

## ALGUNAS DUDAS SOBRE LA USUCAPION EN LAS XII TABLAS\*

MARIÉ SIXTO

Universidad de Santiago de Compostela

1. De las XII Tablas nos interesa ahora volver sobre una cuestión, ya largamente discutida, pero todavía no pacífica, a la que quizá no puedan ofrecerse soluciones plenamente satisfactorias, dada la escasez de testimonios de que disponemos para conocer con exactitud el contenido y, más aún, el tenor literal de aquella ley.

Así, pues, mi intervención tendrá como telón de fondo la discusión que nos ocupa en este Seminario, pero no con un enfoque general, que afecta a toda la tradición de la ley, sino con una pretensión menos ambiciosa. Aquí sólo me propongo reflexionar sobre algunos de los preceptos decenvirales que habitualmente se ponen en relación con la *usucapio*, esto es, sobre algunas de las llamadas "prohibiciones de usucapir" contenidas en la ley.

De particular interés parecen los preceptos que tratan de la prohibición relativa al *hostis* y a las *res furtivae*, que se colocan -en la edición de Riccobono<sup>1</sup> - en las tablas 6.4 y 8.17. En la reconstrucción de ambos preceptos se puede ver la exigua información de las fuentes, a la que antes me refería: para la tabla 6.4, en relación con el *hostis*, se aporta un único *testimonium* (esto es, un fragmento que recoge lo que habría sido el tenor literal de la ley), tomado de Cicerón, en *de*

---

\* El presente trabajo es el texto de una ponencia en el *Incontro di Studio sulle XII Tavole*, organizado por el *Istituto di Diritto Romano* de la *Università degli Studi di Milano*, y celebrado en Milán los días 19 y 20 del mes de marzo de 1992. Para la publicación, hemos preferido respetar el contenido de aquella ponencia, y nos hemos limitado a completar en notas al pie las referencias bibliográficas. Por lo demás, y precisamente porque se abordaba el tema en una exposición oral, esas citas no pretendían agotar la cuantiosa literatura existente sobre las múltiples cuestiones que plantea la usucapion en las XII Tablas, sino que procuramos hacer una selección de la que era, a nuestro juicio, más representativa, y específica sobre los preceptos decenvirales que nos interesaban.

<sup>1</sup> FIRA. I, p. 26 ss.

*officiis*; para la tabla 8.17, sobre las *res furtivae*, no consta ningún *testimonium*, sino tan sólo *fragmenta* (es decir, textos que ofrecen algunos datos sobre el contenido o el sentido del precepto, pero que no bastan para proponer una reconstrucción del mismo) procedentes, el principal, de Gayo, pero también de Juliano y de Justiniano.

Como es sabido, se han propuesto diversas interpretaciones de cada uno de estos dos preceptos, tanto por separado como en un estudio conjunto; pero, a mi juicio, ninguna de ellas termina de convencer en su totalidad. Por eso me propongo comentar aquí los inconvenientes que cabe objetar a esas interpretaciones y sugerir, en la medida de lo posible, una nueva conjetura.

Antes de cualquier otra cosa, quisiera señalar que, a mi juicio, el análisis de estas dos "prohibiciones de usucapir" no puede prescindir de un estudio paralelo, o mejor, comparativo, de cada una de ellas, pues si ambos preceptos impedían la usucapición en determinadas circunstancias, parece razonable entender que las interpretaciones respectivas deben conducir a resultados parejos o, cuando menos, armónicos. Pero también es obvio que la reflexión simultánea sobre ambos preceptos podría añadir alguna dificultad -ya propiamente de análisis, y no sólo expositiva-, y quizá también menguar la objetividad del examen particular de cada precepto. Por esta razón, me parece preferible presentar mis reflexiones sobre el tema en dos fases distintas: en primer lugar, abordar el análisis por separado de cada una de las dos disposiciones, comenzando por el caso del *hostis* y siguiendo con el de las *res furtivae*; después, tras el análisis comparativo, ofrecer mi propia hipótesis.

2. Según acabo de recordar, una referencia literaria sirve como *testimonium* para la reconstrucción del precepto decenviral 6.4, relativo al *hostis*. Se trata de Cicerón, de *officiis* 1.12.37:

Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinus dicimus; indicant duodecim tabulae: "aut status dies cum hoste" itemque "adversus hostem aeterna auctoritas".

Es evidente que el fragmento de Cicerón no tiene que ver con la *usucapio*, ni con la adquisición de la propiedad en sentido genérico, sino que, en este lugar, Cicerón se ocupaba de un tema muy distinto, como es el de explicar el significado del término *hostis* entre los antiguos, para lo que se remonta a la ley de las XII Tablas.

Una explicación semejante del cambio semántico de la palabra *hostis*, se encuentra también en Festo (p. 91)<sup>2</sup>:

Hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellio.

<sup>2</sup> En la edición de LINDSAY, *Sexti Pompei Festi. De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome* (Lipsiae 1913).

Esta referencia de Festo no es útil para el precepto que nos interesa, pero sí vale, al menos, para confirmar la explicación del término *hostis* que da Cicerón, y que éste pone en relación con las XII Tablas. Por esta razón, el pasaje de Festo suele colacionarse<sup>3</sup> también para la prohibición de usucapir contra el *hostis*, pero como *fragmentum*.

Lo que nos interesa ahora es que, según Cicerón, la ley decenviral habría establecido que *adversus hostem aeterna auctoritas <esto>*. De ordinario, se admite sin discusión que esta expresión tendría que ver, de modo más o menos directo, con la *auctoritas* que se origina en una *mancipatio*; pero esta coincidencia inicial no impide que las interpretaciones concretas de los preceptos sean, en cambio, muy dispares.

A mi juicio, esas diferentes interpretaciones pueden refundirse en dos grandes grupos que, cada cual por su parte, presuponen una opinión acerca de otro tema -relacionado, ciertamente, con el de la *auctoritas*, pero de carácter más general-, como es el de la existencia, en época decenviral, de la *usucapio* como forma de adquirir la propiedad. La opinión de cada autor sobre la usucapición en las XII Tablas (aunque a veces no se ocupe de ello de forma expresa) es el trasfondo de su particular exégesis del precepto decenviral, y, en buena medida, la determina. Esta interdependencia resulta, por lo demás, muy natural: parece claro que quienes reconozcan la existencia de la usucapición como modo de adquirir podrán tender a explicar la disposición como una "prohibición de usucapir", esto es, como un caso en que la usucapición deviene imposible; en cambio, esa vía queda impedida para los que no aceptan una tan temprana adquisición por el uso, por lo que se ven abocados a proponer un significado distinto para el precepto.

Representativa del primer punto de vista es, según mi parecer, la interpretación de A. d'Ors<sup>4</sup>, que desarrolla una idea simplemente apuntada por Noailles<sup>5</sup>: la regla *adversus hostem aeterna auctoritas* estaba formulada pensando en el peregrino sin *ius commercii*, y no tenía un sentido propiamente adversativo, de "contra el peregrino", sino más bien relativo, de "respecto a": "respecto al peregrino (sin *commercium*) la *auctoritas* es eterna". El precepto contemplaba el caso en que el peregrino quisiera reclamar un objeto, sobre el que afirmaba su propiedad, y que estaba actualmente en manos de un ciudadano: a este demandado no se le permitía alegar, sin más, el *usus*, sino que debería probar el origen de su adquisición, ya que "respecto al peregrino la *auctoritas* es eterna".

