

EL TESTAMENTO EN LOS TEXTOS DEL JURISTA NERACIO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO. 1. *Introducción*. 2. *Sustitución pupilar*. 3. *El esclavo designado heredero*. 4. *Institución de heredero bajo condición parcialmente imposible*. 5. *La condición y el statuliber*. 6. *Designación de tutores en el testamento de la mujer*.

I. INTRODUCCIÓN

El jurista Neracio Prisco que formó parte del consejo imperial de Trajano y Adriano (siglo II d.C.) trató en sus obras diferentes argumentos que tienen como centro de interés el testamento. Uno de los primeros problemas, motivo de nuestro estudio, consistirá en determinar el valor de la máxima afirmada por Neracio en su libro segundo *membranarum* en D. 29.2.59. sobre la sustitución pupilar '*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere*' (Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto) y su confrontación con textos jurisprudenciales que parecerían demostrar su falta de aplicación por parte de otros juristas. Después veremos un caso específico analizado por Neracio en el libro primero de la misma obra, en D.28.5.55(54), sobre el mismo argumento y las consecuencias en relación a un esclavo manumitido.

Otros temas tratados por Neracio en materia testamentaria son la interpretación de las disposiciones '*Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto*' (Estico sea libre y después de ser liberado, sea heredero), recordada por Ulpiano, libro quinto *ad Sabinum* en D. 28.5.9.14 y '*si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat*' (Si hubiera mandado que si uno hubie-

se manumitido ciertos esclavos, fuese heredero) citada por Pomponio, *libro tertio ad Sabinum* en D. 35.1.6.1. En el primer caso, la cláusula testamentaria habría sido considerada poco precisa, porque la concesión de la libertad y el nombramiento de heredero deberían darse contemporáneamente sin considerarse un antes y un después; y en la segunda, existiría una institución de heredero bajo condición parcialmente imposible ocasionada por la muerte de algunos esclavos.

La condición en el testamento asume relevancia en el caso del *statuliber*; así por ejemplo, Neracio interpreta la disposición testamentaria '*si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto*' (si yo no tenga ningún hijo al tiempo de mi muerte será libre Estico) con relación al hijo concebido antes de la muerte del *de cuius* según recuerda Ulpiano, *libro nono decimo ad Sabinum* en D. 40.4.7. Otras cláusulas testamentarias sobre el mismo argumento son analizadas por el jurista en su libro tercero *membrantarum* en D. 40.7.17. como sería la de entregar una cantidad para permitir al esclavo de obtener la propia libertad '*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*' (si hubiera dado 10 al heredero ordeno que sea libre) o en Pomponio, *libro octavo ad Sabinum* en D. 40.7.5 pr. la obligación del esclavo de entregar las cuentas de su administración en una determinada actividad comercial, así como la indicación del lugar en donde debería efectuarse la entrega de las cuentas, según Pomponio, *libro duodecimo epistularum* en D. 35.1.112.3.

Un último argumento que se refiere a la presente investigación, tratado por Neracio en su libro tercero *regularum* en D. 26.3.2 pr.-1., sería el nombramiento de los tutores hecho por la mujer en su testamento, problema que causa un gran interés porque, si bien, ella no habría podido hacerla, la disposición habría tenido validez previa investigación (*inquisitio*) del pretor.

2. SUSTITUCIÓN PUPILAR

En un pasaje de Neracio de su segundo libro *membrantarum* en D. 29.2.59, encontramos importantes criterios del jurista respecto a la sustitución pupilar:

*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere: quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati et adcrendi iure acquiri cuicumque patris heredi existimandum est.*¹

¹ Según Mommsen en su edición *maior* del Digesto, el pasaje, en la parte que corresponde a las

(Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto. Y esto debe ser considerado también en el caso en que el padre hubiera muerto durante la vida del pupilo y el pupilo hubiera muerto impúber después de él. Por ello el que será heredero será considerado heredero necesario también del pupilo, además, si para el mismo existe la obligación también en contra de su voluntad, se debe considerar que la herencia del pupilo se une a la paterna y se adquiere por derecho de acrecimiento al que se vuelva heredero del padre).

El texto inicia enunciando un criterio fundamental de la sustitución pupilar '*Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere*' (Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto) y además, el jurista explica que esto debería ser admitido también (*etiam*) si hubiera muerto el *pater* viviendo el pupilo y después hubiera fallecido el menor antes de llegar a la pubertad, caso evidente de sustitución pupilar.

La crítica de la doctrina al pasaje no puede pasar inobservada bajo el aspecto formal, ciertamente, el uso repetido del término *nam* (ciertamente), tan cercanos entre ellos, haría pensar en la existencia de alteraciones en edad justiniana probablemente finalizadas a sintetizar su contenido. Según Finazzi² la falta de elegancia en el lenguaje es causada por la particular naturaleza de la obra de donde proviene el texto, pero su tesis no puede ser aceptada por nosotros porque, si bien el título de la obra *membranae* podría tener como contenido 'miniaturas jurídicas', esto no autoriza a pensar que el lenguaje escrito por el jurista habría sido utilizado sin respeto de reglas de estilo. El pasaje es una síntesis justiniana del pensamiento neraciano y como tal debería ser interpretado; efectivamente, la máxima enunciada presupondría elementos existentes no declarados en la versión que tenemos del texto pero

palabras *nam-erit*, sería una glosa. Tesis aceptada por G. LA PIRA, "La sostituzione pupillare", en *Studi in Onore di P. Bonfante*, 3, Milano, 1930, 309 n. 46, por H.J. WOLFF, "Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'heres' Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft", en *Studi in Onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, 451n.74 y por U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, p. 307, n. 1, el cual además incluiría como no clásica la parte *nam si-hereditati et*. El texto diría así: *si vivo pupillo mortuus erit (substitutus), deinde pupillus impubes decesserit, adcrendi iure acquiri cuicumque patris heredi existimandum est*. S. SOLAZZI, "Unum testamentum duarum hereditatum", en *LABEO*, 1, 1955, p. 192 piensa sea clásica la primera parte del pasaje: *Qui-praetermittere*, R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, pp. 62-ss, afirma que la frase *nam-erit* es una glosa hecha con la finalidad de aclarar el pensamiento de Neracio y según nuestra opinión, ciertamente el texto fue alterado en edad justiniana como demuestra la repetición de la palabra *nam* demasiado cerca, pero no obstante tal hecho, el contenido seguramente es clásico.

² G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 255 y n. 143.

que existían en la obra clásica, sobre este punto la propuesta de Enantiofane en sch. 3 a Bas. 45.1.21 (tesis seguida por Greiner y Honoré)³ parecería aceptable, no sólo porque es el primer criterio interpretativo referido en el pasado, sino porque, además, resulta ser el más adecuado: un testador habría designado herederos a sus hijos, uno púber y otro impúber y habría establecido como heredero sustituto del menor el primero en el caso que no hubiera llegado a la edad de la pubertad. Diferentemente negando tal interpretación, habríamos debido presuponer la designación por parte del de cuius de un heredero extraño a la familia que habría sido heredero junto al menor si este último no hubiera sido desheredado y que el mismo no habría tenido la posibilidad de rehusar la sustitución pupilar, no obstante, hubiera sido un heredero voluntario del padre; pero, evidentemente, aceptar tal posición resultaría menos probable.

La doctrina duda que la jurisprudencia hubiera aceptado el dogma neraciano en su sentido literal como Finazzi,⁴ el cual presentaría como fundamento el caso de Africano, del libro cuarto de sus cuestiones en D. 28.6.34.1:

Filium impuberem et Titium heredes instituit: Titio Maevium substituit, filio, quisquis sibi heres esset ex supra scriptis, substituit. Titius omisit hereditatem, Maevius adiit. mortuo deinde filio putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit.

(El testador designó como herederos el hijo impúber e Ticio, a Ticio sustituyó Mevio, al hijo, cualquiera que de los nombrados hubiera sido su heredero. Ticio renunció a la herencia. Mevio la aceptó. Muerto posteriormente el hijo se piensa preferentemente que la herencia del pupilo en base a la sustitución sea ofrecida sólo al que haya aceptado también la herencia del padre).

El testador nombra como herederos a su hijo impúber y a Ticio (*Filium impuberem et Titium heredes instituit*) y Mevio como sustituto del segun-

³ 'Enantiofanoáj. 'Exele t'n poupillar...an Øpokatēstasin di' tō e, rhmšnon bib. kq/. tit. b/. dig. nq/. per' edelfoá. En H.J. SCHELTEMA y D. HOLWERDA, *Basilicorum libri LX. Series B volumen VII Scolia in libr. XLII, 2-XLVIII*, Gravenhage, 1965, 2658. G. BALDITARA, *Diritto Pubblico Romano*, Torino, 2013, pp. 32-ss, afirma que el Anónimo/Enantiofane del siglo VII habría aclarado e interpretado los textos tratando de explicar las contradicciones contenidas en el Digesto, según nosotros, probablemente consultando material clásico que había sobrevivido en ese periodo histórico. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., 63 interpreta el pasaje en el sentido que un pater que tenía descendencia inmadura (unmündigem Abkömmling) y un hijo púber (Den Mündigen) mencionado en el texto con los términos *qui patri heres exstitit*. En el mismo sentido A. M. HONORÉ, "A Study of Neratius and a reflection on method", en *RHD*, 43, 1975, p. 235. Contrariamente FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, op. cit., 255 n. 139 niega la propuesta por falta de justificación a la incorporación de este dato pero, según nosotros, si el pasaje fuera una síntesis justinianea no vemos razón para negar un válido criterio interpretativo.

⁴ FINAZZI, *La Sostituzione pupillare*, op. cit., pp. 262-ss.

do. El sustituto del menor sería cualquiera que de los herederos escritos se hubiera vuelto heredero del padre (*filio, quisquis sibi heres esset ex supra scriptis, substituit*); Ticio no efectúa la aceptación de la herencia del testador (*omisit hereditatem*), sino que la hace su sustituto (*Maevius adiit*). El menor no llega a la pubertad y el jurista, probablemente Juliano (como parecería pensarse por el uso del término *putat*),⁵ considera más adecuado (*magis*), que por motivo de la sustitución la herencia del pupilo corresponda únicamente a quien hubiera hecho también la *aditio* del padre; esto es, no habría sido suficiente la simple designación del sustituto para transformarse en heredero del pupilo, sino que sería necesaria también (*quoque*) haber aceptado la herencia del padre.⁶ Tal pasaje, según nosotros, no contradice la tesis de Neracio, al contrario, parecería más bien una confirmación de la misma, aplicada al heredero voluntario porque, si el sustituto del impúber hubiera querido dejar la herencia del hijo, no habría debido efectuar la *aditio* de la *hereditas* del padre y contrariamente, si hubiera tenido interés a la misma, habría debido aceptarla, constatándose así como las dos herencias eran vistas por el jurista bajo el perfil de una relación de dependencia recíproca.

Se piensa⁷ además que un pasaje de Papiniano, *libro sexto responsorum* en D. 29.4.27pr. podría ser contrario a la tesis neraciana:

Mater secundis tabulis impuberi filio substituta locum edicto facit, si omisso testamento legitimam hereditatem filii possideat. idem iuris erit et si filio heres data sit et substituta.

(La madre que sustituye al hijo impúber con las segundas tablas testamentarias da lugar a la aplicación del edicto si, dejando el testamento, posea la herencia legítima del hijo. Se observará el mismo derecho también si ella fuera designada coheredera del hijo y como su heredera sustituta.)

