto no se diga expresamente pienso que la extinción del vínculo de prenda por condonación da lugar a la aplicación inmediata del postliminio y a la recuperación automática por parte de la redimida de su condición jurídica anterior.

III. - CONSIDERACIONES ACERCA DEL *IUS PIGNORIS* DEL REDENTOR SOBRE EL CAUTIVO REDIMIDO

Una vez efectuado el análisis de los textos en los que se habla del *ius pignoris*, pienso que puede resultar interesante intentar estructurar de forma dogmática este derecho de prenda y poner de manifiesto la peculiaridad de su contenido. Para ello en

(150) E. ALBERTARIO, *La donna adottante, Esegesi della c. 5 C. de adopt.* 8, 47 (48), *Mnemosyna Pappoulas* (Athen 1934) 22 n 31 = *Studi di Diritto Romano* 6 (Milano 1953) 228 n 6.

(151) ROMANO, [n 5] 22.

(152) FAIVELEY, [n 9] 53.

(153) AMIRANTE, [n 12] 182 n 31.

primer lugar voy a exponer las diferencias que, desde mi perspectiva, existen entre la institución que ahora se estudia y el *ius pignoris* en sentido estricto, para seguidamente indicar los argumentos que en mi opinión permiten sostener que estamos ante una institución del siglo III p. C.. Finalizaré este apartado con una exposición del funcionamiento del *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido.

§ 11. Diferencias entre el *ius pignoris stricto sensu* y el *ius pignoris* del redentor.

El análisis efectuado de los textos, pienso que permite afirmar que entre el derecho de prenda en sentido estricto y el *ius pignoris* del redentor existen notables diferencias.

La primera de ellas se manifiesta en la constitución o nacimiento de ambas instituciones; mientras que el derecho de prenda tradicional surge mediante un acuerdo expreso o tácito de las partes contratantes⁽¹⁵⁴⁾, en el *ius pignoris* del redentor nunca se hace referencia a acuerdo alguno; parece que se da por supuesto que el redentor tiene sobre el redimido, debido al pago del precio de la rendición al enemigo, un derecho de prenda; pero, ¿cómo, cuándo y por qué surgió este derecho?. El estado actual de las fuentes no permite responder de forma clara y tajante a estas cuestiones. Según mi interpretación en la *constitutio de redemptis*, posiblemente de la época de los Severos, se estableció un derecho del redentor sobre la persona del redimido, cuyo contenido se acercaba a lo que hoy llamaríamos derecho de retención y que posteriormente los juristas clásicos tardíos y la cancillería imperial del siglo III p. C. catalogaron de *ius pignoris*, *pignoris causam* y *vinculum pignoris*. Si se acepta esta premisa, cabe decir que el origen de nuestra institución fue legal. Posiblemente la constitución surgió para solucionar la nueva situación jurídica existente; como he indicado ya en el § 1, parece claro que a lo largo de la época republicana y durante

(154) Sobre el mismo en el derecho clásico ver KASER, [n 1] 465 e IDEM, [n 62] 142. Sobre el mismo en el derecho postclásico y justiniano ver KASER, [n 80] 315.

los siglos primero y segundo p. C., la *redemptio* fue una actividad realizada por personas unidas al prisionero por vínculos de parentela o amistad que en absoluto influía en la condición jurídica del rescatado; pero cabe pensar que a partir de la época de los Severos la situación cambió por completo; normalmente no eran familiares o amigos los que efectúan la liberación sino personas que pagaban un precio al enemigo con ánimo de recuperarlo posteriormente; ante esta nueva situación fáctica posiblemente surgió una constitución que puso solución al problema concreto que se le planteó estableciendo, según mi hipotética interpretación de la misma, este *ius pignoris* del redentor sobre la persona del redimido.