Así, pues, según esta interpretación, el precepto *adversus hostem aeterna*

<sup>3</sup> Una versión semejante a la de Cicerón y Festo la encontramos en Varrón, *L.L.* 5.3: *Multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem*. En la edición de las XII Tablas de Riccobono no se colaciona este texto para la reconstrucción del precepto 6.4, y sí, en cambio, para la disposición 2.2, donde figura la expresión *aut status dies cum hoste*. Sobre este otro precepto decenviral, vid. *infra* 3.

<sup>4</sup> A. D'ORS, *Adversus hostem aeterna auctoritas esto*, en *AHDE*. 29 (1959), p. 597 ss.

<sup>5</sup> NOAILLES, *L'"auctoritas" dans la Loi des XII Tables*, en "*Fas*" et "*ius*". *Etudes de Droit romain* (Paris 1948), p. 237 ss., especialmente p. 277 ss.

*auctoritas* contenía una prohibición de usucapir "respecto" al peregrino, concebida, por tanto, de modo objetivo: la regla aludía, en el fondo, a las *res hostium*, y no al peregrino mismo.

Desde esta perspectiva -que reconoce una *usucapio*, aunque fuera incipiente, en la ley decenviral-, A. d'Ors explica el precepto como una manifestación del principio de reciprocidad internacional: puesto que los peregrinos no podían adquirir por *usucapio* cosas de los romanos (ya que éste era un modo del *ius civile*), tampoco los romanos podían adquirir por el simple uso las de los extranjeros.

De la otra corriente doctrinal puede tomarse como paradigma la opinión de Kaser<sup>6</sup>, según la cual tanto la regla *usus auctoritas* como la excepción *adversus hostem* tenían únicamente un sentido procesal, en relación con la prueba del derecho que el litigante hubiera alegado: la disposición *usus auctoritas* permitía que el *accipiens* de una *mancipatio*, después del plazo de uno o dos años, pudiera defenderse en el proceso por sí mismo demostrando el *usus* durante ese tiempo, sin necesidad, por tanto, de recabar la asistencia procesal de su *dans*; la regla *adversus hostem*, al declarar eterna la *auctoritas*, constituía una excepción a ese principio general, por lo que el *accipiens*, bien cuando él mismo era un *hostis*, bien cuando lo era su *dans*, debía acudir siempre al juicio avalado por la *auctoritas* de su *dans*.

Kaser considera el principio como relacionado estrechamente con la *mancipatio*, y, por tanto, entiende que el *hostis* a que se refiere se trata de un peregrino con *commercium*; en otro caso, no podría haber participado en una *mancipatio*. En consecuencia, entiende el *adversus* como "contra", y la regla vendría a significar: "contra el peregrino (con *commercium*) la *auctoritas* es eterna". De este modo, siempre que en la *mancipatio* hubiese intervenido un *hostis*, como *dans* o como *accipiens*, quedaba en suspenso la regla *usus auctoritas* (sólo favorable a los ciudadanos), de tal manera que se privaba, en unos casos, al extranjero *accipiens* de la referida ventaja procesal, y, en otros, al extranjero *dans* de la posibilidad de liberarse de su responsabilidad frente al *accipiens*, impidiéndose, al mismo tiempo, en todos los casos, que el *accipiens* pudiera, por el simple uso continuado, consolidar un derecho sobre los objetos mancipados.

Según esta interpretación de Kaser, si no le hemos entendido mal, la expresión *adversus hostem* no hace referencia a una relación procesal concreta planteada contra el *hostis*, a propósito de la cual se declara eterna la *auctoritas*, sino que tiene un sentido más general: "contra" o "en perjuicio de" un peregrino, la *auctoritas* es siempre eterna, es decir, lo que resulta *adversus hostem* es la misma declaración de *auctoritas aeterna*.

3. Hasta aquí quedan expuestas, a grandes trazos, las dos principales tendencias en la interpretación del *adversus hostem*. Según mi criterio, como ya anuncié, ninguna de ellas convence de manera absoluta, antes bien, respecto de

<sup>6</sup> KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*<sup>2</sup> (Köln-Graz 1956), p. 86 ss.; y *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, en *ZSS*. 68 (1951), p. 155 ss.

las dos pueden manifestarse algunas dudas. Inmediatamente veremos en qué consisten, pero antes quiero reconocer abiertamente mi escepticismo acerca de la existencia, en el texto decenviral, de una verdadera *usucapio*. En mi opinión, de la misma manera que no cabe afirmar que la *emancipatio* estaba ya contemplada en la XII Tablas, aunque sí un precepto que puede considerarse su embrión, del mismo modo, tampoco la *usucapio* como tal era conocida en la época decenviral, por más que hubiese un precepto relativo a la limitación del *usus auctoritas*, sobre la base del cual, con el tiempo, se conformaría la *usucapio*. Por lo demás, la existencia en ese momento de la *usucapio*, como modo autónomo de adquirir la propiedad, no tiene, a mi modo de ver, un suficiente apoyo textual<sup>7</sup>.

Ocupémonos ya de las interpretaciones de *adversus hostem*. Con respecto a la primera opinión, me parece difícil que *adversus hostem* pueda entenderse como una prohibición de *usucapir*, de carácter objetivo, referida a las *res hostium*. Es cierto, desde luego, que A. d'Ors no parece estar pensando en una *usucapio* en el sentido clásico del término, sino más bien en un efecto adquisitivo resultante de la limitación temporal de la *auctoritas* del *dans*. En este punto no hay, por mi parte, discrepancia: la *mancipatio*, y en concreto la duración de la *auctoritas*, es el núcleo originario que permite el posterior desarrollo de la *usu-*

---

<sup>7</sup> De las noticias acerca de los preceptos decenvirales que podrían ponerse en relación con la *usucapio* (5.2; 6.3; 6.4; 6.5; 7.4; 8.17; 10.10), únicamente se utiliza la expresión *usucapio*, *usucapere* y derivados, refiriéndola a las XII Tablas, en las siguientes ocasiones: seis fragmentos de las *Institutiones* de Gayo (2.47, sobre la *res mancipi mulieris* enajenada *sine tutoris auctoritate*; 2.42 y 2.54, sobre el diferente plazo para muebles e inmuebles; 1.111, sobre la adquisición de la *manus*; 2.45 y 2.49, sobre la *res furtiva*), dos de la Paráfrasis de Teófilo (2.6. pr., sobre el plazo, y 2.6.2, sobre la *res furtiva*), uno de las *Noctes Atticae* de Aulo Gelio (3.2.13, sobre la *manus*), y dos del *de legibus* de Cicerón (1.21.55, sobre los cinco pies para el paso entre fincas, y 2.24.61, sobre el *forum bustumve*). A simple vista, podría pensarse que el número de citas es bastante elevado, pero, bien al contrario, un análisis detenido permite afirmar, a mi juicio, que esa conexión *usucapio*-XII Tablas se da, propiamente, sólo en la obra de Gayo y de Aulo Gelio. En efecto, estos dos autores retrotraen a la época decenviral la adquisición por el simple uso, pero los otros testimonios no son tan concluyentes. A mi parecer, que la conexión se reconozca también por Justiniano no ofrece ningún argumento nuevo, pues, como es sabido, sus *Institutiones* siguen a las de Gayo, con lo que I. 2.6.2 está claramente influenciado por el fragmento correlativo de Gayo; y otro tanto puede decirse de la Paráfrasis de Teófilo, que comenta directamente las *Institutiones* de Justiniano. Por su parte, el testimonio de Cicerón en *de legibus* tampoco parece definitivo, pues en otras ocasiones el mismo autor no habla ya de *usucapio*, sino de *auctoritas*, o de *usus auctoritas*: en *top.* 4.23 (*usus auctoritas fundi biennium...*, aunque aquí no menciona expresamente XII Tablas, sino sólo *in lege*) y en *de off.* 1.12.37, donde reproduce el tenor literal del precepto 6.4, sobre el *hostis* (*adversus hostem aeterna auctoritas*). A mi entender, es muy significativo que precisamente cuando repite al pie de la letra la disposición decenviral, sólo emplee la expresión *auctoritas*; por eso, sus referencias a la *usucapio* en el *de legibus* deben tomarse con cierta cautela. Por lo demás, esta supuesta prohibición de *usucapir* el *limes* o el *forum bustumve* podría tener su origen propiamente en la imposibilidad de *mancipar* tales objetos: si la *usucapio* surge como complemento de la *mancipatio*, y tales objetos no pueden ser *mancipados*, parece claro que tampoco podrán ser *usucapidos*.

