

«ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS ESTO»

(Una prelección)

Esta ley romana del siglo v a. C.¹ no tiene, según es sabido, un sentido tan vago y general como el que quieren darle algunos tratadistas de derecho público despreocupados de lo que los romanistas saben hace tiempo, sino uno mucho más concreto: se refiere a la usucapión (*usus*), que el mismo código decenviral relaciona con la *auctoritas*, o responsabilidad del vendedor mancipante², ante el evento de una reclamación de propietario contra el comprador, allí donde dicen las XII Tablas que el *usus* y la *auctoritas* son de un bienio para los fundos y de un año para las demás cosas³; lo que se explica así: la posesión (*usus*)⁴ continuada durante ese tiempo legal da al comprador una propiedad civil que aquél puede defender ya por sí mismo, por lo que se hace innecesaria y cesa la responsabilidad (*auctoritas*) del vendedor; en otras palabras: la responsabilidad cesa cuando la propiedad civil adquirida por usucapión empieza. Donde el legislador quiere excluir la usucapión, no tiene más que declarar «eterna» la responsabilidad del vendedor: *aeterna auctoritas esto*. Este mismo giro utilizaba probablemente la ley decenviral⁵, pero ciertamente la ley Atinia⁶ (del s. III/II a. C.) para excluir la usucapión de las cosas hurtadas: *eius rei aeterna auctoritas esto*. Así, es cosa cierta que nuestro precepto excluía la usucapión *adversus hostem*.

1. XII Tablas 6,4 (RICCOBONO: *Leges*², p. 44); en otras edd. 3,7.

2. No entro en la discusión sobre el significado de *auctoritas*, que tomo en el sentido en que la entiende la opinión común; cfr. *infra*, nn. 26, 29, 31 y 34. Debe entenderse, por lo demás, que hablamos de vendedor y comprador por *mancipatio* en un sentido formal, dada la posibilidad, en una fase ulterior, de la mancipación *nummo uno* como acto abstracto de adquirir la propiedad.

3. XII Tablas, 6,3.

4. Para la época de las XII Tablas *usus* vale por *possessio*; sólo la jurisprudencia posterior llegó a discernir ambos conceptos.

5. La única referencia, de Gayo 2,45 y 49, no es literal, y por ello no puede haber seguridad.

6. AULO GELIO, 17,7, 2-3.

Es también cierto ⁷ que *hostis* ahí no quiere decir «enemigo» sino simplemente «extranjero» (*peregrinus*), pues precisamente conocemos nuestro pasaje por una cita de Cicerón ⁸ que lo aduce, juntamente con la otra expresión decenviral *status dies cum hoste*, en prueba de que «*hostis* se decía entre nuestros mayores del que llamamos *peregrinus*». Y de este testimonio depende probablemente la aclaración del gramático Festo ⁹: «entre los antiguos se decía del *peregrinus*, y *perduellio*, del que ahora llamamos enemigo».

Parece evidente, pues, que las XII Tablas prohibían la usucapción *adversus* el extranjero, pero no hay unanimidad entre los romanistas respecto a la situación concretamente prevista por la ley; es decir, el problema está en el «*adversus*». Intentamos en estas páginas aclarar el problema, reaccionando contra una opinión que tiende a convertirse en dominante.

Decir, como suelen muchas exposiciones elementales, que con este precepto las XII Tablas excluían de la usucapción a los extranjeros, que no podían adquirir la propiedad civil, esto no es suficiente. Hace falta determinar exactamente qué papel desempeña el *hostis* en relación con la *aeterna auctoritas* de un mancipante.