Otro punto que demuestra claramente que no estamos ante un derecho de prenda concebido en sentido estricto es el objeto sobre el que recae nuestro *ius pignoris*; a diferencia del derecho de prenda tradicional en que un hombre libre no podía ser objeto de dicho gravamen, aquí el *ius pignoris* recaía sobre la persona del redimido, que en ningún momento se había encontrado *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris*, requisito exigido por el derecho clásico⁽¹⁵⁵⁾, ni en propiedad del deudor, requisito exigido por el derecho postclásico-justiniano⁽¹⁵⁶⁾.

Otra diferencia entre ambas instituciones se manifiesta igualmente en la protección; mientras que en el derecho de prenda tradicional se reconoce al acreedor la facultad de vender el objeto pignorado si llegado el momento del vencimiento no cumple la obligación garantizada⁽¹⁵⁷⁾, en este *ius pignoris* del redentor, como se ha visto en los textos, jamás se menciona este aspecto

(155) En este sentido ver F. WUBBE, *Res aliena pignori data* (Leiden 1960) 266; M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, Tijds 44 (1976) 241-244 = IDEM, *Studien zum römischem Pfandrecht* (Napoli 1982) 9-12; FREZZA, [n 62] 330-336; E. VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano* (Roma 1930) 11-21; M. KASER, *In bonis esse*, ZSS 78 (1961) 197-212; IDEM, *Nochmals zu «in bonis habere»*, Huldigungsbandel Paul van Warmelo (Pretoria 1985) 156-160.

(156) En este sentido KASER, [n 80] 315 n 1.

(157) Sobre el *ius distrahendi* del acreedor ver: FREZZA, [n 62] 207-225; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in Diritto romano* (Milano 1976) 157-161; KASER, [n 1] 473.

ejecutivo; el redentor lo más que puede hacer es retener al redimido hasta que pague el precio que él abonó al enemigo. Desde esta perspectiva tiene sentido el que el *ius pignoris* sea calificado de *naturalis*.

Los sujetos que normalmente intervienen en la relación de prenda *stricto sensu* permiten también establecer que nos encontramos ante una institución peculiar; mientras que el acreedor y el deudor de la relación pignoraticia real están perfectamente diferenciados, en el *ius pignoris* del *redemptor* el papel de deudor recae sobre el redimido que simultáneamente también es el objeto a retener.

Si a todos estos datos añadimos el que la accesoriedad (es decir la necesidad de que la prenda nazca vinculada a un crédito cuyo cumplimiento garantiza) propia del *ius pignoris* tradicional tampoco se da en el *ius pignoris* del *redemptor*, ya que en sentido estricto no es posible hablar de un crédito que se garantiza, no debe resultar extraño afirmar que nos encontramos ante una institución que, pese a tener el mismo nombre que el derecho de prenda concebido en su aspecto real de garantía, es peculiar, tiene características propias que la diferencian claramente del *ius pignoris* concebido en sentido estricto.

Y la mayor parte de la romanística que anteriormente ha estudiado el problema, al pretender configurar este *ius pignoris* del redentor dentro de los esquemas del derecho de prenda de carácter privado y ver que el mismo no respondía a los planteamientos del derecho real de garantía, ha optado por defender la interpolación de los textos donde se habla de un *ius pignoris*, *vinculum pignoris* o *pignoris causam*; considera que los textos en los que aparecen estas expresiones son de carácter justiniano sin darse cuenta que en esta época igualmente era imposible hablar de un derecho de prenda en sentido estricto ⁽¹⁵⁸⁾.

Por todo ello pienso que el punto de partida para efectuar un estudio de esta institución debe ser otro; intentar comprenderla al margen del *ius pignoris* de carácter real y concebirla, mientras

(158) Ver lo indicado anteriormente sobre los requisitos exigidos por el derecho clásico y justiniano (notas 154-155 y 156).

no haya argumentos que demuestren lo contrario, como una institución peculiar pero propia del siglo III p. C. Pero ¿qué tipo de argumentos se pueden aducir para ello?. A exponer los mismos dedico el párrafo siguiente.

§ 12. Argumentos para aceptar la posible autenticidad de la institución.