*capio*, como modo autónomo de adquirir. Así, pues, aceptamos la idea de que esa limitación temporal de la *auktoritas* es el precedente de la usucapición; pero ésta, entendida ya como modo de adquisición de la propiedad civil por la posesión continuada, parece claro que no puede remontarse a una época tan antigua.

La regla decenviral relativa al *usus auctoritas* (Cicerón, *top.* 4.23: *usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium ... annuus est usus*), parece establecer una dependencia entre la *auktoritas* -la situación del *auctor* del que deriva el derecho del adquirente- y el *usus* -la tenencia material del *accipiens*-. A mi modo de ver, siguiendo en esto parcialmente a Kaser, la finalidad primordial de esta limitación no debe buscarse en la idea de "adquisición de la propiedad", sino en el intento de salvar las graves dificultades planteadas por el carácter "derivativo" de la *mancipatio*.

En efecto, puede conjeturarse que antes de las XII Tablas la *auktoritas* de un *mancipio dans* fuera siempre eterna, pues resulta propio de una mentalidad arcaica que quien vende quede ligado definitivamente a su comprador, de modo que deba asistirle en cualquier conflicto procesal. Pero esa *auktoritas aeterna*, si bien suponía una total seguridad para el *accipiens*, comportaría al mismo tiempo graves problemas prácticos, sobre todo en cuanto se hicieran varias enajenaciones del mismo objeto, con lo que se acumularían una serie de *auktoritates aeternae* de los sucesivos *dantes*. Así, se iría dejando sentir la necesidad de poner una limitación temporal a esa relación entre el *dans* y el *accipiens*, que se pudo haber introducido, precisamente, al redactar la ley de las XII Tablas (conservándose la *auktoritas aeterna*, de todos modos, para algunos casos especiales). Por consiguiente, mientras transcurría el plazo, lo que para el *dans* era una situación de *auktoritas*, para el *accipiens* era de *usus*, de simple tenencia material del objeto; una vez transcurrido, el derecho del *accipiens* se independizaba, a efectos de prueba, del que había tenido el *dans*: en un proceso sobre el objeto, el *accipiens* ya no podría solicitar la ayuda derivada de la *auktoritas*, y únicamente podría alegar su propia tenencia (*usus*) durante el plazo legal.

Ciertamente, este medio de prueba referido al simple *usus* implicaba, de forma embrionaria, la idea de la adquisición por el uso, y tal vez pueda conjeturarse que esa interpretación siguió, con cierta inmediatez, a la limitación decenviral de la *auktoritas*; después, habría madurado paulatinamente hasta que -ya en el siglo IV a.C., con la creación de la Pretura- la vía interdictal hizo aparecer el término *possessio*. Esta evolución puede deducirse, a mi juicio, de la circunstancia de que siga conservándose para la institución el nombre de *usu capio*, pese a que su construcción se haga en torno a la *possessio*, y no al *usus*. Eso indica, sin duda, que la idea de "adquisición por el uso" es anterior al concepto de *possessio*; pero no, según mi criterio, a la ley de las XII Tablas. Entre el momento de la ley decenviral y la aparición de la *possessio* interdictal media algo más de un siglo, lapso de tiempo suficiente para que pudiera fraguar la idea de "adquisición por el uso" y la expresión *usu capere*, de manera que ésta ya no pudo ser desplazada cuando se elaboró la figura jurídica en torno a la posesión.

Así, pues, a mi modo de ver, la "adquisición por el uso" se alcanzó, de forma intuitiva y embrionaria, como consecuencia de la limitación de la *aucto-*

*ritas*; en todo caso, por tanto, después de la ley decenviral, que estableció los plazos de *usus auctoritas* con la finalidad primordial de limitar la responsabilidad del *dans*. El mismo hecho de que, cuando desea evitar la independización procesal del *accipiens* respecto al *dans*, el texto decenviral acuda a declarar *aeterna* la *auctoritas*, parece dar a entender que éste era el aspecto primario, mientras que el *usus* sería secundario.

En definitiva, por lo que se refiere a esta cuestión de la *usucapio*, soy más partidaria de la tesis de Kaser, para el que la regla *usus auctoritas*, y sus excepciones de *aeterna auctoritas*, tenían una naturaleza exclusivamente procesal, pero no un efecto positivo de adquisición. En cambio -y vuelvo así a la discusión de la regla *adversus hostem*, de donde partimos- la concreta interpretación de Kaser sobre este precepto - que el peregrino con *commercium* que intervino en una *mancipatio* nunca pueda acogerse a la ventaja procesal del *usus*, y deba recabar la *auctoritas*- no deja de presentar dificultades, que ya en su día fueron señaladas por A. d'Ors<sup>8</sup>, y que pueden resumirse como sigue.

Por una parte, resulta extraño que la regla *adversus hostem* se refiriese a aquél que tenía *ius commercii*, pues, según parece<sup>9</sup>, la concesión era todavía muy poco frecuente en la época de las XII Tablas, con lo que se habría dedicado un precepto para contemplar lo que, lejos de ser la práctica general, se produciría tan sólo en casos aislados. Por otra parte, además, podría verse una cierta incongruencia en que, tratándose de peregrinos con *commercium* -que, por tanto, podían actuar en una *mancipatio*-, se les excluyera del principio *usus auctoritas*; el *ius commercii* implicaba, a fin de cuentas, la equiparación con los ciudadanos para las actividades negociales. De hecho, Kaser se ve obligado a matizar que, con la regla *adversus hostem*, se quería precisamente poner un freno a la asimilación *hostis* con *commercium-civis*; en definitiva, esto constituía la finalidad última del precepto.

La crítica de A. d'Ors es, sin duda, muy aceptable; pero igualmente podrían aducirse otros argumentos en contra de la interpretación del *hostis* como peregrino sin *commercium*. A mi juicio, el problema no radica tanto en los inconvenientes que puedan señalarse, a una y otra interpretaciones, como en que ambas parten de un presupuesto erróneo, pues identifican al *hostis* decenviral con el peregrino, ya sea éste con o sin *ius commercii*. Y ese punto de partida, en mi opinión, es ya una primera afirmación que puede rebatirse, por las razones que expongo a continuación.