La explicación dominante, ya desde Kübler ¹⁰, pero sobre todo desde Kaser ¹¹, ve en el *hostis* un comprador por *mancipatio*: la ley establecería «contra» este extranjero la prohibición de usucapir lo que compró, para lo cual declaraba «eterna» la responsabilidad del que se lo vendió. Según dice Kaser, la ley no se refería más que a las cosas mancipables (*res mancipi*)—con razón, pues se trata de la *auctoritas*, que es exclusiva de la *mancipatio*—, pero el precepto se habría extendido después a todas las demás cosas. Esto quiere decir también que el extranjero previsto por la ley es un extranjero que ha intervenido en el

7. Sobre la opinión discrepante de SCHÖNBAUER, vid. infra, n. 39.

8. CICERÓN, *De Officiis* I, I, 37.

9. FESTO, s. v. *hostis*; cfr. s. v. *status*. FESTO forja la «etimología»: *quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*. Este sentido originario explica, naturalmente, la relación *hostis-hospes* (huésped), pero la etimología parece incierta.

10. KÜBLER: *Röm. Rechtsgeschichte*, pág. 41.

11. KASER ha insistido varias veces en esto: fundamentalmente, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (segunda edición de 1956), pág. 92 y sigs.; también *Altrömische ius* (1949), pág. 83; *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, en las actas del III Congreso Internacional de Derecho Comparado (Londres, 1950), separata, pág. 5, n. 23; *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, en «*Zeitschr. Savigny-Stiftung (rom. Abt.)*», 68 (1952), pág. 173 y sigs.; *Vom Begriff des «commercium»*, en «*Studi Arangio-Ruiz*» (1952), II, página 142; *Röm. Privatrecht* (1955), pág. 119.

negocio de la *mancipatio*, negocio exclusivo del *ius civile*, lo que conduce a afirmar que la norma vale para el *peregrinus cum commercio*, o sea, aquel extranjero al que se había concedido la comunidad negocial propia de los Romanos y Latinos. Hubiera sido consecuente dar la usupación a los que ya podían practicar la mancipación, de la que la usucapión es un complemento utilísimo, pero, dice Kaser, precisamente por eso hizo falta una prohibición expresa de la ley, que, por lo demás, habría desaparecido con el tiempo. Este es un punto problemático, en el que no puedo adherirme a la opinión de Kaser hoy dominante ¹².

Otro punto problemático es el de la posición exacta del extranjero respecto a esa *auctoritas aeterna*. Según Kaser, aunque en este punto muestra alguna oscilación ¹³, la responsabilidad ilimitada del vendedor se debe al extranjero en tres hipótesis posibles:

a) si reclaman al extranjero la propiedad de lo que el extranjero respecto a esa *auctoritas aeterna*. Según Kaser, aunque

b) si reclaman al extranjero como vendedor (*auctor*) de la cosa que compró y luego vendió, cuando su comprador se ve reclamado por un propietario;

c) cuando el extranjero comprador tiene que reclamar contra un tercero la propiedad de lo que compró, pero cuya posesión perdió;

en todos estos supuestos tendría el vendedor que asistir al extranjero con su *auctoritas*.

En el pensamiento de Kaser, y probablemente en el de todos los que le siguen, late la idea de que la palabra *adversus* implica una disposición en «contra» del extranjero («zum Nachteil des Ausländers» ¹⁴), aunque, a decir verdad, Kaser parece desprenderse de este sentido al dar una versión completa del precepto ¹⁵. Tampoco podría hacerse fácilmente una traducción con ese matiz, pues es verdad que el no poder usucapir podría ser una desventaja para el extranjero, pero, en la expresión misma de la ley, lo que se dice es que el vendedor le debe asistir con su *auctori-*

12. Ha influido mucho en la recepción de esta teoría la aceptación de la misma por ARANGIO-RUIZ: *Compravendita*, pág. 313 y sigs.; cfr. por ejemplo, GIOFFREDI: *Diritto e Processo*, pág. 257, n. 29; pero nuevos argumentos no han sido agregados a los dados por KASER.

13. KASER: *Altrom. ius*, pág. 83, n. 6, pero cfr. *Neue Studien*, pág. 173, n. 106 y el silencio en los *Nachträge de Eig. und Bes.*², página 369.