Pienso que sin ser absolutamente determinantes, pueden ayudar a comprender el empleo de las locuciones *ius pignoris*, *pignoris causam*, *vinculum pignoris* para designar la relación existente entre el redentor y el redimido las siguientes consideraciones:

1. - Los variados y múltiples significados que como demuestran las fuentes tuvo el término *pignus*; como se sabe, en los textos literarios es frecuente encontrar el vocablo en el sentido de arrha, de apuesta, para indicar lo fiel y lo querido etc⁽¹⁵⁹⁾; igualmente en las fuentes jurídicas es frecuente encontrar que el término es utilizado con significados varios: interpolado por *fiducia*⁽¹⁶⁰⁾, prenda con desplazamiento, prenda sin desplazamiento, prenda legal, prenda judicial, derecho de retención⁽¹⁶¹⁾.

2. - La naturaleza pública, en concreto de derecho de gentes que tenía la institución del cautiverio de guerra; como ha puesto de manifiesto Albertoni⁽¹⁶²⁾, en este supuesto en las leyes de Gor-

(159) Según A. MANIGK, *Pignus*, PWRE 20/1 (1941) 1240-1241 y KASER, [n 155-1982] 3 n 10 = 235 n 10 en la literatura latina clásica el término aparece con estos significados.

(160) Según HEUMANN-SECKEL, [n 35] 215 el término *pignus* se refiere a *fiducia* en los siguientes supuestos: Jul, *Dig* 3 (*Dig* 12, 2, 40); Ulp, *Ed.* 30 (*Dig* 13, 7, 22, pr, 2, 4); Ulp, *Ed.* 30 (*Dig* 13, 7, 24); Ulp, *Disput* 2 (*Dig* 15, 1, 36); Jul, *Dig* 13 (*Dig* 18, 2, 10); Jul, *Dig* 13 (*Dig* 44, 7, 16). Ver también lo que dice M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht* 2, Tijds 47 (1979) 339-345 = IDEM, *Studien zum römischem Pfandrecht* (Napoli 1982) 119-125.

(161) Sobre estos significados del término ver HEUMANN-SECKEL, [n 35] 430-431; KASER, [n 1] 458-460; IDEM, [n 155-1982] 3 n 10 = 235 n 10; FREZZA, [n 62] 81-84; 115-120; BISCARDI, [n 157] 137-149 y A. BÜRGE, *Retentio im römischem Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich 1979) 186-190.

(162) ALBERTONI, [n 6] 1-34.

tina se hablaba de un derecho de prenda sobre el propio cautivo en garantía de la devolución de la cantidad pagada por la redención; ¿por qué hay que excluir la recepción por parte del derecho romano, en concreto, por parte de los juristas y emperadores la aceptación de una institución del derecho de gentes?

Estas dos consideraciones, al margen del tenor literal de los propios textos, me conducen a proponer una interpretación diferente a la tradicionalmente mantenida por la romanística después del estudio de Pampaloni; el *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido se puede aceptar como una institución de los siglos II-III p. C.; surgió posiblemente en la época de los Severos con la *constitutio de redemptis* y fue configurada dogmáticamente por juristas y emperadores a lo largo del siglo III p. C.

§ 13. Características del *ius pignoris* del redentor.

El análisis efectuado de los textos en los que se habla de esta institución permite deducir, en algunos casos con total seguridad debido que se manifiesta expresamente en los textos, en otros como hipótesis interpretativas, una serie de datos referentes a este *ius pignoris* que en mi opinión pueden ser sistematizados de la siguiente forma:

1. - Aparición y constitución.

Como acabo de exponer, pienso que este *ius pignoris* pudo surgir a finales del siglo II, en la época de los Severos, en una constitución imperial cuya fecha y contenido desconocemos: la *constitutio de redemptis*.

2. - Sujetos.

Como se desprende del análisis de los textos, los sujetos que intervienen en esta relación son lógicamente por un lado el *redemptor* y por otra el redimido. Respecto al *redemptor* los textos estudiados no permiten conocer detalles especiales; la mayor parte de ellos no dicen nada acerca de él y sólo en un texto CJ, 8, 50, 11 (293 p. C.) se da su nombre: Sabino.