Esa identificación entre el *hostis* y el *peregrinus* con *commercium* arranca del testimonio, ya visto, de Cicerón, *de off.* 1.12.37: *hostis apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinus dicimus*, corroborado por Festo (p. 91). La doctrina moderna, sin duda influida por esta información, se ha enredado en una larga discusión acerca de si el *hostis* (decenviral) era un *peregrinus* con *commercium* o sin él, y Kaser se ha inclinado por la primera posibilidad. Pero,

<sup>8</sup> Vid. *supra* n. 3.

<sup>9</sup> Por todos, vid. GUARINO, "Commercium" e "ius commercii", en *Le origini quiritarie* (Napoli 1973), p. 266 ss.

en mi opinión, tal vez este problema sea una secuela de la identificación excesivamente rígida entre *hostis* y *peregrinus*, por seguir al pie de la letra las informaciones de Cicerón y Festo. Y quizá ese camino no sea el adecuado.

A mi modo de ver, el punto de conexión entre el *hostis* y el *peregrinus* no es tanto de carácter positivo -lo que "son" ambos- como negativo -lo que "no son"- . Esto es, el *hostis* y el *peregrinus* encuentran su común denominador en el hecho, simplemente, de no ser ciudadanos. Desde luego, sí parece claro que la existencia de *peregrini* implica también la de *cives* y *latini*, y estas distinciones no pueden retrotraerse a una época tan temprana como la de XII Tablas, sino que son una consecuencia de la posterior expansión territorial de Roma. Por eso, la identificación, sin más, entre *hostes* y *peregrini*, no resulta, a mi juicio, admisible.

¿Quiénes son, entonces, los *hostes*, en época decenviral? Debe admitirse que no lo sabemos con precisión; no obstante, podemos recabar de las fuentes alguna información al respecto. En el texto decenviral aparece el término *hostis* en tres ocasiones: además del precepto 6.4 (*adversus hostem*) que nos ocupa, también en 2.2 y en 9.5. Muy particularmente, el precepto 2.2 ofrece datos de interés<sup>10</sup>: *aut status dies cum hoste*.

Para la restitución de este precepto sirve como *testimonium* el mencionado pasaje de Cicerón, *de off.* 1.12.37. Como *fragmenta* pueden utilizarse: Plauto, *Curc.* 1.1.5: *si status conductus cum hoste intercedit dies* (un pasaje que, sorprendentemente, no se menciona nunca de forma expresa a propósito del precepto decenviral 2.2); Aulo Gelio, *Noct. Att.* 16.4.4, en relación con el juramento de los soldados de presentarse a la leva: *status conductusve cum hoste*; y por último, Festo (p. 414 y 416), un texto que interesa de modo especial, y que en la edición de XII Tablas de Riccobono no se ofrece completo: *Status dies cum hoste vocatur qui iudicii causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*.

A mi juicio, la constancia de todos estos testimonios, y el mismo precepto decenviral 2.2 -que parece estar en relación con las causas de la *diffissio*-, llevan a pensar que era posible litigar contra los *hostes*. Por tanto, tal vez deba ponerse en tela de juicio la afirmación, traslaticiamente mantenida, de que el sistema de *legis actiones*, y en general los actos solemnes propios del *ius civile*, estaban reservados a los ciudadanos.

Esta sospecha puede apoyarse todavía en otro texto más, éste de Varrón, *L.L.* 6.6: *sic conserere manum dicimur cum hoste; sic ex iure manum consertum*

<sup>10</sup> El precepto 9.5 -colocado por los editores de XII Tablas a partir de una noticia de Marciano 14 *inst.-D.* 48. 4.3, que vale como *fragmentum*: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri-*, en cambio, no es de gran utilidad: como se aprecia a simple vista, aquí se emplea *hostis* en un sentido claro de "enemigo", y Marciano retrotrae la información al tiempo de las XII Tablas, lo cual, recordando los testimonios de Cicerón y Festo, es claramente un anacronismo. Por consiguiente, el testimonio de Marciano todavía enturbia más el significado de *hostis* en época decenviral.

*vocare; hinc adserere manu in libertatem cum prendimus*. Según explica Aulo Gelio, *Noct. Att.* 20.10.7, ese *conserere manum* consistía en un "imponer la mano", como modo ritual de iniciar un proceso vindicatorio; ese mismo acto ritual de *conserere manum* habría podido tener lugar, en la autorizada opinión de Arangio-Ruiz<sup>11</sup>, en el acto de la *mancipatio*. Y ese *conserere manum* también podía llevarse a cabo, si atendemos a Varrón, *cum hoste*.

Así, pues, nos consta que era posible litigar contra un *hostis*, y establecer un día para el juicio (Cicerón, Plauto, Aulo Gelio y Varrón lo confirman), de donde se deduce que las relaciones jurídicas entre *hostes* y *cives* debían de ser mucho más frecuentes de lo que habitualmente se reconoce. Y si se les admitía a una *legis actio*, acto solemne por antonomasia, no se ve razón para negarles su participación en otros, como la *mancipatio*, que, por lo demás, habría tenido un mismo origen.

Lo que parece claro, a mi juicio, es que la opinión tradicional acerca del *hostis*, como un individuo excluido de los actos solemnes, no está avalada por las fuentes. Esa opinión extendida quizá proceda, precisamente, de la estricta, y errónea, identificación entre *hostis* y *peregrinus*: éste, en efecto, sólo puede participar en los negocios del *ius gentium*, y no en los formales del *ius civile*, salvo que se le haya reconocido el *commercium*; pero el *hostis*, en la época decenviral, es simplemente un extranjero, capaz para realizar actos solemnes con los *cives*. Esta afirmación, que puede parecer aventurada, tiene, a mi modo de ver, un sólido fundamento en el fragmento de Festo antes citado (p. 416): entre los antiguos, se les daba a esos no ciudadanos el nombre de *hostes*, *quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*.

Esta idea de que en la época arcaica se reconocería una igualdad entre *hostes* y *cives* se confirma también desde el punto de vista etimológico. En efecto, según Benveniste<sup>12</sup>, *hostis* tuvo originariamente el sentido de "huésped", esto es, el extranjero que era acogido en Roma, estableciéndose entre él y un *civis* un vínculo de reciprocidad. La institución de la "hospitalidad" se apoyaba en una relación interindividual, concebida como recíproca, como una actuación por "compensación": el *civis* daba al *hostis* el mismo trato que el *hostis* al *civis*. Es decir, existía, entre ambos, igualdad; por eso, como afirma Varrón en el pasaje citado, el término *hostire* se empleaba para significar "nivelar, igualar" (*aequare*).

Sólo con posterioridad, a medida que Roma se expandía territorialmente e

---

<sup>11</sup> ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano I* (Napoli 1952), especialmente p. 36 ss.: "Accanto questa sostituzione della *res vindicata* col suo simbolo, troviamo menzionato da altri scrittori un *ex iure manum conserere* (e un *ex iure manum consertum vocare*), che la *communis opinio* giustamente interpreta nel senso di una rinnovazione, nel luogo dell' immobile, di quel simulacro di lotta fra i contendenti che era inscenato nella *legis actio* in questione. Nulla, che io veda, esclude che la sostituzione dell' immobile mediante una sua *pars aliqua* sia stata alcun tempo praticata anche in tema di *mancipatio*..."