14. KASER: *Eig. u. Bes.*, pág. 94.

15. KASER, *ibid.* «Bei der Klage gegen den Ausländer dauert die Gewährschaft ewig».

tas aeterna, y eso, por sí mismo, es «a favor» y no «en contra» del extranjero.

Por otro lado, no resulta claro, ni por qué la ley daba un precepto exclusivamente para los *peregrini cum commercio* (sin expresar nada que los distinguiera de los privados de él), ni tampoco por qué se les había de privar del complemento natural de una *mancipatio* a la que se les admitía¹⁶. La razón que da Kaser¹⁷, de que los Romanos aceptaban si a tales extranjeros para que adquirieran lícitamente por *mancipatio*, pero querían impedir que pudieran consolidar adquisiciones defectuosas por el *usus*, eso, francamente, parece una explicación un poco forzada. Por lo demás, se podría decir que el beneficio del *commercium*, así entendido, resultaba muy gravoso a los Romanos, que contraerían al vender a extranjeros una obligación mucho más peligrosa que cuando vendían a conciudadanos.

Esta dificultad, aparte lo que expondremos más adelante, me inclina a no aceptar la explicación de Kaser, hoy dominante. Pero tampoco me parece muy convincente la explicación—ésta ha tenido menos aceptación— de De Visscher¹⁸, que durante algún tiempo me pareció preferible¹⁹. Según este autor, no hay aquí un extranjero *cum commercio* que compra por *mancipatio*, sino un extranjero cualquiera que ha tomado posesión de una cosa vendida por un Romano a otro Romano: el comprador que no llegó a usucapir él, por falta de tiempo legal, se dirige ahora contra el poseedor extranjero, y como éste no puede usucapir, pues es extranjero, el vendedor no puede alegar el transcurso del tiempo para rehusar la *auctoritas* al comprador.

Esta interpretación evita los escollos del *commercium sine usu-*

16. Esta anomalía se quería explicar pensando que el *commercium* se refería a las adquisiciones por un negocio, pero no a las derivadas de la ley; vid. en este sentido, MITTBEIS: *Röm. Privatr.*, pág. 120, n. 29 y 123, n. 42. MITTBEIS pensaba directamente en los *Latini*, pero admitía la caída de tal exclusión en un momento posterior, dado el testimonio ineludible de *Fragmenta Vaticana*, 259, que se refiere a una usucapión como posible para el Latino. Para PEROZZI: *Istituzioni*, I, pág. 650 n. 4 (cfr. pág. 15, n. 1), el Latino tuvo siempre posibilidad de usucapir, y el precepto decenviral debe referirse exclusivamente al extranjero con *commercium*.

17. KASER: *Eig. u. Bes.*, pág. 94. El mismo KASER admite (*Commercium*, pág. 142) que en la época clásica se habría acabado por admitir la usucapión de los *peregrini cum commercio*.

18. F. DE VISSCHER: *Nouvelles études de droit romain public et privé*, pág. 141 y sigs. y 179 y sigs. (= *Rév. hist. droit fr. et étrang.*, 1933, pág. 603 y sigs., y 1937, pág. 575 y sigs.). En «*Auctoritas*» et «*mancipium*», en «*Studia et Documenta Historiae et Iuris*», 1956, pág. 102 y n. 27, parece seguir la misma opinión, pero no muy explícitamente.

19. En «*Stud. et Doc.*» cit., 1950, pág. 360.

capione ²⁰, y presenta, pensando siempre en un *adversus* de «adversidad», un sentido más natural, pues se trataría de una acción entablada por el comprador «contra» el extranjero poseedor ²¹.