Pero sin lugar a dudas de ambos sujetos, el que plantea más cuestiones es el redimido; en primer lugar cabe preguntarse cuál era su condición jurídica después de la redención: ¿libre?, ¿esclavo?; el análisis de los textos pone de manifiesto la necesidad de distinguir dos planos (el jurídico y el fáctico) y dos momentos (el que va desde la redención del enemigo hasta la extinción del *ius pignoris* y a partir de la extinción del *ius pignoris*).

El análisis de Dig 49, 15, 21, pr, CJ 8, 50, 2, pr, CJ 8, 50, 8 y CJ 8, 50, 11 permiten deducir que desde el punto de vista jurídico el redimido únicamente recuperaba la condición jurídica anterior en el supuesto de que el *ius pignoris* del redentor quedara extinguido. Ello quiere decir que el momento que va desde la redención hasta la extinción del *ius pignoris* él no recupera el estatuto originario y se encuentra sometido a la persona del redentor que lo puede retener hasta que ponga fin al derecho de prenda. Ahora bien, el que el redimido esté sometido al vínculo de prenda no quiere decir que no puede ser titular de ciertas relaciones jurídicas; según se desprende de Dig 49, 15, 15 parece que puede ser titular de un legado que tiene por objeto el vínculo de prenda que recae sobre él; en diferentes constituciones, se le hace titular de la condonación del derecho de prenda. Esta serie de datos, en mi opinión permiten afirmar que el *ius pignoris* existente sobre el cautivo, si bien impide la aplicación automática del postliminio y la recuperación de la condición jurídica anterior, no supone una anulación total de la condición jurídica del redimido, ya que como se deduce de estos ejemplos se le permite, sin haber recuperado la condición originaria, ser titular de determinadas relaciones jurídicas.

Desde el punto de vista fáctico, el análisis de varios textos (Dig 49, 15, 21, pr; CJ 8, 50, 8 y CJ 8, 50, 11) pone de manifiesto como los redimidos son considerados por los redentores como esclavos; el hecho de que un *redemptor* manumita a la redimida y a los hijos tenidos con ella (Dig 49, 15, 21, pr); el que a lo largo de varias constituciones imperiales se indique: que el redimido no se consideraba reducido *in servilem condicionem* (CJ 8, 50, 2, pr-1); que la redimida no podrá ser retenida *in servitutis iugo* (CJ 8, 50, 8); que el redimido no deviene liberto y no debe obse-

quió alguno (CJ 8, 50, 11), en fin, toda esta serie de datos pienso que permiten realizar semejante afirmación.

Hay un problema que al redimido se le tuvo que plantear y sobre el cual los textos analizados apenas permiten deducir las soluciones que el mismo pudo recibir; se dice que el *ius pignoris* del redentor no se extinguía hasta que el redimido abonara el precio; pero ¿cómo podía él obtener el dinero necesario para la redención?; ¿de qué vivía mientras se producía la misma?. Hay que tener en cuenta que hasta que no entrara en acción el *postliminium*, el *captivus* no recuperaba el *dominium* de sus bienes, que mientras tanto permanecían en la misma situación jurídica existente antes de la captura, finalizando este estado de suspensión con el retorno *in civitatem* del cautivo o con la muerte *apud hostes* ⁽¹⁶³⁾. Por lo tanto en este periodo de tiempo en el cual él estaba sometido al *ius pignoris*, que impedía la aplicación del postliminio, él no tenía la titularidad de sus bienes. ¿Cómo podía entonces obtener el dinero para pagar al redentor?. En primer lugar cabe pensar que eran los familiares o amigos las personas que le proporcionaban la cantidad necesaria para su liberación; en este sentido Dig 49, 15, 15, al indicar que un hijo ofrecía la cantidad de la redención tras la muerte del padre, puede ser significativo.