<sup>12</sup> BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (Paris 1969), trad. esp. (Madrid 1983), p. 58 ss., especialmente p. 61 ss.

iba adaptando su organización social a la nueva situación, el individuo, e incluso el clan familiar, fueron perdiendo relevancia en favor de la *civitas*, como conjunto de *cives*. En consecuencia, el punto de referencia para contemplar las relaciones no eran ya los individuos, ni las tribus, sino la *civitas*, y así *hostis* fue tomando paulatinamente el sentido de "extraño a la *civitas*, extranjero"; de ahí, y por un cambio social no bien conocido, según Benveniste<sup>13</sup>, pasó a tener el matiz más moderno de "hostil", esto es, de "extranjero enemigo". En ese momento, el significante *hostis* se hacía ya inadecuado para abarcar al "extranjero no enemigo" (a aquel *hostis* antiguo), y por eso surge un nuevo término para referirse a las relaciones regidas por la igualdad recíproca, por la hospitalidad: el *hospes*.

En definitiva, que la raíz común de *hostis* y *hospes*, o mejor dicho, la circunstancia de que *hostis* fuese el primer término para aludir al "huésped", al extranjero que se relaciona con el *civis* en pie de igualdad, por la reciprocidad en que se fundamentan sus vínculos, avala, a mi juicio, la conjetura de que ese *hostis* decenviral estuviera incorporado al mismo sistema jurídico de los *cives*, y participase, por tanto, de los actos solemnes, como la *mancipatio*, propios de aquel *ius*.

Así, pues, en el lenguaje decenviral, los *hostes* no son una figura idéntica a los más tardíos peregrinos con *commercium*, sino solamente los "extranjeros", los no ciudadanos que, de todos modos, tenían acceso a los actos solemnes, porque gozaban de un *par ius* con los ciudadanos, debido a la cualificación especial que les confería la reciprocidad en que se apoyaba su vínculo con los *cives*. En este punto, retomo parcialmente la idea manifestada por A. d'Ors<sup>14</sup>, que ve la razón última del precepto *adversus hostem* en la reciprocidad de las relaciones *hostes-cives*. Pero A. d'Ors aplica el principio de reciprocidad a una usucapión ya objetivada: para los *cives* era imposible usucapir las cosas de los *hostes*, lo mismo que éstos no podían usucapir las de los *cives*. En mi opinión, sin embargo, la reciprocidad no se referiría a la imposibilidad de usucapir -pues esa concepción objetiva del uso como modo de adquirir no se habría alcanzado todavía-, sino a la igual situación de que gozaban *cives* y *hostes*, con carácter general.

Termino ya esta exposición, inevitablemente extensa, pero de la que no podía prescindir, por razones obvias. Siguiendo el esquema que ya anuncié, veamos ahora lo que se ha afirmado sobre el caso de las *res furtivae*, antes de proponer nuestra explicación de los dos preceptos.

4. La reconstrucción del precepto relativo a las *res furtivae* se hace más dificultosa, por cuanto no solamente faltan *testimonia* que recojan su tenor literal, sino que, además, los *fragmenta* donde se alude a su existencia y contenido no son siempre coincidentes. Como *fragmentum* principal suele proponerse Gayo 2.45:

<sup>13</sup> BENVENISTE, *Vocabulaire* (n.12), p. 63.

<sup>14</sup> A. D'ORS, art. cit., en *AHDE*. 29 (1959), p. 604.

Furtivam (rem) lex XII Tabularum usu capi prohibet.

A primera vista, se diría que el texto da una información indiscutible y, bien al contrario, su contenido desconcierta si se tienen presentes otras fuentes, en particular, un pasaje de Aulo Gelio, en *Noctes Atticae* 17.7.1, donde se atribuye la prohibición de usucapir cosas hurtadas a otra ley distinta:

Legis veteris Atiniaie verba sunt: "quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto".

La contradicción entre estos dos textos suele salvarse aceptando que, tanto la ley de las XII Tablas como la *lex Atinia*, se habrían ocupado de la *res furtiva*, lo que, por otra parte, se confirma en las noticias posteriores<sup>15</sup>. Ahora bien, como no parece muy verosímil que la *lex Atinia* se hubiera limitado a repetir, sin más, la prohibición que ya se habría establecido en la ley de las XII Tablas, todavía debe buscarse una explicación para esa doble regulación del supuesto de las *res furtivae*.

A ese respecto, se reconoce ordinariamente como válida la conjetura de Mommsen<sup>16</sup>, para el que las XII Tablas habrían contemplado el caso desde una perspectiva subjetiva, estableciendo un principio aplicable tan sólo a la persona del ladrón, mientras que la *lex Atinia* habría objetivado la regla, refiriéndola a las *res furtivae*, y extendiendo su aplicación, en consecuencia, a todos los sucesivos adquirentes del ladrón, aunque ignorasen el hurto.

A falta de un testimonio que recoja el tenor literal de ese precepto decenviral, las interpretaciones doctrinales son, como cabría esperar, más cautelosas, y se limitan a aceptar esa hipótesis de que la disposición afectaría sólo al *fur*, y no propiamente a la *res furtiva*. Pese a todo, algunos autores aventuran una explicación más completa.

Por ejemplo, Kaser<sup>17</sup> entiende que atribuir al precepto una redacción semejante a la que nos consta para el *hostis*, conservando un estricto paralelismo - lo que daría un "*adversus furem aeterna auctoritas*"-, no tendría sentido, ya que

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, en un texto de Juliano 44 *dig.*-D. 41.3.33 pr.: *...nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa...*; y en otro de Justiniano I. 2.6.2: *...nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem*. En cambio, se menciona sólo la *lex Atinia* en Paulo 44 *ad ed.*-D. 41.3.4.6: *Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapitur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur...* La circunstancia de que Paulo se refiera únicamente a la *l. Atinia* quizá pueda deberse a que, en este fragmento, le interesaba aclarar la sanación del vicio de furtividad si el dueño recuperaba la cosa. En efecto, la excepción *nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur* debió de haber sido introducida por la *l. Atinia*, como conjeturó KASER, *Eigentum*<sup>2</sup> (n.6), p. 96.

<sup>16</sup> MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (reimp. Graz 1955), p. 756 n. 1.

<sup>17</sup> KASER, *Eigentum*<sup>2</sup> (n.6), p. 96, defendía todavía que el precepto se aplicaría también contra terceros ya desde la misma época de las XII Tablas; pero en trabajos posteriores (art. cit., en *ZSS*. 68 [1951], p. 168 ss.; y *Römisches Privatrecht* I<sup>2</sup> [München 1971], p. 137) se ha sumado a la hipótesis de Mommsen.

entonces debería pensarse no sólo en el supuesto de un *fur dans*, sino también en el de un ladrón *accipiens*, al que se forzaría siempre a solicitar de su *dans* la asistencia procesal; el supuesto no tiene, en efecto, muchos visos de verosimilitud. Por eso Kaser afirma que probablemente el tenor de la disposición 8.17 era diferente, y su objetivo era impedir que un ladrón que vendiera el objeto pudiera quedar liberado, después de los plazos legales, de la ayuda procesal a su comprador.

A mi modo de ver, Kaser tiene razón al mostrar su perplejidad acerca de un hipotético precepto decenviral que hubiese contemplado al ladrón como *accipiens*, y también comparto la idea de que el precepto tendría que estar referido al ladrón *dans*.