Contra esto alega Kaser que sería extrañísimo que la ley hubiera tomado este supuesto tan complicado—de comprador que pierde la posesión antes de usucapir—para prohibir simplemente la usucapión por el extranjero, siendo así que, si el comprador no había llegado a usucapir, no hacía falta decir que el vendedor debía asistirle, pues esto ya se daba sin más por la dependencia del cese de la *auctoritas* respecto al *usus* cumplido. Esto, de todos modos, no es plenamente decisivo contra De Visscher, porque el *usus* a que se refiere la ley como condición para el cese de la *auctoritas* no es necesariamente el de la posesión del comprador, sino el de la posesión de cualquiera, pues contra la posesión cumplida por un tercero de nada valía ya la ayuda del vendedor, ni se podía decir que debía éste indemnizar por haber vendido cosa ajena. La manera de establecer de un modo un poco complicado la exclusión del *hostis* de la usucapión no resultaría, por lo demás, imposible, aunque sí hay que reconocer que se podía haber encontrado otra mejor.

Quizá un jurista podría observar en este momento que, si la *auctoritas* es el saneamiento por evicción de nuestros días, el precepto legal obliga a pensar en una situación en que el vendedor debe asistir a un demandado y no a un demandante, como ocurre en la explicación de De Visscher. Pero hay que recordar en todo momento que el procedimiento petitorio de la época de las XII Tablas es el de la *legis actio sacramento*, y que en ella las dos partes debían afirmar simétricamente su derecho, y probarlo ambas. El que la ventaja moderna (y romana clásica) del poseedor se diera ya en esa época por la atribución provisional de la posesión al litigante que el magistrado consideraba más idóneo, eso, después de todo, no alteraba la estructura simétrica del proceso ni la posibilidad de que la *auctoritas* del vendedor pudiera prestarse a un comprador en cualquiera de las dos posiciones de demandante o demandado, pues no había diferencia formal entre ellas. El vendedor debe asistir siempre al comprador en el proceso, y, si no consigue que el comprador recupere el *sacramentum*, debe indemnizarle con el doble del precio que cobró (para exigir lo cual se da la *actio auc-*

20. DE VISSCHER (*Nouv. ét.*, pág. 157) explica que se trata de un peregrino *qui suis legibus utitur*.

21. La «adversidad» no estaría aquí en la disposición misma, sino en la concreta relación procesal (reclamación de un romano «contra» un extranjero) para la que se daba la norma.

toritatis). Así, no debemos pensar en una «defensa del demandado» exclusivamente.

Lo que me induce a rechazar tanto esta tesis como la de Kaser es el apego que ambas muestran a una interpretación de la preposición *adversus* como necesariamente adversativa. Porque *adversus* (o *adversum*) no quiere siempre decir «contra», sino que hay que contar con la acepción más neutra de «frente a» o «respecto a»²², como cuando se habla de la *pietas adversus deos*²³, *reverentia adversus homines*²⁴ o del hombre presumido *adversus speculum*²⁵, etc. Esto quiere decir que debemos liberarnos de la idea de que el precepto decenviral presupone necesariamente algo «contra» el *hostis*, sea la disposición misma, sea un proceso contra él.

Como suele ocurrir muchas veces, interpretaciones antiguas, que un momento dado son abandonadas por un autor acreditado, luego son olvidadas, aunque puedan estar en lo cierto. Esto creo que ha ocurrido en nuestro caso²⁶.

Una antigua opinión avanzada por Mommsen²⁷ y expuesta con especial claridad por Karlowa²⁸ me parece que es la más acertada. Nuestro precepto decenviral, según esta opinión, vendría a prohibir, no la usucapión de un extranjero, sino la usucapión contra un extranjero. Es decir: cuando un extranjero reclamaba contra un Romano una cosa que éste había recibido

22. Esta observación, ya en Voci: *Modi di acquisto della proprietà* (1952), pág. 48. Voci, sin embargo, sigue la interpretación de KASER al que, por lo demás, no sigue en la concepción principal de la propiedad primitiva; cfr. pág. 276 y sigs.