Pero pensemos en el supuesto de que por ejemplo, por no existir familiares o amigos, por no tener el dinero suficiente, por desconocer la situación del redimido etc, éste no obtiene el dinero mediante esta vía; ¿qué podría hacer el redimido?. Hay una constitución imperial de Diocleciano y Maximiano que pienso puede ser interesante para dar luz sobre esta cuestión; se trata en concreto de CJ 8, 50, 15 (*Diocletianus et Maximianus*

(163) En este sentido se manifestó al menos L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950) 83; IDEM, *Postliminio* (Diritto Romano), NNDI 13, 432. Igualmente CJ 8, 50, 18 (*Diocl-Max AA. et CC. Tryphoniano*) 294 p.C. permite confirmar esta idea ya que según dicho rescripto a los redimidos que han vuelto por el postliminio se les restituye ejercitando la acción directa los bienes perdidos y por la rescisoria las cosas que se consideran que fueron separadas de los bienes por usucapión, liberación o las que se extinguieron por el no uso.

AA et CC Mucatraulo) 294 p. C.: *Is, qui liber constitutus captus ab hostibus commercio redimitur, et antequam restitatur pro eo data pecunia, successionis iura sibi vindicare favore ingenuitatis potest, ut ex ea possit pretium pro se datum exsolvere.*

Según este rescripto, el cautivo gravado por el *pignoris vinculum*, es decir que aún no había recuperado su condición jurídica mediante el postliminio, podía, amparado en su ingenuidad originaria reivindicar los derechos de sucesión para poder pagar el precio pagado a su favor. El sentido de esta constitución pienso que es claro: Diocleciano y Maximiano pretenden favorecer al redimido que les consulta y muestra de ello es la facultad que le otorgan para, sin haber recuperado la condición originaria, reivindicar sus derechos de sucesión⁽¹⁶⁴⁾; de este modo se le permitía conseguir el patrimonio suficiente para abonar al redentor el precio. En este caso por lo tanto la forma empleada por el redimido para obtener el dinero para su liberación es clara: los derechos de la herencia. Pero esta solución dada a un caso concreto, ¿hasta que punto se puede generalizar?; ¿cabe pensar que analógicamente, en otros supuestos, se le permitió igualmente emplear las acciones oportunas para recuperar su patrimonio antes de haber entrado en funcionamiento el postliminio?. No creo que se pueda responder a esta pregunta afirmativamente ya que en CJ 8, 50, 18 (294 p. C.) se establece la posibilidad de que el redimido, siempre y cuando hubiera regresado por el postliminio, empleara la acción directa para recuperar los bienes que subsisten en la misma condición y la rescisoria para recuperar los bienes perdidos por usucapión, liberación o los derechos que se extinguieron por el no uso.

Respecto a los medios que tenía para subsistir el cautivo mientras estaba sometido al *ius pignoris* tampoco se dice nada en las fuentes que hemos analizado; de ellas no se puede deducir si durante el periodo de tiempo que el redimido permanecía sometido al *ius pignoris* del redentor vivía a su cargo lo que parece en cierta medida lógico, o por el contrario, si era el propio redimido

(164) Según AMELOTI, [n 145] 142 n 66 el antecedente de esta constitución se podría encontrar en *Dig* 37, 6, 1, 17 donde se admite al *redemptus* a la *bonorum possessio*.

el que se debía abonar los gastos de vestido y alimentación de su propio peculio, que en principio no había recuperado; y si tenía lugar la primera hipótesis: ser alimentado y vestido por el redentor: ¿debería pagar a éste el dinero que en ello hubiera gastado?. Las hipotéticas respuestas que se me ocurren son varias: en primer lugar cabe pensar que el redentor compensaba el dinero que gasta en el vestido y la alimentación con el trabajo que durante el periodo que duraba el *ius pignoris* pudiera realizar el cautivo para él; cabe también pensar que el redimido, en el momento de la restitución del precio, devolvía no sólo la cantidad pagada al enemigo sino también la suma a la que habían ascendido los gastos de alimentación y vestido. Pero sobre todas estas cuestiones no se pronuncian las fuentes, ¿por qué?; pienso que el silencio de las mismas se puede deber a que, a lo largo del siglo III p. C., a diferencia de lo que ocurrió en el siglo IV y V p. C. (165), el punto no fué conflictivo, los redentores no exigían la restitución de esas cantidades y por ello no se encuentran en las fuentes referencias expresas al problema.