Así, pues, de este precepto decenviral relativo al *fur* parece claro cuál debió haber sido su contenido sustancial, pero -a diferencia de lo que ocurría con el relativo al *hostis*- desconocemos su tenor literal. No obstante, respecto a éste, no podemos compartir la opinión de Kaser de que se trataría de un precepto esencialmente distinto del relativo al *hostis*, pues, a fin de cuentas, la disposición respondía en ambos casos al mismo objetivo: impedir la liberación del *dans* por el paso del tiempo. Es cierto, desde luego, que al no conservarse *testimonia*, faltan también argumentos positivos para defender que su tenor literal hubiese sido "*adversus furem aeterna auctoritas esto*" o similar; pero la dificultad de Kaser para admitir esto no radica en el mismo hipotético tenor literal del precepto ni en su contenido, sino en la interpretación que él da al precepto "*adversus hostem aeterna auctoritas esto*". Es precisamente su interpretación de este precepto la que le impide admitir un tenor literal semejante para el del *fur*. Pero de ello trataremos más adelante.

Con estas reflexiones, también someras, sobre el precepto relativo al *fur*, termino ya lo que anunciaba como primera parte de la exposición. Así, pues, paso al análisis de ambos preceptos.

5. En mi opinión, hay dos circunstancias que conviene tener muy presentes para la interpretación de esas disposiciones, ya que constituyen, en realidad, su presupuesto.

i) En primer lugar, los dos preceptos decenvirales no sólo pertenecen a la misma época y al mismo cuerpo legal-como es obvio-, sino que responden también a la misma finalidad, de impedir la liberación del *dans* con respecto al *accipiens*. Por tanto, si ambos atendían al mismo propósito, parece lo más natural que su formulación fuese también semejante, y dotada de un mismo carácter. A mi juicio, sería bastante inverosímil que el sentido del uno fuera distinto al del otro; por ejemplo, que el precepto *adversus hostem* fuera concebido subjetivamente -como dirigido al *hostis*-, y, en cambio, que el segundo caso se configurase objetivamente-refiriéndolo a las *res furtivae*-. Además, esa configuración subjetiva u objetiva son reflejo de un diferente grado de madurez jurídica, y por eso sería un poco sorprendente que en una misma época se hubiesen establecido dos disposiciones de diferente naturaleza. En consecuencia, al menos debe intentarse una explicación que permita atribuirles un mismo carácter. Ahora bien, ¿sería éste subjetivo u objetivo?

Hemos visto, al tratar del supuesto del *hostis*, cómo algún autor le atribuye un sentido objetivo, referido a las *res hostium*, y ya entonces manifesté mis reticencias. En efecto, me parece difícil atribuir a ese precepto, igual que al del *fur*, un carácter objetivo, por las razones antes expuestas: concebir las *res hostium* o las *res furtivae* como no adquiribles por el uso presupone el reconocimiento de la *usucapio* en cuanto modo de adquirir, lo que, a mi juicio, es demasiado prematuro para la época decenviral. Además, en el caso de las *res furtivae*, todavía podría señalarse otro inconveniente, al que también me referí en su momento, y es que la existencia de la *lex Atinia* -y su tenor literal, que conocemos- parecen avalar la afirmación de que la "objetivación" se habría producido en esa ley, como novedad respecto del tiempo anterior.

Por otro lado, también encuentro relevante, en contra del posible sentido objetivo de los preceptos, un argumento de tipo más bien histórico, que se refiere al procedimiento habitual de creación y desarrollo de las categorías jurídicas. Es algo evidente que los conceptos de carácter subjetivo son más sencillos de alcanzar -por el hecho de personalizarse en un individuo- que los de carácter objetivo, que precisan un mayor grado de abstracción. Prueba de ello es que los conceptos subjetivos suelen preceder a sus correlativas nociones objetivas: *fur* es anterior a *furtum*, de *auctor* deriva *auctoritas*<sup>18</sup>.

En consecuencia, parece más propio de un tiempo antiguo configurar la disposición desde un punto de vista subjetivo que objetivo. Así habría sucedido en XII Tablas 6.4 y 8.17, que se referirían, respectivamente, al *hostis* y al *fur*. Soy consciente, de todos modos, que la afirmación debe hacerse con toda cautela, pues contamos con escasas fuentes directas; pero eso no impide que, al menos como conjetura, pueda mantenerse.

ii) En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que si, como parece, *auctoritas* es una noción que deriva, por abstracción, de *auctor*, aquélla habrá de entenderse como la situación en la que se encuentra el *dans*, por haber servido como fundamento para el derecho del *accipiens*<sup>19</sup>; justo por eso, el *dans* debe asistirle en el proceso y, eventualmente, restituirle el doble del precio. Así, pues, la *auctoritas* afecta principalmente al que vende por *mancipatio*, aunque, eso es obvio, también implica al *accipiens* -que será quien deba solicitar la asistencia-. Pero el papel de éste es, a mi juicio, más secundario, como sujeto necesario de la relación, para que pueda darse la vinculación del *auctor*.

En otras palabras, cualquier disposición donde se mencione la *auctoritas*,

<sup>18</sup> NOAILLES, art. cit., en "*Fas*" et "*ius*" cit., p. 259 ss.

<sup>19</sup> Existe un texto de Festo, *De verborum significatu* cit., p. 89, que resulta muy interesante, por cuanto permite sostener que la idea de *auctoritas* (como fundamento para el derecho que obtiene el *accipiens*) habría provocado una aproximación en el significado de los términos *fundus* y *populus*: *fundus quoque dicitur populus esse rei, quam alienat, hoc est auctor*. No es éste el lugar indicado para abordar el tema en profundidad, pero vid. de todos modos, FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e "auctoritas" nella vendita romana*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* I (Milano 1991), p. 73 ss., donde se contienen afirmaciones que no podemos compartir.

debe entenderse en el sentido de que su destinatario es el *dans* de una *mancipatio*. Esto parece confirmarse por la expresión *usus auctoritas*, que refleja de forma más completa las consecuencias del acto de la *mancipatio*: el *usus* se refiere al *accipiens*, como simple tenencia material, y la *auctoritas* al *dans*, como base del derecho del *accipiens*, y de donde deriva su obligación de asistencia procesal.

Si se acepta esto, parece claro que la declaración de *aeterna auctoritas* - ahora sin mención del *usus*- debe ponerse en conexión con quien tiene la cualidad de *auctor*, esto es, con el *dans* de la *mancipatio*. Además, la expresión va precedida de un *adversus*, lo que conlleva la idea de que la declaración, que afecta al *dans*, le perjudica<sup>20</sup>, porque prolonga su cualidad de *auctor* (aunque, desde luego, la declaración repercutía en el *accipiens*, ya que siempre debería solicitar la asistencia procesal). De todos modos, a mi juicio, *adversus* no sería propiamente un término procesal, en el sentido de referirse a un demandado "en contra del cual" se plantea una reclamación, sino que tendría un alcance mayor, de afirmar la *aeterna auctoritas* "en perjuicio" de alguien.

En mi opinión, estos dos presupuestos (i y ii) son el sustrato necesario para la interpretación particular de los dos preceptos decenvirales, de la que paso a ocuparme inmediatamente.

#### 6. XII Tablas 8.17: ...?

Según vimos, parece claro cuál debió haber sido el contenido sustancial de este precepto decenviral, pero ignoramos, en cambio, su tenor literal. Respecto al contenido, la opinión tradicional, que yo acepto, entiende que la disposición establecía una *auctoritas aeterna* en contra del *fur* que, mediante *mancipatio*, enajenaba a un tercero la *res Mancipi* que él había hurtado. De este modo, el *fur dans* no se liberaba nunca de la *auctoritas*, es decir, de su deber de asistencia procesal al *accipiens*, y, al mismo tiempo, éste no independizaba nunca el derecho adquirido del que tenía quien había sido su *auctor*.