23. CICERÓN: *Nat. deor.*, I, 41, 116; *Off.*, 3, 6, 28.

24. CICERÓN: *Off.*, I, 28, 99.

25. AUL. GEL., 7, 12.

26. Prescindo aquí de aquella corriente de los romanistas franceses (vid. también el italiano AMIRANTE, en *Studi Solazzi* (1948), pág. 375), principalmente expresada ahora por MAGDELAIN: *Auctoritas rerum*, en «Rev. intern. des droits de l'art.», 1950, pág. 144 (al que sigue fundamentalmente el yugoslavo HORVAT, *ibid.*, 1956, pág. 285 y sigs.), según la cual la *auctoritas* no es la garantía del mancipante, sino una manera de llamar a la propiedad. *Aeterna auctoritas* querría decir que la propiedad es imprescriptible frente al extranjero. Esto supondría que el precepto no se reducía a las *res mancipi*, sino que se habría aplicado desde el primer momento a todas las cosas. Excedería de este papel (cfr. n. 2) el explicar por qué me parece que esta manera de entender la *auctoritas* no es convincente. Según esta interpretación se enunciaría la exclusión de la usucapión afirmando la perpetuidad del dominio romano frente a un poseedor extranjero, lo que no tenía por qué ser objeto de una disposición especial, ya que el extranjero, por sí mismo, está excluido del dominio civil y, por tanto, de la *usucapio* que lo produce.

27. MOMMSEN: *Jurist. Schriften*, III, pág. 464; cfr. GIRARD: *Mélanges*, II, pág. 227, n. 3.

28. KARLOWA: *Röm. Rechtsg.*, II, p. 406.

por mancipación de otro Romano, este Romano vendedor debía asistir a su comprador con la *auctoritas*, aunque hubiera pasado el plazo de la usucapión, ya que no se podía usucapir en perjuicio de un extranjero. En otras palabras: el que vendía cosas que pertenecían a un extranjero quedaba obligado permanentemente respecto a su comprador, porque «respecto al extranjero» no hay usucapión²⁹.

Observa Kaser³⁰ contra esta antigua interpretación que en ella se colocaba a un ciudadano reclamado por un extranjero en peor posición que si le reclamara un conciudadano (lo que sería incompatible con su sentido adversativo del «*adversus*»). Esto no es del todo así, pues el comprador queda asistido por la *auctoritas*, y de lo que en realidad se trata es de que las cosas extranjeras no pueden ser usucapidas, como tampoco pueden serlo las hurtadas. Se trata de una exclusión objetiva más que subjetiva. Pero esta interpretación debe ser explicada en sus fundamentos, lo que quizá no se había hecho con suficiente claridad.

* * *

La usucapión de las XII Tablas se refería exclusivamente a las *res mancipi*, como la misma *auctoritas*, aunque una interpretación jurisprudencial pudo extender después la institución a las demás cosas no-mancipables (*res nec mancipi*). Y lo mismo, naturalmente, las exclusiones de la usucapión³¹. Esto quiere

29. Es lástima que NOAILLES: *Fas et Ius* (1948), pág. 277 y sigs., no llegara a desarrollar lo que sabemos era su pensamiento último sobre el problema, según lo que resulta de las explicaciones orales en cátedra, pues allí aparece esta misma idea de que la ley no tenía por qué prohibir la usucapión a un extranjero, sino prohibir al romano la usucapión de las cosas procedentes del extranjero. Para él el *hostis* era, como defendemos también aquí, el extranjero *qui suo iure utitur*; sin embargo, a consecuencia de que NOAILLES, como otros autores franceses (cfr. supra, n. 26), negaba que la *auctoritas* significara la responsabilidad del mancipante, en su pensamiento el precepto decenviral se refería también a *res nec mancipi*. Su pensamiento aparece, pues, contradictorio, por falta de una reelaboración definitiva; cfr. en el mismo sentimiento nuestro MAGDELAINE: op. cit. (n. 26), pág. 147, n. 36. BROGGINI: *Iudex arbitere* (1957), pág. 34, n. 30, también parece pensar en la imposibilidad de invocar la usucapión «en los procesos con extranjeros», pero no se adhiere expresamente a la interpretación de KARLOWA (al que no cita) y su idea (cfr. pág. 81, n. 88) sobre *usus-auctoritas* no parece muy firme.—Cfr. infra, n. 34.