⁵ Así piensa FINAZZI, *La Sostituzione pupillare*, op. cit., pp. 262-ss.

⁶ Contrariamente FINAZZI, op. cit., 263, afirma que el adverbio *quoque* que relaciona la aceptación de la herencia del testador con la *delatio* de la herencia pupilar en la frase *putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit* 'señala a indicar que, malgrado l'avvenuto acquisto dell'eredità paterna, una nuova e separata adizione necessita per acquistare la pupillare'. El fundamento de tal afirmación de Finazzi lo encontraría 'nella cesura logica, che si evince dalla formula di sostituzione, tra il concetto di *heres sibi (patri)* e quello di *substitutus filio*, dalla quale sembra emergere una certa irrilevanza, nel caso di specie, del profilo della successione mediata del sostituto al testatore, sintomatica di una prospettiva completamente diversa rispetto a quella dalla quale si poneva Nerazio'. No estamos de acuerdo con el investigador porque la doble *aditio* que piensa Finazzi que exista no logramos encontrarla, el uso de *quoque* indicaría que el nombramiento del sustituto del impúber no bastaría para transformarse en su heredero sino que existiría también la necesidad del heredero voluntario, en este caso Mevio, de aceptar la herencia del pater para poder ser efectivamente heredero del menor y no una nueva y separada *aditio* para obtener la herencia del impúber. Interpretando el texto en estos términos no vemos la existencia de contradicciones con el pensamiento neraciano.

⁷ *Ibidem*, pp. 263-ss.

El texto trata de la aplicación del *edictum si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* (edicto si alguien haya omitido la causa del testamento para poseer la herencia *ab intestato*). Tit. XXVI § 168 ed. Le-nel) al caso de la madre, heredera sustituta del hijo impúber, que decide de poseer *ab intestato* los bienes del hijo para no pagar los legados dispuestos a su cargo en las *secundae tabulae*. Finazzi afirma 'mentre nel sistema descritto in Ner. 2 membr. D. 29.2.59, la madre coerede adeunte *ex institutione*, non potendosi sottrarre all'acquisto dell'eredità pupillare, sarebbe stata tenuta per ciò stesso nei confronti dei legatari, Papiniano, per ipotesi, svincolando le chiamate, si trovava a dover soddisfare la stessa esigenza sul piano del diritto onorario, applicando l'editto *si quis omissa causa*'. Nosotros no vemos ninguna contradicción ya que, si bien, Neracio había establecido la imposibilidad del heredero sustituto de no aceptar la herencia del hijo, esto no significaba una negación de Papiniano a tal tesis, únicamente habría incorporado la facultad a los legatarios de presentarse frente al pretor para tener también la protección de este tipo de edicto.

Otro texto contrario a la tesis neraciana, según la doctrina,⁸ sería el de Ul-piano, *libro quarto ad Sabinum* en D. 28.6.10pr.:

Sed si plures sint ita substituti: 'quisquis mihi ex supra scriptis heres erit', deinde quidam ex illis, posteaquam heredes exstiterint patri, obierunt, soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sint, nec quicquam valebit ex persona defunctorum.

(Pero si más personas hubieran sido sustituidas en este modo: 'cualquiera de los que se encuentra escrito en mi testamento será heredero' y posteriormente algunos de ellos después de llegar a ser herederos del padre mueren, sólomente los que sobrevivieron se volverán herederos en base a la sustitución en proporción a las cuotas por las cuales fueron instituidos, no siendo posible considerar en algún modo la personalidad de los difuntos).

Un testador había nombrado varios herederos sustitutos en la herencia del hijo y entre aquellos que se volvieron herederos del padre, algunos se murieron antes del menor, el jurista afirma que únicamente los que sobreviven serán herederos en base a la sustitución *pro rata* de las partes de las que fueron instituidos sin necesidad de considerar a los muertos.

El texto parecería contrario a la posición neraciana en D. 29.2.59 'Quien fue heredero del padre no puede rehusarse a aceptar la herencia del hijo impúber del cual hubiera sido nombrado heredero sustituto' (*Qui patri heres*

⁸ En este sentido LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 309 n. 46 y FINAZZI, *La Sostituzione pupillare*, op. cit., pp. 264-ss.

exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere) porque también en este caso los herederos del padre debían convertirse en sustitutos del hijo, aunque ya hubieran muerto; es decir, el derecho a la herencia correspondería a los herederos de estos últimos. Tal tesis contraria podría ser explicada en el sentido que el derecho de la sustitución pupilar debería existir únicamente mientras estuviera en vida el heredero, así se observa en varios textos jurisprudenciales como por ejemplo, Celso, *libro sexto decimo digestorum* en D. 28.5.60(59).6 el cual afirma que el coheredero sobreviviente excluiría a los herederos del que murió antes: *...nec potest intellegi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit* (resulta imposible de pensar que aquello haya sido dado a quien ya no se encontraba en vida) o específicamente el pasaje de Marciano, *libro quinto institutionum* en D. 38.16.9, en donde claramente se distinguen dos casos: el primero recordado también en Inst. 3.4.4, donde la cuota de los herederos legítimos que no habrían podido aceptar la herencia, por causa de muerte o por cualquier otra razón, debería incrementar a todos los otros sucesores y en caso de muerte el derecho de acrecimiento correspondería a sus herederos (*Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet*). El segundo correspondiente a la sustitución del coheredero habría tenido consecuencias diferentes, ya que se otorgaba en vida la herencia en base a la sustitución y en el caso de muerte, el derecho no se habría transferido al heredero del sustituto (*alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur*).

La explicación de los textos anteriores se encontraría en la naturaleza de la sustitución pupilar porque, como recuerda Gayo en 2.180, en la misma existía la particularidad de la existencia de dos herencias en base a un único testamento: *aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*, así, la existencia del heredero habría sido necesaria no únicamente al momento de la muerte del *pater*, sino que debería continuar a existir también después del fallecimiento del menor antes de que llegara a la pubertad y de la apertura de las tablas testamentarias (*tabulae inferiores o posteriores*). La razón resulta lógica, el heredero del pupilo debe existir al momento en que se produzca la condición (*condicio substitutionis*), porque un heredero no puede fallecer antes del de *cuius* (en este caso el menor y no el *pater*); así, los herederos sustitutos del menor, que se encontrarían todavía en vida, se volverían herederos con base

en la sustitución *pro rata* de las partes de las que hubieran sido instituidos sin necesidad de considerar los fallecidos como habría afirmado Ulpiano en D. 28.6.10pr. y en su libro décimo tercero *ad legem Iuliam et Papiam* en D. 29.2.81: *Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse, quotiens acquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem* (Se considera que el heredero instituido aceptó también por causa de la sustitución todas las veces necesarias para que pueda adquirir para sí mismo; por ello, si hubiera muerto, la sustitución no se transferirá a su heredero).

La tesis jurisprudencial anterior no puede considerarse contraria a la posición neraciana, no sólo por la interpretación que hicimos del pasaje, sino sobretudo porque, según nuestra opinión, el jurista Antonino habría dado por presupuesto que era un requisito indispensable la existencia del heredero de la sustitución pupilar al momento de la muerte del impúber.⁹

El texto de Neracio en D. 29.2.59 consideraba, según nosotros, el caso de un testador que habría nombrado herederos a sus hijos, uno púber y el otro impúber y habría establecido como heredero sustituto del menor el primero en caso en que el segundo no viviera hasta que llegara al momento de la *pubertas*. Obviamente, el heredero púber del padre habría debido estar vivo al momento de la muerte del hermano impúber, por las consideraciones que hicimos anteriormente, volviéndose heredero necesario del pupilo (*nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit*). El jurista parecería tener una visión unitaria del patrimonio hereditario, porque, si bien es cierto la herencia del pupilo tenía una propia identidad, tal habría sido considerada como parte sujeta a una condición de la herencia paterna; por ello, el púber coheredero del impúber, transformándose en su sustituto, habría adquirido no únicamente una cuota hereditaria, sino la totalidad en base al *ius ad crescendi* (*coniungi eam paternae hereditati et ad crescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est*). La razón es clara, si bien es cierto son

⁹ Según F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. F. Serafini), 28, IV, Milano, 1904, p. 126 el principio con el cual se establece que en el caso de institución de más herederos, la sustitución producida después de la muerte de uno de ellos, no tendría ningún efecto para los herederos de él, no solo corresponde a los principios generales de derecho, sino inclusive se encuentra confirmado en varios documentos textuales. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 309 n. 46, resuelve el problema con el criterio de la glosa en Ner. 2 memb. D. 29.2.59 en *Digestum infortiatum, Venetiis*, 1581, 452, en donde se hace la distinción entre el *ius substitutionis* y el *ius ad crescendi*. 'Il *ius substitutionis* non potrebbe evidentemente passare all'erede del sostituto. Trattandosi della attribuzione della qualità di erede, attribuzione per sua natura assolutamente personale, è ben chiaro che morto il sostituto prima del pupillo non possa più aver luogo la sostituzione pupillare'.

consideradas dos herencias, bajo el punto de vista formal, la voluntad testamentaria es únicamente del *pater* y por tal motivo en la perspectiva neraciana el patrimonio es considerado uno solo.

La importancia de la sustitución pupilar es subrayada por Neracio en su libro primero *membranarum* en D.28.5.55(54), texto que si bien en origen sería anterior a D. 29.2.59, hemos preferido citarlo después porque se analiza un caso específico:

Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit: eum pupillus vendidit Titio: Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit. superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur. sufficit ita posterius factum esse, ut aliquo casu potuerit ex eo heres existere. quod ad vim autem eius institutionis pertinet, ita se res habet, ut, quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento libertatem hereditatemque consequi non possit: si pupillus in suam tutelam pervenerit, perinde ex Titii testamento liber heresque sit ac si pupillo substitutus non fuisset: si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit.

(El padre nombró como sustituto del hijo un esclavo y dispuso que fuera libre, el pupilo lo vendió a Ticio; Ticio habiendo ya hecho un primer testamento, en un segundo testamento dispuso que el esclavo fuera libre y heredero. El primer testamento de Ticio se volvió inválido porque aquel esclavo puede ser también nombrado heredero y porque, con la finalidad que el primer testamento se vuelva inválido, es suficiente que un testamento posterior haya sido hecho en modo tal que pueda, en base al mismo, existir un heredero. Por lo que se refiere a la eficacia de la institución del esclavo, las cosas se encuentran en este modo: mientras que en base a aquella sustitución el esclavo puede ser heredero del pupilo, el mismo no podrá obtener la libertad ni la herencia del testamento de Ticio, pero si el pupilo se volviera jurídicamente independiente, el esclavo, con fundamento en el testamento de Ticio será libre y heredero como si no hubiera sido sustituto del pupilo, si después se volverá heredero del pupilo, es más apropiado que, si así lo desee, pueda también ser heredero de Ticio).

Un *pater* había nombrado como heredero a su hijo impúber designando como sustituto del hijo un esclavo al cual se concedió también la libertad, en el caso que el menor hubiera muerto antes de llegar a la pubertad. El pupilo, obviamente con el permiso del tutor, vende el esclavo a Ticio, el cual ya habiendo efectuado un primer testamento, elabora otro en donde dispone que el *servus* fuera heredero y libre. Como es notorio, el primer testamento de Ticio se volvería *ruptum* por la existencia de uno posterior (obviamente eficaz) y el jurista se detiene sobre tal aspecto para subrayar, probablemente a un público no experto, la razón de la validez del segundo,¹⁰ recordando un dato adquiri-

¹⁰ No logramos entender en modo diferente la razón del por qué el jurista habría debido subrayar un

do en jurisprudencia: un esclavo podía ser heredero testamentario y por este motivo el primer testamento quedaría sin efectos (*ruptum est*) al existir en el segundo la institución de heredero.