Este sería, pues, el supuesto de hecho que contemplaba el precepto: que el *fur* hubiera vendido la *res Mancipi* hurtada, y el *accipiens* se viese complicado en alguna reclamación procesal. Aquí cabría la posibilidad de que el *accipiens* se viese reclamado por quien se decía verdadero propietario, o que, perdida la cosa en favor de un tercero, el *accipiens* decidiese reclamar contra él. En ambos casos, al alegar el *accipiens* la regla *usus auctoritas*, su oponente procesal la invalidaría replicando el hurto del que había sido víctima, y forzando la presentación del *dans*: la adquisición de éste había sido ilícita, por lo que su *accipiens* perdería el juicio; pero podría reclamar contra ese *dans* ladrón el doble del precio, fundándose en la *aeterna auctoritas*.

Este juego procesal tendría cabida únicamente si se produjo una sola

<sup>20</sup> Que *adversus* pueda entenderse como "respecto a", y referirse entonces no al sujeto de la *auctoritas* (el *dans*), sino al objeto sobre el que recae (*res hostium* o *res furtivae*) no parece convincente, pues comportaría ese grado de "objetivación", que resulta prematuro para la época decenviral, y en especial para las cosas hurtadas.

transmisión *fur-accipiens*: en cambio, si el actual *accipiens* recibió de otro *dans* no ladrón, la alegación del hurto por el propietario sería inútil, porque el *dans* intermedio no podía ser obligado a acudir a juicio (ya que lo impedía la regla *usus auctoritas*, que lo había liberado por el paso del tiempo). En otras palabras, sólo si el propietario conseguía probar el hurto, y demostrar que lo había cometido el *dans* del actual *accipiens*, podía dejar sin efecto la regla *usus auctoritas*, pues entonces debería aplicarse la excepción "en perjuicio del ladrón que mancipe la cosa hurtada, la *auctoritas* es eterna"<sup>21</sup>

Este régimen decenviral para la *mancipatio* llevada a cabo por un *fur* se habría perfeccionado con posterioridad, al establecer la *lex Atinia* otro régimen de carácter objetivo: la *mancipatio* de una *res furtiva*, con independencia de quién haya sido el *dans* -si el ladrón o algún adquirente sucesivo- implicaba siempre para éste una *auctoritas aeterna*; expresión que quizá ya en este momento deba entenderse como prohibición de usucapir, en el sentido técnico de esta palabra. Pero esta objetivación de la prohibición no procede de las XII Tablas, sino de la *lex Atinia*.

Nos queda todavía la cuestión del tenor literal del precepto. Aunque éste no nos ha sido transmitido, tal vez pueda aportar algún indicio la propia *lex Atinia*. Esta *lex*, probablemente de la segunda mitad del siglo II a.C., establecía una prohibición objetiva de usucapir las *res furtivae* expresada, según el testimonio de Aulo Gelio<sup>22</sup>, en las siguientes palabras: *quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*. Esta expresión legal, en un momento en el que probablemente la *mancipatio* se ha convertido ya en *nummo uno*, y ha desaparecido por ello la *auctoritas* del *dans*, sólo puede explicarse como una herencia terminológica, quizá de la misma ley decenviral.

Cabe pensar, pues, en la probabilidad de que el precepto decenviral relativo al *fur* contuviese la expresión *aeterna auctoritas*. Y si además tenemos en cuenta que, para el precepto 6.4, nos consta su redacción como *adversus hostem aeterna auctoritas*, tal vez pueda conjeturarse que la tabla 8.17 también incluyera alguna referencia expresa al *fur*. Que su tenor literal hubiese sido *adversus furem aeterna auctoritas*, o unas palabras muy similares, no parece, sin embargo, una cuestión de tanta relevancia.

<sup>21</sup> Esta construcción quizá podría verse como excesivamente perniciosa para el verdadero propietario. Pero téngase en cuenta, por un lado, que los plazos de *usus auctoritas* son suficientemente largos, y, por otro, que en esa época la comunidad romana es todavía pequeña. Ambas circunstancias favorecerían que el propietario pudiese tener conocimiento del hurto con cierta inmediatez, y reaccionase antes del transcurso de los plazos. Si no lo hacía así, su falta de diligencia no debía perjudicar a un *accipiens* (segundo) que había recibido de otro (primero, no ladrón) porque en tal caso se estaría obligando a ese primer *accipiens* (no ladrón, que después mancipa al segundo) a responder eternamente. Por el contrario, esa falta de diligencia del propietario no debía beneficiar a un *accipiens* (primero) que, aunque él lo ignorase, derivaba su adquisición directamente de un hurto; este *accipiens* primero debería, en todo caso, restituir, y el perjuicio que él sufría podía paliarse exigiendo del ladrón que le había mancipado el doble del precio, por razón de su *aeterna auctoritas*.

<sup>22</sup> Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 17.7.1.

### 7. XII Tablas 6.4: *adversus hostem aeterna auctoritas*

Al exponer antes mis reservas acerca de las dos principales interpretaciones que ha merecido este precepto, adelanté ya mi personal inclinación de principio hacia una de ellas. Trataré ahora de exponer mi conjetura de un modo más completo, sobre la base de los presupuestos que se explicaron *supra* 5), y teniendo en cuenta también las conclusiones alcanzadas a propósito del precepto relativo al *fur*.

En mi opinión, el precepto de la tabla 6.4 tiene el siguiente sentido: contra el *hostis*, cuando éste ha intervenido como *dans* en una *mancipatio*, la *auctoritas* es eterna.

Son dos los aspectos de esta conjetura que merecen un comentario explicativo. El primero, el significado de *hostis*. Como ya quedó dicho más arriba, entendemos por *hostis* el no ciudadano que, pese a ello, tiene derechos semejantes (*par ius*) a los que tienen los ciudadanos, y por ello puede intervenir también en los actos jurídicos solemnes propios del *ius civile*.

En segundo lugar, el que ese precepto sólo tendría aplicación cuando el *hostis* hubiese intervenido como *dans* en una *mancipatio*. Esta interpretación viene determinada por tres circunstancias:

a) por el sentido más elemental de la expresión *adversus hostem*, puesto en relación con el hecho de que la *auctoritas* se refiere directamente al *auctor*. En efecto, si mantenemos que la *auctoritas* es algo propio del *auctor*, que puede alegarse contra él por parte del *accipiens*, parece lógico pensar que una declaración de *aeterna auctoritas* realizada *adversus* alguien, debe ser entendida necesariamente *adversus auctorem*. Según esto, la expresión legal recogería en cierto modo la idea *adversus auctorem hostem*.

b) porque si mantenemos que el efecto primordial de la *auctoritas* es la liberación del *auctor* de su responsabilidad frente al *accipiens*, y sólo secundariamente la independencia del derecho del segundo respecto al que tenía su *dans*, entonces la declaración legal de *auctoritas aeterna* significará la negación, en el mismo orden de prioridad, de ambos aspectos. Desde este punto de vista, parece más razonable que el precepto *adversus hostem aeterna auctoritas* se entienda sólo respecto al *hostis dans*, y no también al *hostis accipiens*. En el primer caso, se trata de perjudicar al *hostis*, impidiendo que quede liberado de la *auctoritas*, aunque ello pueda suponer también, para el *civis accipiens*, la privación de la ventaja de ver independizado su derecho. Pero esto no es el fin directamente buscado por el precepto, sino más bien una consecuencia.

c) por último, porque esta interpretación pone en consonancia el sentido de este precepto con el del relativo a las *res furtivae*. Si, como acabo de explicar, sólo cabe pensar en un *fur* que haya intervenido como *dans* -no como *accipiens*- en la *mancipatio* de la *res furtiva*, al interpretar que también el otro precepto que se refiere a un *hostis* que haya desempeñado el mismo papel, ambos preceptos adquieren un sentido homogéneo.