30. KASER: *Eig. u. Bes.*, pág. 94.

31. Los autores que no ven en la *auctoritas* la responsabilidad del mancipante (vid. supra, nn. 26 y 29) consideran, naturalmente, que el precepto decenviral se refería a toda clase de bienes. Al mismo resultado llega HAGERSTRÖM: *Der röm. Obligationbegriff*, II (1941), 305, pues considera que el precepto se refiere a la inusucapibilidad de las cosas que

decir, que, aparte los fundos itálicos (y sus servidumbres rústicas), hay que pensar en esclavos y animales grandes (de tiro y carga). Respecto a un extranjero, no debemos pensar en fundos itálicos, sino en los otros semovientes; yo diría: principalmente los esclavos.

Según la interpretación que defendemos, las XII Tablas prohibirían que un ciudadano usucapiera esclavos (y animales grandes) pertenecientes a un extranjero y que él había comprado de otro ciudadano por una *mancipatio* privada.

En la época de las XII Tablas, como es sabido, había en Roma muy pocos esclavos, y los pocos que venían como tales era por las guerras, como prisioneros, y no por el comercio internacional³². El modo normal de ingresar un esclavo en la circulación del comercio de la ciudad era por la venta *sub corona*³³. La *mancipatio* podía servir para las transmisiones ulteriores, entre ciudadanos, pero el adquirente no podía invocar la usucapición, sino que debía buscarse los sucesivos *auctores* hasta encontrar la venta directamente fundada en la adquisición originaria del botín. Por lo demás, la *mancipatio* servía también, y aquí con *usucapio*, para la transmisión de los esclavos por nacimiento, en Roma, que no podían pertenecer a un extranjero.

Ahora bien: este principio de que no se puede usucapir un esclavo extranjero no es más que la formulación desde el punto de vista romano de un precepto «internacional» fundado en el principio de la reciprocidad. Podría formularse así: no hay usucapición entre extranjeros³⁴. Los no-Romanos es claro que no

un extranjero sin *commercium* ha recibido por simple *traditio*. La crítica de esta opinión sigue estando en relación con la más amplia sobre el concepto mismo de *auctoritas* (cfr. supra, n. 2). Sobre DAVID, infra, n. 38.

32. WESTERMANN: *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity* (1955) pág. 59, observa cómo en el Primer Tratado de Cartago no se habla de venta de esclavos, como ocurre, en cambio, en el Segundo (del siglo IV a. C.). Las revoluciones de esclavos de que se habla en los siglos V y IV serían burdas anticipaciones históricas. El aumento de esclavos se habría producido entre 350 y 272 a. C., cuando la expansión por el sur de Italia (pág. 70).

33. La venta *sub corona* (FESTO, s. v. [Bruns, pág. 41]) daba una propiedad civil sin *auctoritas* del General vendedor. Es un tipo especial de venta *sub hasta*; WESTRUP: *Some Notes on the Roman Slave in Early Times* (1956), pág. 5, n. 9, no señala bien esta relación. Vid. EHRHARDT, en *Real-Encyc. Pauly-Wissowa*, (Suppl. VII (1940), col. 96 y sig.