Después de este paréntesis, el jurista continúa con su explicación y al darnos su solución recuerda como la designación de heredero en la sustitución pupilar tenía un alto valor (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet*), por ello, mientras que el esclavo no se hubiera vuelto heredero del pupilo en base a la sustitución no habría podido ser considerado *heres* y libre por el testamento de Ticio; contrariamente, si el pupilo hubiera llegado a la edad necesaria para efectuar el propio testamento, no habría tenido lugar la sustitución y el esclavo habría sido considerado como si no hubiera sido sustituto del pupilo (*ac si pupillo substitutus non fuisset*), no existiendo obstáculos para volverse libre y heredero de Ticio. En el caso en que el menor hubiera muerto antes de volverse púber, la sustitución habría tenido lugar y el esclavo se volvería heredero y libre del pupilo y podría, sólomente si así lo quisiera (*si velit*), convertirse también en heredero de Ticio.

El pasaje es interesante bajo varios aspectos; por una parte, el fuerte valor dado por el jurista a la *condicio substitutionis* que habría prevalecido frente a una libertad concedida al esclavo nombrado heredero por el actual *dominus* en su testamento; en segundo lugar, la posibilidad del liberto de escoger entre la aceptación o no aceptación de esta *hereditas* una vez que se hubiera vuelto heredero del impúber. La tesis de Neracio recuerda un pasaje de un jurista posterior como sería Cervidio Escévola, *libro singulari quaestionum publice tractarum* en D. 28.6.48.2:

*Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit eumque emptor liberum heredemque instituerit, numquid iste in substitutione habeat substitutum universum? ut, si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, necessarius ex testamento emptoris heres exstitit, sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem liber et heres sit et necessarius patri pupilli, emptori autem voluntarius heres exstitit.*¹¹

hecho ya conocido por la jurisprudencia antonina; tal explicación puede hacerse en un manual institucional como sería el caso de Gayo 2.153 o como propuesta de análisis del problema frente a un público no experto, que habría tenido necesidad de mayores explicaciones. Esta segunda opción, parecería la correcta porque como veremos a continuación Cervidio Escévola analiza la misma *quaestio* en una obra que probablemente habría tenido esta finalidad como piensa T. MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, Bari, 2006, pp. 103-ss.

¹¹ El contenido del texto es clásico aunque se podrían encontrar interpolaciones formales según WOLFE, *Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des 'heres' Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 440 n. 14, efectivamente, Mommsen en su edición *maior* del Digesto sustituye el término *universum* e incorpora *sibi servum* cambiando el tiempo del verbo de *exstitit* a *existat*, posición que nos parece aceptable al mismo modo que D. JOHNSTON, *On a singular book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, 30, G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 133 n. 21 y MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidio Scevola*, op. cit., p. 138 n. 38.

(Si el pupilo hubiera enajenado al esclavo que le fue designado como su sustituto y el comprador hubiera instituido libre y heredero aquel esclavo, probablemente en base a la sustitución ¿El sustituto tendría una condición jurídica que valdría de todos modos, no obstante se hubiera convertido en propiedad de otra persona? Y ciertamente, si el pupilo haya llegado a la pubertad, el esclavo se volvería heredero necesario del comprador con fundamento en el testamento, si por el contrario murió antes de la pubertad, él es libre y heredero por sustitución y se convertirá en heredero necesario por parte del padre del pupilo pero se convertirá en heredero voluntario respecto al comprador).

El texto presenta el mismo caso de Neracio, una sustitución pupilar en donde el esclavo liberado se convertiría en heredero del pupilo si no hubiera llegado a la pubertad y un comprador del mismo *servus* que lo habría liberado y designado heredero (eliminándose el recuerdo del primer testamento ineficaz del comprador). Escévola resuelve el problema, en el sentido de considerar el esclavo heredero testamentario necesario del comprador, si el pupilo hubiera llegado a la pubertad, como había pensado Neracio, pero, en el caso en que el pupilo hubiera muerto antes, Escévola afirmaba que el esclavo se convertiría en libre y heredero necesario¹² del padre del pupilo (*liber et heres sit et necessarius patri pupilli*)¹³ con la diferencia que Neracio lo habría considerado heredero del pupilo con base en la sustitución (*quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse... si pupillo heres exstitit*). Según Finazzi,¹⁴ si Escévola declara el esclavo *necessarius* respecto a la relación hereditaria con el testador, no implicaría esto una negación de considerar el *servus* heredero del impúber, la expresión *patri pupilli* se encontraría lógicamente unida a *necessarius*, pero, como tal adjetivo es anterior a la conjunción *et* no resultaría improbable que el término *heres* debiera entenderse como la unión de *patri pupilli*; así, según el investigador, el jurista habría considerado el sustituto

¹² El esclavo nombrado heredero en una sustitución pupilar se convierte en un heredero necesario como confirma también el pasaje de Ulpiano, *libro quarto ad Sabinum* en D. 40.7.2.4: *Quocumque gradu pupillo servus cum libertate substitutus sit, necessarii causam optinet: quae sententia utilitatis causa recepta est et a nobis probatur. Celsus quoque putat libro quinto decimo cum libertate substitutum statuliberi causam optinere*. (En cualquier grado en que el esclavo haya sido sustituido con la libertad a un pupilo obtiene la condición de heredero necesario, cuya opinión fue admitida por causa de utilidad y es aprobada por nosotros. También Celso opina en el libro décimo quinto que el sustituido con la libertad obtiene la condición de *statuliber*).

¹³ P. VOGLI, "La sostituzione pupillare nel diritto romano", en *AG*, 149 fas.1-2, 1955, p. 51. *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1967, p. 213, piensa que el texto sea demasiado compacto considerándolo por ello una síntesis del pasaje original razón por la que no podría ser considerada correcta, según su opinión, la afirmación que el sustituto fuera un heredero del *pater* y no del pupilo. Según nosotros la explicación será otra como veremos a continuación.

¹⁴ FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 135 n. 29, en el mismo sentido A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei responsa di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, p. 119.

pupilar heredero directo del hijo y mediato del testador valorizando este último el perfil en unión a la calificación de *necessarius*. La tesis de Finazzi atribuiría a Escévola una doble perspectiva del sustituto pupilar, pero su explicación presenta dudas porque, si el esclavo es considerado libre y heredero (*liber et heres sit*) el término et sirve de unión a las palabras *necessarius patri pupilli*, porque en caso contrario el jurista tardo antonino habría debido especificar 'libre y heredero del pupilo y necesario del padre del pupilo'.

Según nosotros la diferencia de terminología usada por Neracio y Escévola no altera la visión de los juristas en materia de sustitución pupilar, porque si el primero piensa que el esclavo es un heredero del pupilo y el segundo un heredero necesario del padre del pupilo la razón de tal diferencia se encuentra en la misma redacción de los pasajes; así, por ejemplo, mientras el texto neraciano inicia con la designación del esclavo como heredero sustituto y libre del hijo en el testamento del *pater* (*Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit*) la *quaestio* consistirá en determinar si el *servus* se convertirá en heredero del pupilo o de su comprador. Diferentemente el texto de Escévola inicia con la frase '*Si pupillus substitutum sibi servum*' esto es, con la muerte del impúber se obtendría la *condicio substitutionis* establecida por el testador, por lo que el problema consistiría en determinar si el esclavo se volvería heredero del *pater*, que había hecho la sustitución o de su comprador.¹⁵ En conclusión, considerar el esclavo heredero y libre del *pater* o del *filius* es bajo nuestro punto de vista un falso problema,¹⁶ porque en edad antonina eran correctas las dos denominaciones ya que la voluntad testamentaria era del *pater* que habría designado un heredero pero las consecuencias jurídicas serían a favor del hijo.

¹⁵ MASIELLO, *Le Quaestiones publice tractatae di Cervidius Scaevola*, op. cit., pp. 137-ss., criticando la tesis de D. JOHNSTON, *On a singular Book of 'Cervidius Scaevola'*, Berlin, 1987, p. 137 n. 30 ss, declara que no se encuentra en discusión si la sustitución pupilar tenía precedencia respecto a cualquier otra forma de sucesión, como piensa Johnston, sino la prioridad concedida a la condición de *statuliber* y solo en conexión a la sustitución pupilar. Según nosotros si el comprador había nombrado heredero el esclavo y hubiera muerto antes del pupilo, la condición de *statuliber* no habría sido la prioridad, como piensa Masiello, ya que sin el conocimiento de la sustitución pupilar (las *tabulae inferiores* no habrían sido abiertas antes de la muerte del pupilo), el esclavo se convertiría en heredero necesario de Ticio y después, una vez conocida la voluntad del *pater*, el jurista habría establecido que gracias a la sustitución el esclavo liberado por Ticio se convertiría en liberto del pupilo y no de su comprador; por esto, la *quaestio* consistiría en determinar si el esclavo habría sido heredero por la sustitución o *heres* de su comprador.

¹⁶ El mismo Escévola en su libro segundo *responsorum* en D. 28.6.47, en el caso de un *pater* que había designado al hijo impúber la hermana también impúber como heredera sustituta habla de la herencia del hijo y no del *pater* (*an filii hereditas... iure substitutionis pertineat...*)

En un texto de Gayo 2.180,¹⁷ se explica la visión de la sustitución pupilar en este periodo histórico al declararse que si el hijo, heredero del *pater*, muere antes de la pubertad, el sustituto se volvería heredero del hijo (*ipsi filio fit heres substitutus*) como había afirmado Neracio y, por este motivo considero, en cierto modo, '*quodam modo*' la existencia de dos testamentos, uno del padre y otro del hijo (*Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii*); después, continúa a explicar la primera declaración e incorpora la comparativa hipotética '*tamquam si*' con la que expresa una comparación respecto a lo que se dice en la frase principal: *tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset*. Evidentemente, el hijo no había designado un heredero, sino el padre y esta sería la razón por la que según Escévola el esclavo es *necessarius patri pupilli*; por ello, en la sustitución pupilar existía la peculiaridad de la existencia de dos herencias con un único testamento como concluye Gayo (*aut certe unum est testamentum duarum hereditatum*) produciéndose la paradoja que el heredero del hijo, en nuestro caso el esclavo, habría sido tal gracias a la voluntad del *pater*.¹⁸

Según los pasajes de Neracio y Escévola, el *statuliber* se volvería libre y heredero después de la muerte del *filius* impúber quedando sin efectos la manumisión testamentaria hecha por el actual *dominus* (el comprador del esclavo). Tal solución presenta consecuencias que necesitan una mayor profundidad; según Donatuti¹⁹ el esclavo, mientras se produce la *condicio substitutionis*, en su papel de *statuliber*, habría podido convertirse en un latino juniano gracias a la manumisión de Ticio, pero tal afirmación presenta dudas, porque, como es notorio, el testador habría podido efectuar dos documentos separados (*tabulae superiores e inferiores*), y el testamento pupilar no se abriría hasta que no se hubiera procedido a la apertura del testamento paterno

¹⁷ *Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.* (En este caso si ciertamente no haya sido heredero el hijo, el sustituto se hace heredero del padre; pero si el hijo haya sido heredero y haya muerto antes de la pubertad, del mismo hijo se hace heredero el sustituto. Por esta razón, en un cierto modo, son dos los testamentos; uno del padre, otro del hijo, como si el mismo hijo hubiera instituido para sí un heredero; pero ciertamente uno es el testamento de dos herencias).