Vemos pues como este *ius pignoris* plantea respecto a la persona del redimido numerosos problemas jurídicos que las fuentes no permiten solucionar con claridad; por ello, las respuestas por mi propuestas, deben ser consideradas como meras hipótesis interpretativas.

3. - Objeto.

Este *ius pignoris*, como he indicado repetidamente en el presente trabajo y como las fuentes expresamente indican, recae única y exclusivamente sobre la persona del redimido. En el supuesto de que la redimida tenga hijos nacidos después de la

(165) Ver *CJ* 8, 50, 20 (*Honor-Theod AA Theodoro pp*) 409 p. C., constitución en la que se dice que lo que se gaste en vestido y alimentación de los cautivos se considere dado por humanidad sin posibilidad de emplear acción alguna para recuperarlo. La misma constitución establece también que, en el supuesto de que se haya abonado un precio al enemigo por la liberación, dicho precio se debe restituir a los compradores y si ello no es posible, los redimidos realizaran una prestación de servicios durante cinco años.

redención, los mismos no están sometidos al vínculo de prenda ya que según CJ 8, 50, 8, por su redención no ha habido que abonar precio alguno, por lo que tampoco ha surgido *ius pignoris* alguno.

4. - *Derechos del redentor.*

El análisis efectuado permite deducir que el redentor tenía los siguientes derechos: en primer lugar, y como contenido fundamental del *ius pignoris*, el redentor podía retener al redimido hasta que se pusiera fin a dicho derecho de prenda, circunstancia que normalmente se producía por el pago del precio. Ahora bien, esta afirmación pienso que necesita ser matizada; en ninguno de los textos estudiados se habla expresamente de un *ius retentionis*; sin embargo, el que el redimido, si ofrece el precio de la redención al redentor, pueda pedir la aplicación del interdicto *de homine libero exhibendo*, pone de manifiesto como hasta ese momento el redentor estaba reteniendo legítimamente al redimido ⁽¹⁶⁶⁾.

Pero al margen de facultad, que en mi opinión constituye el contenido esencial de este *ius pignoris*, el redentor podía realizar otra serie de actividades que curiosamente no se diferenciaban de las que efectuaba el acreedor pignoraticio tradicional: podía ceder el *ius pignoris* según Dig 49, 15, 19, 9; legarlo según se deduce de Dig 49, 15, 15; igualmente se le aplicaban las normas habituales del derecho de prenda (*ius offerendi*) según se desprende de Dig 49, 15, 12, 12, si bien en este caso el redimido era un esclavo.

5. - *Derechos del redimido.*

Aunque no se dice expresamente en los textos analizados, según se deduce de Dig 43, 29, 3, 3, texto que trata del interdicto para hacer presentar a un libre, es claro que el redimido tenía derecho a ofrecer el precio de la redención.

(166) Ver el título de *Dig 43, 29*, en especial *Dig 43, 29, 3, 3*. Comenta el texto AMIRANTE, [I 12] 42-43.

Una vez abonado el precio al redentor tenía derecho a que se le reconociera y protegiera su condición jurídica originaria según se deduce de CJ 8, 50, 8. Este reconocimiento se debía a que una vez puesto fin a este *ius pignoris* entraba en juego el *postliminium* (Dig 49, 15, 15; Dig 49, 15, 21, pr y CJ 8, 50, 11). En el supuesto de que el *redemptor* hubiera cedido a otro su *ius pignoris* por una cantidad mayor, tenía derecho a poner fin al vínculo de prenda abonando sólo la cantidad inicialmente pagada al enemigo (Dig 49, 15, 19, 9).

6. - Extinción del « *ius pignoris* ».