34. Es curioso que MAGDELAIN (op. cit. n. 26, pág. 146) haya sabido ver se trata de un principio de reciprocidad internacional y no haya derivado de ahí todas las debidas consecuencias. Hay en su pensamiento, como en el de NOAILLES (supra, n. 29), una cierta contradicción entre la idea de *auctoritas* como poder («de titre dirigé *adversus hostem* ne peut être que celui du romain», pág. 145) y la idea de reciprocidad («il serait injuste que le romain pût utiliser une arme enlevée à son adversaire», pág. 146).

pueden usucapir, pero no hacía falta que lo dijera la ley, pues estaban ya excluidos por su misma condición, ya que la *usucapio* es un modo de adquirir la propiedad civil, y ésta es exclusiva de los ciudadanos. Lo único que la ley debía decir es que no se podían usucapir las cosas (*res mancipi*) extranjeras.

Naturalmente, cuando la interpretación jurisprudencial extendió la usucapición a todas las cosas, no era posible extender también la prohibición *adversus hostem* a todas las cosas, ya que esto iba en contra de las necesidades del comercio, pero tampoco se pudo mantener reducida a las *res mancipi*, porque, a mediados del s. iv, un siglo después de las XII Tablas, aumentó mucho el número de esclavos en Roma y el comercio de esclavos extranjeros, de suerte que la conservación del viejo precepto prohibitivo iba en contra de las necesidades del tráfico comercial³⁵. En consecuencia, el precepto quedó olvidado y sólo sobrevivió más tarde en la nueva forma de la prohibición de usucapir los fundos provinciales.

Si esta explicación es aceptada, tenemos, no sólo una razón del precepto decenviral, sino también de su caída. Y con ello obtendríamos un dato interesante para la historia de aquel principio constante del comercio internacional que consiste en impedir o dificultar la reivindicatoria de las cosas compradas en el tráfico comercial, es decir, el principio de la seguridad del tráfico que conduce a la llamada «prescripción instantánea»³⁶. La admisión de la usucapición sería nada más un aspecto de esta línea constante. El derecho mercantil internacional se enfrentó con las XII Tablas y derogó su prohibición de usucapir los esclavos procedentes del extranjero³⁷.

* * *

Pero con esto alcanzamos también una nueva luz respecto al *hostis* con cuya interpretación empezábamos.

35. En la época de Varrón, *r. r.* 2, 10, 4 (Bruns, pág. 63), la *usucapio* aparece enumerada entre los modos de adquirir la propiedad sobre los esclavos, y no debemos pensar que esta posibilidad no abarque también los esclavos procedentes del extranjero.

36. Vid. sobre la recepción de este principio en el Derecho romano-visigodo mi artículo *Los «transmarini negotiatores» en la legislación visigótica*, en «Homenaje Barcia-Trelles» (1958), pág. 473 y sigs. No me ha sido accesible U. VON LÜBTOW: *Hand wahre Hand, Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschlage*, en «Festschrift 41. Deutsch. Juristentag Berlin» (1955); cfr. *Iura*, 1956, pág. 414.

37. Lo mismo puede decirse, después de todo, del comercio de animales grandes (*res mancipi*), aunque nos parece que la imposición de las necesidades mercantiles para modificar el *ius legitimum* hubo de sentirse más intensamente en el comercio de esclavos. Respecto a éstos, una prohibición de usucapir tenía todavía otra consecuencia: facilitar la persecución de un esclavo fugitivo en Roma.

En nuestra interpretación, *hostis* es, sin más, el extranjero, como se dice, y no el beneficiado por el *commercium*. No podía ser de otro modo—y en esto creo que hay un argumento contra Kaser—, porque en la época de las XII Tablas o no se había iniciado este tipo de concesión, o, si se quiere conjeturar lo contrario, hubo de ser en unos límites tan estrechos que la palabra *hostis* en modo alguno podía referirse a ellos exclusivamente, ni podía tampoco la ley tenerlos presentes de un modo especial. Parece evidente que, aun admitiendo la fecha del 509 para el Primer Tratado con Cartago, en él no se documenta más que una posibilidad de traficar en Sicilia como hacían los Cartagineses, sin que resulte una comunidad de la *mancipatio* romana³⁸. Esto quiere decir que se hace difícil imaginar una concesión de *commercium* a poblaciones que no fueran itálicas, y que no tuvieran ya el acceso a la *mancipatio* como *Latini*.