¹⁸ Bajo este perfil sería difícil aceptar la tesis de LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 307, que la decisión de Escévola resultaría ser la más correcta respecto a la de Neracio porque resalta la característica esencial en la sustitución pupilar: la de ser heredero del padre.

¹⁹ G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 188, tesis aceptada por FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, op. cit., p. 134 n. 26.

después de la muerte del pupilo para evitar molestias de su heredero.²⁰ Tal dato demostraría la imposibilidad del esclavo de tener conocimiento de su designación como *heres* y de la existencia de una manumisión testamentaria gracias a la sustitución pupilar; por esto, si el comprador hubiera muerto antes del pupilo, el esclavo se volvería para todos los efectos, heredero y libre gracias a Ticio ya que ignoraba de haber sido designado heredero por el padre del pupilo. La apertura de las tablas en donde se encontraba la sustitución pupilar habría causado la coexistencia de dos causas de libertad, la del *dominus* comprador y la del pupilo y no obstante la primera era anterior a la segunda, esta última habría sobresalido por la importancia de la sustitución pupilar como afirma Neracio (*quod ad vim autem eius institutionis pertinet*); así, según los dos juristas anteriores, el esclavo liberado por Ticio ya no habría sido considerado su liberto sino que se transformaría en tal gracias a la herencia del pupilo.

Por último, debemos destacar la diferencia de terminología usada entre Neracio y Escévola en relación al papel del esclavo liberado por el comprador; según el primer jurista, el liberto podría ser heredero de Ticio si así hubiera decidido (*si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit*), mientras que para Escévola se convertiría en heredero voluntario (*emptori autem voluntarius heres exstitit*). Las consecuencias jurídicas son las mismas, el liberto y el heredero del impúber habrían podido rehusar la herencia ya que, al no ser considerado como antes liberto de Ticio, faltaría el presupuesto lógico para ser su *heres necessarius*.

3. EL ESCLAVO DESIGNADO HEREDERO

En la obra institucional de Gayo, después de tratar la sustitución pupilar (Gayo 2.179 a 182) continúa con el estudio del esclavo nombrado heredero y liberado (Gayo 2.184 y 185), tal orden sistemático probablemente habría sido el seguido por Neracio en sus *Regulae*.²¹ En un texto de Ulpiano, libro

²⁰ Como recuerda Gayo 2.181: *ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus... Illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc inpubere aperiantur...* (Pero para que después de la muerte del padre el pupilo no resulte sujeto al peligro de insidias... Pero aquella sustitución, por la que, también si el pupilo haya sido heredero y haya muerto dentro de la pubertad, llamamos el sustituto, la escribimos separadamente en las tablas del testamento inferiores, y estas tablas las sellamos con sus propios hilos y cera, y en las primeras tablas avisamos que no sean abiertas las tablas inferiores con el hijo vivo y todavía impúber...)

²¹ Sobre la paternidad de Neracio de la presente obra existe una discusión en la doctrina, GREINER,

quinto ad Sabinum en D. 28.5.9.14 se cita el jurista de la edad de Trajano así como a Aristón y Labeón sin mencionarse el nombre de la obra neraciana, pero como el pasaje aclara únicamente el uso de la terminología usada por el *de cuius* en su testamento, parecería adecuado pensar que la obra a la que se refiere fueran las Reglas:

Si quis ita scripserit: 'Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto', Labeo, Neratius et Aristo opinantur detracto verbo medio 'postea' simul ei et libertatem et hereditatem competere: quae sententia mihi quoque vera videtur.

Si alguien hubiera escrito en este modo: 'Estico sea libre y después sea heredero' Labeón, Aristón y Neracio piensan que se podría eliminar de la palabra 'después' ya que al esclavo compete la libertad y la herencia simultáneamente. Opinión que a mi me parece adecuada.

Opera Neratii. Drei Textgeschichten, op. cit., pp. 129-ss, niega que Neracio haya sido el autor de las *Regulae* porque en un pasaje del libro sexto de esta obra en D. 41.1.13 pr. trata de un problema que se refiere a la posesión obtenida de una *res* (de la que fue adquirido el dominio mediante usucapión) gracias a una compraventa hecha por un procurador sin conocimiento de su titular (argumento referido también en su libro séptimo *membrarum* en D. 41.3.41). Tal cuestión controversa no encontraría una razón, según el investigador, en una obra de reglas jurídicas y sobre este punto también F. Bona, en su reseña a la obra de GREINER en *SDHI*, 40, 1974, p. 512 piensa en una anomalía. Pero según nuestra opinión, si bien es cierto que también el argumento habría podido ser motivo de *ius controversum* y por esto no habría podido ser recibido en un libro de reglas jurídicas, no parece que tal controversia jurisprudencial fuera todavía discutida en edad antonina ya que basta observar que el jurista, en el libro séptimo *membrarum* en D. 41.3.41, analiza un problema en donde la adquisición de la posesión mediante un procurador ya no era considerada una controversia jurídica. Como prueba de esto Neracio inicia la frase con el término '*quamvis*' y termina con '*conveniat*': *quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat*, identificando así la existencia de una regla en donde la adquisición de la posesión mediante procurador habría producido como consecuencia jurídica la adquisición de la propiedad mediante usucapión también sin que lo supiera el titular. El segundo argumento de Greiner para negar el origen clásico de las *Regulae* de Neracio se encuentra fundamentado en la confrontación de la obra con las instituciones gyanas en donde resultaría existir el mismo orden en las materias tratadas. Bona, no obstante esté de acuerdo con Greiner sobre tal aspecto no considera post-clásica la presente obra y propone la tesis que Neracio hubiera escrito los *libri regularum* pero que el orden del material habría sido distribuido en edad posclásica siguiendo el esquema de la obra de Gayo. R. Knütel, en su reseña a la obra de Greiner en *Iura*, 25, 1974, pp. 156-ss, niega la posición del origen postclásico de las *regulae* y acepta la posición de D. LIEBS, "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", en *ANRW*, II, 15, 1976, pp. 217, 225-ss., que con gran probabilidad las *regulae* eran un manual para principiantes en donde el casuismo tenía una importante función en el *ius civile* y su contenido seguía un orden sistemático que venía afrontado con poca abstracción por esto, resultaría lógico pensar que Neracio hubiera sido el autor de las *Regularum libri XV*. Según F. GRELLE, *L'Autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, p. 135, los *Libri Regularum* tienen un esquema sistemático en donde el autor está convencido que el *ius* puede ser reducido a un sistema racional de *regulae*, que la jurisprudencia elabora y conserva. Nosotros aceptamos su pensamiento y destacamos que el orden así como el contenido de la obra neraciana es clásico. El jurista al tratar los argumentos siguió un esquema tradicional existente en edad antonina como demostrarían también las Instituciones de Gayo. La paternidad del modelo seguido por Gayo es motivo de discusión en doctrina y sobre este punto ver V. ARANGIO-RUIZ-A., Guarino, *Breviarum Iuris Romani*, Milano, 1989, p. 5 con bibliografía en la n. 17.

El testamento tiene una disposición imprecisa en la designación del heredero ya que el testador habría debido declarar, como recuerda Gayo en 2.186, que el esclavo se volvería libre y heredero en estos términos: *Stichus servus meus liber heredesque esto o heres liberque esto*. No podía usarse el término *postea* (después) porque la concesión de la libertad y la designación de heredero deberían darse contemporáneamente sin que exista un antes y un después y, como el error de redacción no beneficiaba el *favor libertatis* y tampoco la posibilidad que el testador insolvente pudiera evitar la infamia, por falta de pago de sus deudas hereditarias,²² la jurisprudencia, respetando la *voluntas testantis*, decidió a partir de Labeón de considerar la palabra como no escrita y tal posición no parecería haber encontrado opositores.²³

Un caso similar fue resuelto por la cancellería imperial de Marco Aurelio como recuerda Marciano en su libro tercero *regularum* en D. 28.5.52(51) pr.

Talem institutionem quidam valere non putabant: 'Stichus liber esto et, si liber erit, heres esto'. sed divus Marcus rescripsit hanc institutionem valere, perinde atque si non erat adiectum 'si liber erit'.

(Algunos juristas piensan que tal institución de heredero no tenga valor 'Estico sea libre y si será libre sea heredero'. Pero el divino Marco Aurelio realizó un rescripto en donde estableció que esta institución tendría valor como si no hubiera sido incorporado 'si será libre').

²² Gayo 2.154: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accedit ex venditione honorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat...* (Por lo tanto, el que tiene sus facultades sospechosas, suele instituir a su esclavo libre y heredero en primero o bien segundo o bien en grado sucesivo, de modo que si no satisfaga a los acreedores se vendan los bienes de este heredero preferiblemente que del mismo testador, esto es, de modo que la infamia, que resulta por la venta de los bienes, llegue preferiblemente a este heredero que al mismo testador...) Sobre el argumento ver H. J. WIELING, *Testamentsauslegung in römischem Recht*, München, 1972, 94.

²³ R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 1981, 43 sobre la disposición ineficaz discute las afirmaciones de G. BESELER, *Fruges et paleae*, in *Festschrift F. Schulz*, 1, Weimar, 1951, pp. 46-ss, y de F. WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur legitimation der Konstruktionsjurisprudenz in Existenz und Ordnung. Festschrift für E. Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt, 1962, p. 431, que así como se habría presentado la disposición testamentaria el esclavo habría obtenido la herencia y después de un segundo la libertad pero Backhaus justamente niega tal afirmación porque en el testamento se habla primero de la libertad del esclavo y después del nombramiento de heredero '*Stichus liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto*', esto es, el esclavo antes habría adquirido la libertad y después de un segundo la herencia situación que, según nosotros, habría sido imposible porque el testamento tiene como presupuesto la *heredis institutio* y la misma no podría ser considerada después de una manumisión testamentaria, así recuerda Gayo 2.229: *heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti*.

Debe notarse como el texto de Marciano se encuentra en una obra que habría tenido el mismo nombre de aquella de Neracio, tal situación haría pensar más factible la tesis que en D. 28.5.9.14, Ulpiano hubiera consultado las reglas neracianas ya que habría tenido la misma finalidad: ilustrar a los principiantes de derecho las reglas jurídicas aplicadas incorporando noticias jurisprudenciales o constituciones imperiales mediante un orden sistemático y con poca abstracción. En el pasaje la palabra errada usada por el testador no era el adverbio *postea*, sino los términos *si liber erit* que no eran adecuados para la producción de los efectos jurídicos deseados por él y para evitar la ineficacia del nombramiento de heredero, la cancellería imperial decidió, al mismo modo que la jurisprudencia en el caso anterior, de considerar como no existente las palabras citadas dando validez al testamento según la efectiva voluntad del de *cuius*.²⁴

4. INSTITUCIÓN DE HEREDERO BAJO CONDICIÓN PARCIALMENTE IMPOSIBLE

Un texto de Pomponio, *libro tertio ad Sabinum* en D. 35.1.6.1 recuerda el nombre de los juristas que habrían analizado el problema de la condición parcialmente imposible considerando entre ellos a Neracio:

Si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat. quibusdam ex his ante mortuis Neratius respondit defici eum condicione nec aestimabat, parere possit condicione nec ne. sed Servius respondit, cum ita esset scriptum 'si filia et mater mea vivent' altera iam mortua, non defici condicione. idem est et apud Labeonem scriptum. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse, quae sententia admittenda est.