Según se deduce del estudio de los textos, la forma más normal de poner fin a este *ius pignoris* era el pago del precio al redentor (por ejemplo CJ 8, 50, 2, pr); ahora bien, al margen de esta forma existían también otras de poner fin a dicha relación como por ejemplo: a) la muerte del cautivo (Dig 49, 15, 15); b) el legado del derecho de prenda por parte del redentor a la persona del redimido (Dig 30, 43, 3); c) la condonación de dicho derecho, que se presume existe desde el momento en que el redentor desea tener hijos con la redimida y contraer matrimonio con ella (Dig 49, 15, 21, pr; CJ 8, 50, 2, pr-1; CJ 8, 50, 13) o cuando el redentor dona dinero para pagar el precio (CJ 8, 50, 2, pr); d) la renuncia del redentor (CJ 8, 50, 11).

IV. - CONCLUSIONES FINALES

Con base en el análisis de las fuentes y en la exposición realizada seguidamente, pienso que es posible exponer a título de conclusiones generales las siguientes consideraciones:

1. - Considero que el *ius pignoris* del redentor sobre la persona del redimido, nacido con motivo del pago del precio de la redención al enemigo, puede ser aceptado como una institución de los siglos II y III p. C., frente a lo que tradicionalmente ha considerado la romanística que, desde Pampaloni, viene hablando de una institución de derecho justiniano.

2. - Las claras diferencias existentes entre la institución que aquí se ha analizado y el derecho de prenda en sentido estricto,

en mi opinión, no deben conducir necesariamente a rechazar la autenticidad del *ius pignoris* del redentor; al contrario, pienso que pueden servir para poner de manifiesto que estamos ante una institución peculiar que recibe el nombre de *ius pignoris*. El que se calificara así al derecho del redentor creo que no debe chocar si se tiene en cuenta que el término *pignus* en las fuentes tanto jurídicas como literarias se encuentra empleado con múltiples acepciones, entre ellas la de derecho de retención; estamos por lo tanto ante un empleo no técnico del término *pignus*. En segundo lugar puede ayudar a comprender el empleo de esta terminología por parte de los juristas clásicos tardíos y los emperadores del siglo III p. C. el hecho de que nos encontramos ante una institución de derecho de gentes, donde el *ius pignoris* del redentor sobre el cautivo redimido era aceptado.

3. - Aunque no se puede asegurar con exactitud, cabe pensar que este derecho vino establecido en la desaparecida *constitutio de redemptis* para solucionar un caso concreto y un problema real que no se había presentado hasta ese momento ya que antes de dicha constitución la redención se hacía por personas vinculadas al cautivo por parentela y amistad no exigiendo por lo tanto devolución del precio. Posteriormente, y a medida que este tipo de redención se fue haciendo más frecuente, los juristas y emperadores la fueron configurando dándole el nombre de *ius pignoris*, *pignoris causa*, *vinculum pignoris* (éste último aparece sobre todo en las constituciones de Diocleciano).

4. - Aunque expresamente no se dice nunca en los textos que el *redemptor* tuviera un *ius retentionis* sobre la persona del redimido hasta el pago del precio, cabe pensar que el contenido de dicho derecho de prenda era la retención de la persona del redimido.

5. - Este derecho de prenda impide la aplicación automática del *postliminium* al redimido y por lo tanto la recuperación inmediata de su condición originaria. Sin embargo al redimido se le reconoce cierta titularidad jurídica, incluso si no ha pagado el precio.

6. - Por ello el *ius pignoris*, desde el punto de vista legal, se debe diferenciar de la situación de esclavitud; ahora bien desde el punto de vista fáctico, el redentor tendió a considerarlo como una persona sometida a esclavitud.

7. - Las formas fundamentales de poner fin a este *ius pignoris* eran el pago y la condonación, que se presumía cuando el redentor quería tener hijos con la redimida.

8. - Las fuentes en su estado actual no permiten establecer sólidas hipótesis acerca de los medios de los que podía servirse el redimido para obtener el dinero para abonar al redentor el precio. Igualmente tampoco se puede establecer con claridad quién abonaba los gastos de vestido y alimento al redimido durante el período que transcurría entre la redención y el pago del precio.