Cuando, mucho después, se acudió al sistema de concesión del *commercium*, éste debía de suponer, no sólo el acceso a la mancipación, sino también a la usucapión que es su complemento inseparable. Pero esto ocurre cuando ya ha perdido eficacia el precepto decenviral.

Por último: el *hostis* siguió siendo el extranjero sin *commercium*, pues la palabra difícilmente podía referirse precisamente al que se hallaba admitido al Derecho civil; es el «extranjero extraño»³⁹. Y también tiene este sentido en la frase *status dies cum hoste*. Se trata aquí de que la citación para un proceso *cum hoste* se considera como excusa para la falta de comparecencia

38. Sobre estos tratados, DAVID: *The Treaties between Rome and Carthage and their Significance for our Knowledge of Roman International Law*, en «Symbolae van Oven» (1946), pág. 231 y sigs. En el mismo Primer Tratado, otra cláusula disponía que los Romanos se acomodaran en Libia y Cerdeña a la forma local de intervención del heraldo o notario. DAVID (pág. 239 y sig.) critica acertadamente la conjetura de HUVÉLIN (*Etudes d'histoire du droit commercial romain* pág. 20) de que en esos tratados había una concesión de *commercium*, y observa que en esas fechas sólo podía darse la comunidad de *mancipatio* con los *Latini*. Ni siquiera en el Segundo Tratado (del 348? 306? a. C.) se habla de venta internacional por *mancipatio*, sino de un tipo de venta *iuris gentium*. Su pensamiento sobre la ley *adversus hostem...* (pág. 243 y sigs.: «With a foreigner the *auctoritas* is an eternal one») no resulta del todo nítido, pero (pág. 245) parece seguir a KÜBLER.

39. En esta concreción creo que tiene algo de razón SCHÖNBAUER, en «Zeitschr. Savigny-Stift.», 49 (1929), pág. 379 y sigs., cuando dice *hostis* es aquí el «enemigo». Dicho así, queda la aserción invalidada por el testimonio explícito de los mismos antiguos, pero hay esto de verdad: que el *hostis* es aquel extranjero con el que no hay especiales relaciones comerciales y de amistad, lo que explica que la palabra haya tomado después el sentido de propio enemigo. Ahora, la idea de SCHÖNBAUER de que la ley decenviral se refiere a mancipaciones hechas por ciudadanos en campaña contra el enemigo me parece insostenible.

en otro proceso ciudadano; no, en cambio, otra citación ante el mismo magistrado romano. Esto quiere decir que el extranjero *cum commercio*, cuando apareció, podía litigar por el procedimiento ordinario y no era propiamente un *hostis*. En esto vería yo una razón para volver a pensar sobre el problema de la admisión de los extranjeros *cum commercio* al proceso ordinario y, naturalmente, a la *in iure cessio*, contra lo que también parece hoy opinión dominante, desde Wlassak. Pero este otro problema no debe entrar en la presente nota ⁴⁰.

A. D'ORS

40. RESUMEN: 1. La *auctoritas* es la responsabilidad del mancipante, y tanto la usucapión como las exclusiones por *aeterna auctoritas* se refieren, en principio, exclusivamente, a las *res mancipi* (conforme en esto con KASER). 2. *Hostis* es el extranjero sin *commercium*; pues no se daba todavía el *commercium* en la época de las XII Tablas; el peregrino *cum commercio* podía también usucapir, y quizá también litigar en la forma civil (no por *status dies cum hoste*) y, podía, por tanto, hacer *in iure cessio*. 3. La ley decenviral prohibía que se invocara la usucapión frente a un dueño extranjero (*adversus hostem*). 4. Esta prohibición, fundada en un principio de reciprocidad internacional, dificultaba el comercio de esclavos, y hubo de ser superada cuando se difundió ese tipo de tráfico comercial.