(Se había ordenado que si uno hubiera manumitido ciertos esclavos sería heredero, habiendo muerto antes algunos de ellos respondió Neracio que falta la posibilidad de cumplir la condición y que no consideraba pudiera ser cumplida la misma. Pero Servio respondió que cuando se hubiera escrito así: 'si vivieran mi hija y mi madre' no se falta a la condición habiendo muerto una de ellas, lo mismo se encuentra escrito en Labeón. También dicen Sabino y Casio que estas condiciones imposibles incorporadas en el testamento se tienen por no escritas cuya opinión debe ser admitida).

²⁴ Una interpretación benigna de las palabras del testamento para favorecer la validez de la institución según M. García Garrido en su reseña a la obra de GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I y II, Milano, 1963 en *AHDE*, 32, 1962, p. 649 o una '*pro non scripto Fiktio*' como afirma BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, op. cit., p. 42.

El texto de Pomponio inicia citando un responso de Neracio (*Neratius respondit*) sin mencionar de cual parte de los libros *responsorum* fue citado su pensamiento. El problema consiste en la interpretación de la disposición testamentaria '*si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat*'; el testador habría pretendido que el heredero para ser tal habría debido liberar ciertos esclavos claramente identificables al momento de la *delatio*. Algunos de ellos habían muerto antes (*quibusdam ex his ante mortuis*) y sobre este punto no debemos detener porque parecería poco probable la muerte de los esclavos al mismo momento después de la del testador (cierto, si no hubieran sido ellos los que mataron el *dominus* y hubieran debido sufrir el *suplicium*), pareciendo más probable que las muertes se hubieran verificado poco a poco después de haberse hecho el testamento inclusive antes de la muerte del *de cuius*. Como es notorio, si el testador hubiera establecido una condición posible al momento de efectuar el testamento, pero imposible antes de su muerte, habría debido cambiar el contenido del mismo porque evidentemente el heredero se habría encontrado en la imposibilidad de cumplir una condición que el mismo testador sabía que era imposible, en efecto, si la condición consistía en liberar Estico, Pánfilo y una determinada *ancilla* de nacionalidad griega y el primer esclavo hubiera muerto antes del testador y después no hubiera modificado la condición, evidentemente no habría tenido interés en designar como heredero al manumisor de Estico y mucho menos a los otros esclavos, no obstante se encontrarán en vida ya que el primero de ellos habría sido imposible de liberar.

Según nuestra opinión esta es la razón por la que Neracio se rehusa de considerar cumplida la condición del heredero, resultando improponible afirmar, como sostiene Scarano Ussari,²⁵ una rigidez del jurista superior a la de los grandes maestros del primer siglo a.C., no teniendo cuenta del *favor testamenti* o del *favor libertatis*; efectivamente el texto anterior analizado por nosotros en D. 28.5.9.14. demuestra como el jurista razonaba en modo diferente a como piensa el investigador; por el contrario, si algunos esclavos se hubieran suicidado por el dolor causado por la muerte del *dominus* (*taedium vitae*) seguramente Neracio habría pensado diferente, aunque seguramente el responso del jurista no trataba tal caso ya que en caso contrario se habría debido hacer mención de tal hecho.

²⁵ V. SACARANO USSARI, *Valori e Storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, p. 161.

Según Cosentini,²⁶ Neracio habría afirmado que la condición se debería considerar como no cumplida sin haber evaluado, como observa Pomponio, no obstante la muerte de algunos esclavos, el heredero habría podido liberar aquellos que todavía vivían. Según nosotros, la razón de tal decisión era clara en las palabras usadas por el autor del pasaje: *quibusdam ex his ante mortuis*. Si algunos esclavos habían muerto antes, no necesariamente habrían fallecido después de la *delatio* de la herencia ya que cada esclavo habría tenido una edad diferente y las muertes se habrían verificado en tiempos diferentes, el término *ante* habría podido incluir esclavos muertos antes del mismo *dominus*, pero después de la redacción del testamento dejando así sin valor la disposición testamentaria. Tal pensamiento explicaría según nuestra opinión el por qué Neracio no *aestimabat* si el heredero *parere posset condicione nec ne*.

Contrariamente Voci²⁷ piensa que para Neracio no tendría importancia el momento en que morirían los esclavos y, según el investigador, el jurista no habría considerado si los mismos hubieran muerto antes o después de efectuado el testamento; así su respuesta habría sido únicamente en el sentido que la condición, inclusive la parcialmente imposible, era causa de nulidad. Nosotros no aceptamos tal pensamiento por una razón evidente, si Neracio respondió una cuestión jurídica, habría debido valorar todos los elementos del caso y seguramente el dato que los esclavos de diferente edad o de condición física no podían morir al mismo momento después del *dominus* habría debido ser tomado en consideración, ciertamente, el fallecimiento pudo haber sucedido también cuando el propietario de los esclavos se encontraba todavía en vida. Bund²⁸ se limita a declarar que para Neracio no habrían sido factibles las libertades de los esclavos vivos, después de la muerte de los otros ya que había fallado la condición pero el autor no toma en consideración el aspecto subrayado por nosotros: algunos de los esclavos pudieron morir después de la redacción del testamento cuando todavía se encontraba en vida el *dominus* y esta habría sido la causa de la ineficacia de la condición.

Según MacCormack²⁹ en el pensamiento de Neracio la condición era considerada fracasada (*respondit defici eum condicione*) y que el ejemplo introducido por Servio se encontraría en contraposición con la presente tesis como demostraría el uso del término *sed*. Tal contraste entre una posición anterior de Servio y una posterior de Neracio, según nuestro punto de vista, no

²⁶ C. COSENTINI, *Condicio impossibilis*, Milano, 1952, pp. 47-ss., 190-ss.

²⁷ P. VOCI, *Diritto Ereditario Romano*, 2, Milano, 1967, pp. 612-ss.

²⁸ E. BUND, "Die Fiktion 'pro non scripto habetur' als Beispiel fiktionsbewirkter interpretatio", en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. Lübtow*, Berlin, 1970, p. 362.

²⁹ G. MACCORMACK, "Impossible Conditions in Wills", en *RIDA*, 21, 1974, pp. 266-ss.

encontraría bases muy sólidas porque, si bien la conjunción opositiva podría considerarse una clara oposición como dicho anteriormente, debemos hacer notar que el caso tratado por Servio es completamente diferente al analizado por Neracio. El valor de *sed* en la frase es el de cambiar el argumento anterior y pasar a otro diferente, en donde la condición si sería factible.

El caso de Servio (diferente al analizado por Neracio) consiste en la condición '*si filia et mater mea vivent*'; así el heredero se volvería tal si la madre y la hija del testador se encontraran todavía en vida. Debemos profundizar la *ratio* por la que el de *cuius* habría establecido una condición en estos términos, pensamos por ejemplo que el testador nombró heredero al hijo con la finalidad que después de su muerte pudiera administrar los bienes de familia y hacerse cargo de la madre y la hermana que habrían continuado a gozar de las comodidades de su posición económica que tenían cuando el *pater* se encontraba en *vita*. Si la madre o la hermana fallecieran después de la muerte del testador, por causa de tristeza o dolor, por la muerte del marido o del *pater* (*taedium vitae*) resultaría difícil pensar que un jurista pudiera afirmar que el hijo no se volvería heredero porque murió la madre y que la hermana quedaría sin protección. Evidentemente, en este caso, la anotación que hicimos en el responso de Neracio de considerar el momento preciso de la muerte de los esclavos, no tiene importancia, porque el fallecimiento de la madre o de la hermana habría sucedido después de la muerte del testador, porque en caso contrario, parecería absurdo, que, una de ellas hubiera muerto, el marido o el padre no hubiera modificado el propio testamento.

Servio y después Labeón³⁰ habrían aceptado que el fallecimiento de la madre o de la hija no alteraba la validez de la condición y por esto, el heredero se volvería tal, no solamente por el caso que hemos ejemplificado sino además por el valor que tiene la conjunción *et* que como recuerda Paulo, *libro quinquagesimo nono ad edictum* en D. 50.16.53,³¹ habría podido ser de carácter disyuntivo: *saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis...* (Muchas veces se construye de modo que las conjuntivas se toman por disyuntivas y las disyuntivas por conjuntivas y a veces lo suelto por separado).

³⁰ E. STOLFI, "Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio", en *SDHI*, p. 63, 1997, 19 afirma la dificultad de establecer si la aceptación de Labeón a la tesis de Servio hubiera sido en relación a un caso análogo o era una afirmación de carácter general. Según nuestro punto de vista, se refería al mismo problema (*idem est et apud Labeonem scriptum*) ya que en caso contrario, Pomponio habría debido subrayarlo en su explicación.

³¹ Sobre el argumento ver A. SICARI, "A proposito di et e della sua valenza disgiuntivo-alternativo", en *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, 7, Napoli, 2007, pp. 5125-ss.

Para profundizar el pensamiento de Servio es necesario citar el texto de Alfeno de su segundo libro de los Digestos, epitomado por Paulo en D. 28.5.46(45), en donde el jurista analiza la cláusula testamentaria '*Si Maevia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto*' (Si mi madre Mevia y mi hija Fulvia vivan, tu Lucio Ticio serás mi heredero). Servio habría afirmado en un responso que si el testador no habría tenido jamás una hija y la madre le hubiera sobrevivido, Ticio se volvería heredero porque lo que se encontraría escrito en el testamento de naturaleza imposible no tendría eficacia (*Servius respondit, si testator filiam numquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet*). El pasaje es muy parecido al caso tratado por Servio en D. 35.1.6.1 aunque si bien la diferencia sería la inexistencia de la hija Fulvia y no que la misma hubiera fallecido. La decisión del jurista de considerar válida la condición imposible permitía, no únicamente a Ticio de volverse heredero, sino que, además, le permitiría hacerse cargo la madre del *cuius*, gracias a la herencia obtenida. Tal presupuesto, según nosotros, resultaría necesario porque debería existir una *ratio* por la que la designación de heredero hubiera sido bajo la presente condición; efectivamente, la muerte de la madre no habría permitido a Ticio convertirse en tal. Los términos *quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet* habrían sido seguramente una gran novedad, si hubieran sido atribuidos al mismo Servio, ya que cualquier caso habría podido ser resuelto en este sentido (incluso el problema tratado por Neracio), pero ya que el texto es un epitome de Paulo a la obra de Alfeno la total seguridad de tal tesis no es posible aceptarla y estamos más convencidos que el camino seguido por la jurisprudencia sobre tal aspecto no fue inmediato y rápido sino más bien gradual.³²

La tesis de Labeón sobre el problema de la condición imposible, se encuentra en el libro segundo de los libros póstumos epitomizados por Javoleno en D. 28.7.20 pr;³³ en tal texto, el jurista analiza una disposición testamen-

³² En este sentido I. ALIBRANDI, *Sulla differenza delle condizioni impossibili nelle obbligazioni e nei testamenti*, en *Opere giuridiche e storiche*, 1, Roma, 1896, pp. 213-ss. Además si hubiera sido atribuido a Servio tal frase Pomponio en D. 35.1.6.1 habría recordado la misma referencia que contrariamente se atribuye a Sabino y Casio como hace notar BUND, *Die Fiktion 'pro non scripto habetur'* op. cit., p. 363.