Esta conjetura sobre el *adversus hostem aeterna auctoritas* evita, a mi juicio, los problemas que se han señalado en las de otros autores. De todos modos, he de reconocer que sigue permaneciendo, también para mí, un único punto oscuro. En efecto, esta interpretación deja en pie el interrogante de cuál habría

sido la razón para perjudicar al *hostis dans*, declarando su *aucloritas* indefinida, si gozaba de un *par ius* con los romanos: si para éstos regía la limitación del *usus aucloritas*, ¿por qué no para los *hostes*? Ciertamente, yo misma alego esta reflexión frente a la opinión de Kaser que, como se recordará, identifica al *hostis* con el peregrino con *ius commercii*, y sostiene que la declaración de *aeterna aucloritas* tendría la finalidad, justamente, de poner un límite a esa equiparación. Por mi parte, no me parece que la diferencia de trato pudiera responder a esa voluntad de considerar al *hostis* como de "segunda fila", porque a fin de cuentas no era ciudadano, pese a la equiparación. Tal vez pueda estar relacionada, más bien, con la mayor desconfianza que podría ofrecer la efectiva transmisión de la propiedad en una venta, cuando ésta se hace por un *hostis*, respecto de un objeto que le es propio, pero lo ha adquirido fuera de Roma<sup>23</sup>. En cualquier caso, la explicación de este punto no añadiría nada a la interpretación del precepto decenviral, sino que sólo pondría de manifiesto el fundamento sociológico de esa disposición.

8. Ya, para terminar, en favor de la hipótesis que propongo todavía puede alegarse un último argumento, que no afecta ya propiamente a la exégesis de los preceptos, sino a su transmisión posterior. En efecto, a mi juicio, la interpretación que propongo permite conjeturar una línea de evolución, de esas disposiciones decenvirales, más coherente. Ese sucesivo desarrollo de los preceptos mencionados podría haberse producido según un esquema, que aquí dejo sólo apuntado:

a) en el tiempo de las XII Tablas, la configuración de ambos preceptos res-

---

<sup>23</sup> Es bastante verosímil, a mi juicio, que la incertidumbre sobre la efectiva titularidad que correspondiese a ese *dans* que mancipaba, añadiera alguna peculiaridad a esa *mancipatio*. Piénsese, por ejemplo, en el papel que desempeñaban originariamente en tal acto solemne los cinco testigos: según intuyó ya PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque*, en *RIDA*. 6 (1951), p. 172 s., su función no era sólo probar en un eventual proceso que la *mancipatio* se había producido, sino que, en el propio acto, "leur collaboration apporte une certaine preuve du droit de l'aliénateur, dans la mesure où il était connu des témoins". Admitido esto, parece evidente que los testigos no pueden "avaluar" la propiedad del *dans* con la misma fuerza si éste es un ciudadano -a quien conocen de antiguo, y cuya titularidad sobre la *res mancipi* puede constarles también por diferentes vías- que si se trata de un *hostis* -de cuya propiedad no pueden tener más noticias que la propia afirmación del interesado-. En consecuencia, la diferente responsabilidad por *aucloritas* del *dans*, según fuera *civis* u *hostis*, podría tener que ver con esa circunstancia: la certeza sobre la propiedad del *civis*, que los testigos pueden asegurar, permitía limitar la *aucloritas* a un tiempo determinado; la menor certeza, si quien mancipa es un *hostis*, haría conveniente prolongar su responsabilidad indefinidamente. En otras palabras, el *accipiens* que recibe de un *civis* adquiere con mayor seguridad, puesto que los testigos presentes "corroboran" la propiedad del *dans*; seguridad que falta, en cambio, cuando el *dans* es un *hostis*, y por eso, la situación más débil de ese *accipiens* se refuerza declarando eterna la *aucloritas* del *dans hostis*. Así, pues, la diferente duración de la *aucloritas* no sería un reflejo del diferente *status* personal entre *cives* y *hostes*, pues todos ellos gozaban de un *par ius*, sino de la menor seguridad que, objetivamente, ofrece la propiedad de los *hostes* sobre los objetos que hayan traído consigo a Roma.

ponde a un incipiente grado de madurez jurídica: los dos se concebían como subjetivos, y su finalidad era declarar, en perjuicio del *dans*, una *auctoritas* indefinida, con la consiguiente responsabilidad para ese *auctor*. Con esa declaración se pretendía apartar del régimen ordinario de liberación para el *dans* (por la regla *usus auctoritas*) tanto al *fur* como al *hostis*; eso sí, por motivos quizá diferentes: al *fur*, como sanción por su acto delictivo, y al *hostis*, por la inseguridad acerca de su titularidad sobre la *res Mancipi*. Esa limitación (o no-limitación) de la *auctoritas* tenía un sentido meramente procesal, de modo que el *accipiens* se presentase en juicio asistido por su *dans* o, por el contrario, se defendiese por sí mismo, alegando sin más su tenencia (*usus*); en lo que iba contenida, como germen, la idea de la adquisición por el simple uso.

b) después de las XII Tablas, se produce un cambio de carácter de esos principios, que pasan a entenderse como objetivos, referidos, por tanto, a las *res hostium* y a las *res furtivae*. En esa mutación de sentido podrían haber influido las siguientes circunstancias:

-por un lado, la paulatina afirmación de la idea de la adquisición por el uso como un modo autónomo, y que se va desligando de la *mancipatio*; eso haría necesaria la reflexión acerca de qué tipo de "cosas" podían ser adquiridas de ese modo.

-por otro, la escasa eficacia de aquellos principios decenvirales que, por ser subjetivos, sólo impedían la adquisición por el uso cuando se trataba de una primera adquisición derivada del *hostis* o del *fur*, pero no si se trataba de adquisiciones ulteriores.

Sea como fuese, lo cierto es que en un determinado momento (que quizá pueda colocarse en las proximidades del siglo II a.C.), la objetivación de los preceptos está ya consagrada. Esto nos consta para las *res furtivae*, de cuya inhabilidad para ser adquiridas por el simple uso sabemos gracias a la *lex Atinia*, que suele datarse en la época mencionada. No hay indicios, en cambio, para las *res hostium*, pero tal vez pueda conjeturarse una objetivación del "*adversus hostem*" coetánea, pero no ya por vía legislativa, sino jurisprudencial.

En una época también coincidente -y con esto concluyo-, se habría configurado y consolidado el concepto de usucapión, como modo de adquirir ya independiente de la *mancipatio*. En esa transformación habría tenido su influencia la conversión de la *mancipatio* en un acto abstracto: la *mancipatio nummo uno* que sigue a la aparición de la moneda (en el sentido actual del término), en el siglo III a.C., desvirtúa el sentido de la responsabilidad por *auctoritas*, y, con ello, se favoreció el "despegue" de la nueva institución, la *usucapio*.