³³ *Mulier, quae viro suo ex dote 'promissam' pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam dote promisisset, neque petisset neque exegisset. puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare, quo minus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia edUnatoj condicio pro non scripta accipienda est.* (Una mujer que debía a su marido la cantidad prometida por causa de dote había instituido heredero a su marido; si no hubiese

taria de una mujer, que designa heredero el marido, bajo la condición 'si eam pecuniam, quam doti promisisset, neque petisset neque exegisset' (si no hubiese pedido ni exigido la cantidad que hubiera prometido en dote). Si el marido no hubiera exigido el dinero prometido con estipulación, por causa de dote y hubiera comunicado a los otros herederos que, por parte suya, se encontraba dispuesto a efectuar la *acceptilatio* de lo que le era debido por motivo de dote, se volvería heredero, ya que el mismo habría cumplido con la condición exigida en el testamento. Si contrariamente, el marido hubiera sido el único heredero, bajo tal condición no existiría la posibilidad de efectuar la *acceptilatio* a favor de los otros herederos y en tal caso el jurista sería de la idea que el marido se volvería heredero, porque una condición imposible (*edŪnatoj*) debería considerarse como no escrita.

Los datos en D. 28.7.20 pr. y D. 35.1.6.1, recuerdan como Labeón habría resuelto dos problemas en donde la condición establecida por el testador no era posible decidiendo el jurista de conceder total validez al testamento; tales casos harían pensar que el jurista, antes de llegar a la conclusión de considerar como no escrita, una condición imposible había hecho un análisis de cada problema específico de donde se habría llegado a tal regla. La cuestión, motivo de investigación, consiste en determinar si la tesis de Labeón era la misma de Sabino y Casio; en D. 35.1.6.1 parecería que la respuesta fuera en sentido afirmativo porque Pomponio usa el adverbio *quoque* (también) al introducir la tesis sabiniana (*Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse*), pero sobre este punto Cosentini³⁴ hizo notar con argumentos interesantes el contrario.

Según el investigador, para Neracio la condición se considera no cumplida sin que haya evaluado si, no obstante, la muerte de algunos esclavos, el heredero hubiera sido capaz de cumplir la condición (nosotros ya explicamos la razón de su tesis). Servio y Labeón en un caso análogo (*si filia et mater mea vivent*) tienen una opinión diferente: *non defici condicione* ya que el cumplimiento de la parte posible de la condición sería suficiente para considerarla cumplida. El autor deduce de estos datos que si todos los esclavos hubieran muerto, Servio y Labeón habrían tenido la misma opinión de Neracio mientras que, Sabino y Casio habrían considerado la condición *pro non*

pedido ni exigido la cantidad que hubiera prometido en dote, opino, que si el marido hubiera hecho saber a los demás herederos que en él no consistiría que no diese por recibido lo que se le debiera por la dote, se hará inmediatamente heredero. Pero si con esta misma condición hubiera sido instituido único heredero, opino, sin embargo que él se hará desde luego heredero, porque una condición imposible debe ser considerada como no escrita.

³⁴ COSENTINI, *Conditio impossibilis*, op. cit., pp. 116-ss.

scripta. Tal interpretación no es aceptada por Stolfi,³⁵ el cual manifiesta que la argumentación de Cosentini no sería suficiente para concluir que Servio y Labeón habrían aceptado la tesis de Neracio en el caso de condiciones completamente imposibles, pensando más correctamente que, la posición de Servio y Labeón habían sufrido un 'assorbimento nella regola delle condizioni impossibili, ad opera di Sabino e Cassio' como había pensado, entre otros, Mac Cormack.³⁶

No obstante, Stolfi no explique el por qué la argumentación de Cosentini, no tendría bases sólidas para llegar a tal conclusión, nosotros podemos identificar la causa por la que no sería aceptable su tesis, si bien es cierto, no podemos negar que la construcción lógica de su pensamiento resulta interesante. Los dos casos confrontados no encuentran ninguna analogía como hemos explicado anteriormente, situación por la que difícilmente podríamos determinar lo que habrían pensado Servio y Labeón sobre el problema de los esclavos muertos, no obstante, según nuestra opinión, el fallecimiento de algunos de ellos cuando todavía era en vida el testador, difícilmente haría pensar en una opinión diferente a Neracio. El segundo caso en donde Servio y Labeón consideran válida la institución de heredero, no obstante, la madre (o la hermana) hubiera muerto no parece presentar dudas respecto a la *ratio*, porque como dijimos, el valor de la conjunción *et* habría podido ser disyuntivo-alternativo y difícilmente Neracio habría pensado en modo diferente.

Aceptamos la posición de Stolfi³⁷ que Neracio consideraba no cumplida la condición, sin distinguir entre condición imposible y condición no cumplida; efectivamente, el texto no hace tal distinción (*Neratius respondit defici eum condicione nec aestimabat, parere possit condicione nec ne*) pero no estamos de acuerdo en la interpretación del texto, como afirma el investigador: 'Pomponio fa seguire, quasi fosse la replica di un giurista posteriore, la diversa interpretazione di Servio a proposito di un caso sostanzialmente analogo' porque el autor del texto, Pomponio, con el uso del término *sed*, no hace ninguna crítica sino que interrumpe el pensamiento anterior y pasa a un argumento en donde la condición si sería factible pero sin ninguna analogía sustancial, como hemos tratado de demostrar anteriormente.

Sabino e Casio habrían afirmado que estas condiciones imposibles incorporadas en el testamento habrían sido consideradas como no escritas (*Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento*

³⁵ STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, op. cit., p. 19 n.77.

³⁶ MAC CORMACK, *Impossible conditions in Wills*, op. cit., pp. 267-ss.

³⁷ STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, op. cit., pp. 18-ss.

positas pro non scriptis esse); opinión aceptada Pomponio (*quae sententia admittenda est*), pero tal parte del texto parece improbable porque el uso de los términos *eas condiciones*, harían pensar que Sabino y Casio se hubieran referido no solo al caso de Servio, cronológicamente posible, sino también a la condición analizada por Neracio en su responso, situación improbable porque sus responsa fueron escritos mucho tiempo después. Nosotros creemos difícil de pensar que el caso de Neracio *si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat* hubiera sido tomado en consideración por Sabino y Casio pareciendo más bien la parte final del texto una síntesis giustiniana demasiado sintética.³⁸

5. LA CONDICIÓN Y EL STATULIBER

Neracio analiza diferentes casos en donde la condición establecida en el testamento habría liberado el esclavo; el primer supuesto es recordado por Ulpiano, libro nono decimo ad Sabinum en D. 40.4.7:

Neratius scribit eius, cui libertas sic data est 'si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto', impediri libertatem postumo nato. sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero ex postfacto respondemus retro liberum fuisse nullo filio nato? quod magis arbitror probandum.

(Neracio escribió que nacido un póstumo se impide la libertad de aquel a quien se le dio la libertad de este modo 'si yo no tuviera ningún hijo cuando muera, sea libre Estico' pero mientras se espera que nazca ¿Decimos que permanece en esclavitud o responderemos que por virtud de un hecho posterior se hizo retroactivamente libre no habiendo nacido un hijo? Y esto es lo que considero que mayormente se debe de aprobar).

El jurista analiza la condición '*si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto*' (si yo no tuviera ningún hijo cuando muera, sea libre Estico) y sobre este problema se debe determinar el significado de las palabras *nullus filius erit* porque, como justamente hace notar Scialoja,³⁹ el significado de estas palabras no corresponde a los hijos concebidos sino que debería in-

³⁸ V. SCIALOJA, "Sulle condizioni impossibili nei testamenti. Nuove considerazioni", en *BIDR*, 14, 1901, pp. 23, 27-ss, sobre este punto afirma 'la forma contratta e monca del periodo, privo del verbo principale, ci può far pensare che la mano dei compilatori non sia rimasta estranea neppure a questa parte del testo, non saprei ben dire se aggiungendo o abbreviando e modificando. In ogni modo sembra presso che certo che la massima generale, così com'è formulata, non possa aver per autore se non Pomponio ovvero addirittura la commissione triboniana'.

³⁹ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, 1950, Roma, pp. 115-ss.

terpretarse como necesario el requisito del nacimiento (*postumo nato*). Al momento de la muerte del *dominus*, el esclavo ignoraba si el testador había o no concebido un hijo y si hubiera sido así el nacimiento habría obstaculizado su libertad; diferentemente en el caso de un aborto espontáneo la condición produciría efecto y el esclavo se volvería libre. Ulpiano⁴⁰ sobre la solución de Neracio, se pregunta la posición jurídica del *servus*, mientras el hijo se encontraba en formación y propone dos soluciones probablemente ya ofrecidas por la jurisprudencia; la primera menos factible, que el esclavo permanezca tal mientras que se espere el nacimiento y la segunda, más adapta (*magis arbitror*),⁴¹ de considerar el esclavo retroactivamente libre si el hijo concebido no hubiera nacido. Scialoja⁴² habla de una *condicio in praesens collata* de la cual se ignora la existencia y de la que depende el *status* del esclavo; si el hecho sucederá (aborto espontáneo), entonces el esclavo será considerado libre desde el mismo momento en que murió su *dominus*, produciéndose una retroactividad (*retro liberum fuisse*), que no existe en otro tipo de condiciones.⁴³

Otro tipo de condición tratada por Neracio, sería aquella por la que el esclavo habría debido entregar una determinada cantidad, este argumento fue afrontado por el jurista en su libro tercero *membranarum* en D. 40.7.17.

⁴⁰ Después de la citación a la tesis de Neracio la cuestión es analizada por Ulpiano como piensan O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma, rest. 2000, p. 785 y G. WESENER, *Pendenz, vor Wirkungen und Rückwirkung der Aufschiebenden Bedingung im römischen Recht*, en *Festgabe für A. Herdlitzka*, München-Salzburg, 1972, p. 283.

⁴¹ Según T. MAYER-MALY, *Problemi della condizione*, en *Labeo*, 14, 1968, p. 299, con los términos *magis arbitror* Ulpiano presenta una cierta cautela en su posición dándose cuenta el jurista de los problemas derivados de tal pensamiento.

⁴² SCIALOJA, *Negozi giuridici*, op. cit., p. 115 tesis aceptada por A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 144-ss., el cual niega haya sido efectivamente una verdadera condición porque en su opinión 'l'incertezza al momento dell'acquisto dell'eredità può essere soltanto soggettiva'.

⁴³ Según G. DONATUTI, *Lo Statulibero*, Milano, 1940, p. 213, la situación anómala que fue dada a beneficio del *favor libertatis* sería de atribuir a una disposición legislativa más que a la jurisprudencia clásica. Según MASSI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, op. cit., p. 145, 'non esiste una retrodatazione degli effetti della condizione verificata, ma sia pure *ex postfacto*, si constata che la condizione risulta avverata nel momento stesso della morte del testatore' pero tal pensamiento fue discutido por MAYER-MALY, *Problemi della condizione*, op. cit., p. 299, por H. Hasmaninger, en la reseña a su obra en *RHD*, 36, 1968, p. 574 y por W. FLUME, "Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker", en *ZSS*, 92, 1975, p. 124, porque como notan los investigadores los términos usados por Ulpiano son '*retro competit libertas*' los cuales presuponen la existencia de la retroactividad. Según nosotros, la posición es seguramente ulpiana y la particularidad de este caso es debida al problema que la condición establecida por el testador no podía ser evaluada inmediatamente después de su muerte permaneciendo el esclavo en una situación de incerteza aún cuando el *de cuius* no había tenido hijos en su vida. La existencia de un concebido alargaría el tiempo necesario para determinar el cumplimiento de la condición produciéndose por esto, una particularidad no verificable en otros tipos de condiciones.

Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse: decem habet et tantundem domino debet: dando haec decem non liberabitur. nam quod statulibero ex peculio suo dare explendae condicionis causa concessum est, ita interpretari debemus, ut non etiam ex eo dare possit, quod extra peculium est. nec me praeterit hos nummos peculiares posse dici, quamvis, si nihil praeterea servus habeat, peculium nullum sit. sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium,⁴⁴ ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset, quia id maxime sine iniuria dominorum concedi videbatur. quod si ultra quis progredietur, non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subripuerit, dando statuliberum condicioni satisfacturum existimet.⁴⁵

(Se mandó que uno fuera libre si le hubiere dado diez al heredero, el esclavo tiene los diez y le debe la misma cantidad a su propietario, entregando diez no se volverá libre porque el hecho de que se le concediera al statuliber la posibilidad de que diera de su peculio para cumplir la condición, lo debemos entender en el sentido que podrá entregar si se encontrara dentro de su peculio y no fuera. Y no me pasa desapercibido que se puede decir que estas monedas son del peculio ya que si el esclavo no tuviera nada se consideraría no existente el peculio. Pero no se debe dudar que en la mente de los que establecieron que al esclavo se le concediera el peculio como si fuera de su patrimonio resultaría concedido sobretodo sin injuria de sus dueños, pero si alguno fuera más allá se podría incluso pensar que el *statuliber* podría cumplir la condición aún dando las monedas que le habría robado a su *dominus*).

El pasaje trata del caso de un esclavo al que su *dominus* le concedió un peculio con la finalidad de efectuar una determinada actividad comercial, el testador, propietario del esclavo establece en su testamento la cláusula '*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*' (si le hubiere dado diez al heredero ordeno que sea libre) por lo que si el *servus* hubiera entregado diez al heredero pero no hubiera pagado las deudas existentes que tenían como origen la administración de su peculio no podría ser considerada cumplida la condición. Los diez entregados por el esclavo para cumplirla deberían tener como origen la ganancia obtenida por el mismo en la administración del peculio y no de otra forma, este beneficio económico era considerado parte

⁴⁴ Sobre el significado del término *constituere* en Neracio ver S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari, 2005, pp. 75-ss., y por última P. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, p. 225 n.17, en el presente contexto aceptamos la tesis que el término tenga como finalidad permitir una visión que recupera el aspecto histórico, efectivamente la argumentación neraciana parecería encontrar, según nosotros, fundamento no tanto en una práctica ya existente en su tiempo sino en la investigación de una *ratio* que tenía respeto del pasado.

⁴⁵ G. GROSSO, "La finzione di adempimento nella condizione", en *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Modena*, p. 47, 1930. *Scritti storico giuridici*, 3, Torino, 2001, p. 433 n.1, piensa que se encontraría interpolada la parte *sed dubitari non oportet* que sin embargo, según el investigador, no representaría una 'innovazione sostanziale' sin presentar fundamentos a su tesis. Contrariamente Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., pp. 34-ss.

integrante del peculio porque, según Neracio, faltando dinero el mismo no habría ni siquiera existido. El jurista además, sobre la función del peculio afirma que en la mente de aquellos que introdujeron la norma se había constituido la posibilidad del esclavo de administrar el patrimonio como si fuera suyo (*ut quasi ex patrimonio suo dandi*) situación por la que, si bien sería de excluir cualquier tipo de injuria en contra de los propietarios, por ejemplo, si se hubiera afirmado que el cumplimiento de la condición pudiera ser hecha con dinero no perteneciente al peculio, entonces sería posible declarar la posibilidad que el *statuliber* pudiera cumplir la condición también con dinero substraído ilegítimamente a su *dominus*.

La posición de Neracio parecería ser una respuesta a aquella parte de la jurisprudencia que contrariamente habría aceptado la posibilidad de cumplimiento de la condición '*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*' con dinero no obtenido de los beneficios del esclavo en la administración del peculio como justamente había afirmado Scarano Ussani,⁴⁶ efectivamente, considerar que el *statuliber* pudiera cumplir la condición con dinero substraído a su *dominus*, parecería más bien una *deductio ad absurdum*,⁴⁷ con la que el jurista habría querido defender la tesis tradicional. Según el investigador la afirmación sería dirigida a Javoleno, el cual en el libro cuarto *ex posterioribus Labeonis* en D. 40.7.39.2 habría ofrecido una nueva propuesta:

Si heres servo pecuniam ad negotiandum dedisset, statuliberum eam ipsam numerando liberari ex testamento non posse Labeo Trebatius responderunt, quia reddere eam magis quam dare videretur. ego puto, si peculiares nummi fuerunt, ex testamento eum liberum futurum.

(Si el heredero hubiera dado dinero al esclavo para efectuar negocios, respondieron Labeón y Trebacio que el *statuliber* no podría ser libre en virtud del testamento entregando este mismo dinero, porque se consideraría que lo devuelve más bien que lo da, yo opino que si las monedas fueron del peculio, él será libre en virtud del testamento).

⁴⁶ V. SCARANO USSANI, "Ermeneutica, diritto e 'valori' in L. Nerazio Prisco", en *Labeo* 23, 1977, pp. 188-ss. *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, pp. 65-ss.

⁴⁷ Sobre este punto es interesante un pasaje del mismo Neracio en su libro segundo *membrarum* en D. 25.1.15 en donde el jurista, analizando el problema de los gastos necesarios hechos por motivo de los bienes dotales que producen una disminución a la misma dote usa la *deductio ad absurdum* al afirmar que, este tipo de gastos no incluirían aquellos necesarios para la conservación que deberían ser a cargo del marido, incorporando el adverbio *alioquin* (diferentemente) afirmando que, en caso contrario, deberían considerarse en esta categoría los alimentos proporcionados a los esclavos de la dote así como cualquier pequeña reparación de los edificios dotales y los pequeños gastos para sembrar los campos dotales (...*alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent...*) El argumento es tratado por NAPPI, *Ius finitum*, op. cit., pp. 62-ss.

El pasaje debería presuponer una cláusula testamentaria, que concedía la libertad al esclavo después de la actividad comercial, que habría debido cumplir con el peculio concedido por el testador. El heredero (cuando todavía se encontraba en vida el testador) realiza actos negociales con el esclavo entregando una cantidad de dinero para tales fines, mientras que el *de cuius* habría establecido en su testamento que el esclavo sería libre si hubiera dado al heredero una cantidad de dinero. Si el *servus* da al heredero la cantidad que recibió por motivo de la actividad comercial no habría cumplido con la cláusula testamentaria, porque más que dar una cantidad de dinero la habría restituido (*quia reddere eam magis quam dare videretur*), según Labeón y Trebacio. Contrariamente Javoleno habría declarado que si el dinero hubiera pertenecido al peculio, por causa del testamento el esclavo se volvería libre. Sobre este punto encontramos dificultad de considerar el texto de Javoleno contrario a la tesis neraciana como contrariamente piensa Scarano Ussani, porque los términos *si peculiares nummi fuerunt* no tienen el significado de *'nummi dati per incrementare il peculio'* como considera el investigador sino solamente que, después de la actividad comercial, si el esclavo en lugar de obtener ganancias hubiera sufrido pérdidas, habría debido ser liberado de todos modos, ya que la cantidad que permanecía formaba parte del *peculium* concedido por el testador, negando la validez de la tesis de Labeón y de Trebacio.

En conclusión, en la perspectiva neraciana si un esclavo hubiera administrado un peculio y el dominus en su testamento lo hubiera liberado bajo la condición *'Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse'*, el *servus* habría debido entregar diez, que corresponderían a la ganancia de la actividad comercial, además del pago de las deudas que tenían origen en la misma actividad y que formaban parte del mismo *peculium*. La falta de una ganancia equivalente a diez⁴⁸ no permitía que se cumpliera con la condición y la posibilidad que el esclavo pudiera obtener diez en modo diferente, no era considerado válido por el jurista, porque el dinero que podía encontrar origen en la administración del peculio concedido por el *dominus* y no por causas diferentes; efectivamente, la única ganancia lícita del esclavo provenía de la administración del mismo. Contrariamente, otros juristas no identificados habrían podido aceptar la eventualidad que en caso de falta de ganancia, el esclavo se pudiera procurar la cantidad en modo diferente pero, esta tesis escandalizaba a Neracio, porque si el esclavo obtenía dinero en modo diferente a la normal se abrían las puertas a la eventualidad que el *servus* pudiera cometer actos contrarios al derecho con tal de obtener su libertad.

⁴⁸ Sobre este punto ver GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., p. 33.

Un pasaje unido al anterior en donde existe un recuerdo del pensamiento neraciano se encuentra en Pomponio, *libro octavo ad Sabinum* en D.40.7.5pr:

Statuliber rationem reddere iussus reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisfacere paratus est. Neratius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi.

Un *statuliber* a quien se le ordenó de rendir cuentas respecto a su administración negocial, entregó el remanente que resultaba y sobre los aspectos que parecían oscuros el esclavo se comprometió a garantizar por su correcta administración, con razón opinan Neracio y Aristón, que el esclavo será libre para evitar que muchos esclavos no puedan llegar a la libertad por una causa incierta relativa a las cuentas y por motivo de negocios de este tipo).

El esclavo en su actividad de negocios desarrollada gracias al peculio concedido por el *dominus* había sido liberado bajo la condición de entregar las cuentas de su administración. El heredero encuentra diferentes puntos oscuros (sin especificar cuales serían ellos) y el *servus* frente a tales dudas propone de garantizar por los eventuales errores existentes. Aristón y Neracio no ven dificultad de considerarlo libre, sobretodo para evitar que, so pretexto de obscuridad en las cuentas, muchos esclavos dedicados a la actividad comercial de este tipo no pudieran llegar a la libertad.

Confrontando los textos D. 40.7.17 y D. 40.7.5 pr. se podría pensar en una visión contradictoria por parte del jurista, porque por una parte, no consideraría válida la posibilidad que el esclavo pudiera obtener la libertad, entregando la cantidad solicitada, si esta no provenía de su administración en la actividad comercial, que dirigía gracias al peculio y en el segundo caso parecería sostener el *favor libertatis*. La aparente contradicción encuentra una clara explicación en las palabras del jurista, permitir al esclavo de pagar los diez con dinero que no encuentra origen en su peculio abriría el camino a una serie de actos de dudosa legalidad para permitir al *servus* de obtener su libertad inclusive sustrayendo dinero al propio *dominus* (*non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subriperit, dando statuliberum conditioni satisfacturum existimet*) y tal situación, probablemente aceptada por otros juristas, debería ser evitada. La ratio de su pensamiento encontraba fundamento en la visión respetuosa del pasado y no resultaba ser una propuesta novedosa con la que se tuviera que conceder a toda costa la libertad al *servus*. Diferentemente, las dudas no especificadas sobre las cuentas presentadas por el esclavo podían ser un pretexto para no concederle la libertad y, visto que el *statuliber* estaba dispuesto a garantizar por su adecuada administración (*sa-*

tisdare paratus est), no existían razones para negarle la libertad. Tal propuesta de Aristón aceptada por Neracio resultaba ser una solución que seguramente abría la puerta a favor de todos los casos en donde so pretexto de *obscuritas* en las cuentas, los esclavos dedicados a una actividad comercial no pudieran obtener la libertad concedida por el testador.

Otro problema que se refiere a la condición del *statuliber* de entregar las cuentas de su administración consiste en el lugar en donde debería cumplirse tal obligación, tal argumento es tratado por Pomponio, *libro duodecimo epistularum* en D. 35.1.112.3 en donde se recuerda un responso de Neracio.

Priscus respondit statuliberum non utique ibi ubi pater familias decessit aut ubi ipse relictus sit aut ubi velit, rationes reddere debere, sed interim proficisci ad eum, cui reddere debeat, utique si is rei publicae causa aberit: verissimum est autem, ut alias aliud ex persona locoque sit aestimandum.

(Prisco respondió que el instituido libre bajo condición no debía rendir cuentas ahí donde murió el *pater familias* o donde él las dejó o donde quisiera entregarlas, aunque algunas veces se tendrá que meter en camino para encontrar a quien debería entregarlas, sobre todo si se hubiera alejado del lugar habitual por haber realizado funciones a favor de la república. Tal pensamiento es verdadero valorándose cada caso según la persona y el lugar).

Seguramente, el lugar más adaptado para rendir las cuentas y entregar la cantidad que se hubiera obtenido como ganancia, en el tiempo establecido por el testador,⁴⁹ habría sido donde se desarrollaba la actividad comercial, pero como el heredero había podido encontrarse alejado para cumplir con funciones públicas, el *statuliber* habría debido ir al lugar en donde se encontraba para cumplir con la condición. El jurista no considera que sea una facultad del esclavo la de decidir donde proporcionarlas así como la entrega de la

⁴⁹ El día en que debería ser hecha la entrega de cuentas, debería ser aquel determinado por el testador, sobre tal punto Javoleno, en su libro sexto de su comentario a Casio en D. 40.7.28pr, presenta el caso en donde el esclavo se encontraba obligado a rendir cuentas al heredero 30 días después de la muerte del testador para obtener su libertad (*Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat*). El jurista declara que después de este tiempo no sería posible considerar cumplida la condición pero debido al *favor libertatis* el esclavo podría ser liberado, si la rendición de cuentas hubiera sido hecha después no por culpa del *servus* por ejemplo, porque la *aditio* hubiera sido hecha después de los 30 días (*post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur*). Sobre el argumento ver W. W. BUCKLAND, *The roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 (rest. 1970), pp. 494-ss, DONATUTI, *Lo statulibero*, op. cit., pp. 311-ss, y por última STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, op. cit., pp. 261-ss.

cantidad que se encontrara en sus manos (*reliquia*), ya que su decisión habría podido ser la menos adapta al heredero; por esto, en cada caso específico sería necesario evaluar el lugar en donde deberían ser proporcionadas dichas cuentas según Pomponio.

6. DESIGNACIÓN DE TUTORES EN EL TESTAMENTO DE LA MUJER

Neracio habría afirmado en su libro tercero *regularum* en D. 26.1.18 la prohibición de las mujeres de ser tutoras ya que sería esta una tarea masculina como habría afirmado también Gayo, *libro duodecimo ad edictum provinciale* en D. 26.1.16 pr. (*Tutela plerumque virile officium est*) y recuerda además un caso de excepción a tal máxima (ya considerado también por Gayo con el adverbio *plerumque*), la concesión del príncipe de tal encargo previa solicitud de la interesada⁵⁰ (*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent*).⁵¹ Después

⁵⁰ Gracias a tal dato parecería evidente como en el periodo en que escribi Neracio existían casos en donde el príncipe habría concedido la tutela a la mujer. Determinar con precisión quien fue el primer emperador a conceder la tutela a la mujer parecería ser una tarea difícil. T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, Napoli, 1979, p. 24, sostiene que fue Claudio el emperador que inició con tal posibilidad porque sobre este argumento Modestino, *libro sexto excusationum* en D. 26.3.1.1-2 se refiere al cónsul en materia de *datio tutoris* y, como es notorio, este emperador fue el primero que otorgó a los más altos magistrados republicanos la facultad de dar y confirmar a los tutores. Aunque si no hubiera sido Claudio el primero a conceder a la mujer la tutela de sus propios hijos parece claro que bajo el imperio de Trajano, emperador contemporáneo a Neracio, ya había sido decidido en tal sentido. Según MASIELLO (p. 32) la regla neraciana en D. 26.1.18 implicaba que las mujeres no podían ser tutores porque 'la loro struttura psico-fisica (*sexus*) è piú fragile di quella maschile e inidonea a gestire il *munus tutelae*. Ci troveremmo pertanto di fronte al manifestarsi per topos di una ideologia maschilista, non piú ancorata sul fragile e pericoloso terreno della superiorità intellettuale, ma a quello ben piú sicuro e tangibile della diversità ed inferiorità del sesso femminile'. Según nuestra opinión, Neracio no hace ningún tipo de evaluación al respecto, sino que informa la causa por la que en su tiempo la mujer no podía ser tutora de su propio hijo, la tutela era una función masculina (*quia id munus masculorum est*) ya que en la sociedad romana quien administraba el propio patrimonio era el *pater familias* y como la mujer no habría tenido la posibilidad de administrar su propio patrimonio, ya que necesitaba a su vez de un tutor por motivo de la *levitas animi* (y no por inferioridad), no resultaría idónea para hacerse cargo del patrimonio del pupilo. Sin embargo, podría suceder, como veremos a continuación, que el marido en su testamento hubiera nombrado a la mujer tutora de sus hijos seguro de la madurez intelectual de ella, en este caso el emperador habría podido concederle la tutela excepcionalmente.

⁵¹ El contenido clásico del texto fue afirmado por G. CRIFÓ, "Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico", en *BIDR*, 67, 1964, pp. 149-ss, por MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, op. cit., pp. 11-ss. O. DILIBERTO, *rec. Masiello*, en *BIDR*, pp. 297-ss, en contra GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, op. cit., pp. 117-ss, el cual afirma que el texto no podría ser atribuido a Neracio pero sin mayor éxito como demostró Masiello.

del presente texto encontramos en el mismo libro tercero de la obra neraciana el pasaje motivo de nuestro estudio en D. 26.3.2 pr.-1:⁵²

*Mulier liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit, decreto praetoris vel proconsulis ex inquisitione confirmabitur nec satisfacit pupillo rem salvam fore. 1. Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.*⁵³

(La mujer no puede nombrar adecuadamente el tutor a los hijos pero si lo hiciera será confirmado después de una serie de investigaciones con decreto del pretor o del procónsul y no se darán garantías al pupilo que la integridad del patrimonio de este será salvaguardado. 1 Pero también, si por la madre hubiera sido nombrado un curador por testamento para sus hijos, este será confirmado con decreto después de investigaciones).

El presente texto de Neracio, al mismo modo que otros que provienen de sus reglas, complementa la información de las instituciones gayanas; efectivamente en Gayo 1.200 se afirma que los tutores designados en el testamento no se encuentran obligados a garantizar con la *satisfatio rem pupilli salvam fore* (garantía que quedarán a salvo los bienes del pupilo)⁵⁴ ya que la *fides* y la diligencia fue juzgada por el mismo testador (*nam et tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est*). El texto de Neracio analiza el problema de la mujer, la cual, si bien no podría designar un tutor a los hijos en el testamento (*Mulier liberis non recte testamento tutorem dat*), en el caso en que lo hubiere hecho habría sido necesaria la autorización del pretor o del procónsul con decreto previa investigación (*inquisitio*) sin necesidad de tal garantía.

⁵² LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, op. cit., p. 774.

⁵³ F. GRELE, *Consoli e "datio tutoris" in l.1.20.3*, en *Labeo*, 13, 1967, p. 198, n.15 considera el texto probablemente alterado (sin especificar el motivo) pero no en lo que se refiere a la mención del procónsul. S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, p. 21, considera los términos *sed et... ex inquisitione* como algo extraño al texto original, los compiladores habrían querido extender al curador lo que en el *principium* se decía para el tutor pero según el investigador la forma es diferente aunque quisieron utilizar las mismas palabras del jurista clásico. Según nuestra opinión fue el mismo Neracio a incorporar la normativa del tutor al curador porque las dos figuras se parecen y tienen la misma finalidad. L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, p. 249, con referencias bibliográficas en la nota 6, afirma que existe una actual tendencia a pensar que la gradual asimilación de la *cura minorum* a la *tutela impuberum* haya tenido inicio durante el principado. La investigadora, no obstante lo anterior piensa que el pasaje está alterado porque, en su opinión, tal asimilación habría sucedido en edad de Marco Aurelio excluyendo validez a todos aquellos textos que demuestran el contrario.

⁵⁴ Sobre el argumento ver O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Aalen, 1956, pp. 540-ss, y una crítica a su posición en S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, pp. 127-ss.

Respecto a los curadores Gayo afirma que aquellos nombrados por el cónsul, por el pretor o por el gobernador de la provincia a excepción de los designados por la ley no se encuentran obligados a garantizar porque fueron escogidas personas honestas (*et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfacere, scilicet quia satis honesti electi sunt*). Neracio, sobre el argumento aplicado a las madres, explica que en tal caso sería necesaria la confirmación con un decreto previa investigación (*inquisitio*).

Si consideramos D. 26.1.18 anterior a D. 26.3.2 debería interpretarse el pensamiento de Neracio, en el sentido que la mujer no podía ser tutora de sus propios hijos, y si alguna, excepcionalmente, hubiera obtenido la tutela por concesión del príncipe, entonces la misma (no obstante las mujeres no pudieran hacerlo) habrían podido nombrar válidamente un tutor en su testamento y previa investigación (*inquisitio*) del pretor o del procónsul se habría emitido un *decretum*⁵⁵ con el cual se aprobaba tal decisión (*confirmatio*), sin necesidad de la garantía que quedarán a salvo los bienes del pupilo (*satisfatio rem pupilli salvam fore*).

Pensamos, por el ejemplo, el caso de un *pater familias* que hubiera nombrado tutora a la mujer de sus propios hijos en un testamento; si bien tal disposición sería contraria al pensamiento jurisprudencial, porque es una función masculina (*quia id munus masculorum est*), el príncipe, no obstante tal objeción habría podido respetar la voluntad del de cuius concediendo, gracias a su benevolencia (*liberalitas*), la tutela de los hijos a la mujer. Las mujeres rectamente no tenían la facultad de nombrar un tutor a los hijos en su testamento, pero ya que en el caso específico había sido el príncipe a concederle la tutela, la mujer tutora no habría encontrado obstáculos para designar en su testamento, el tutor de sus hijos y el pretor habría confirmado

⁵⁵ En materia de tutela y curatela el pretor intervenía normalmente mediante *decreta* como justamente recuerda G. MANCUSO, "Decretum praetoris", en *SDHI*, 63, 1997, p. 352. Según MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli antonini e i severi*, op. cit., pp. 22-ss., el texto de Neracio sería la primera prueba del reconocimiento del poder de la mujer de nombrar un tutor pero el investigador no toma en consideración el orden palinogenético de la obra neraciana, efectivamente D. 26.1.18 sería anterior a D. 26.3.2 y por esto, el pensamiento del jurista debería interpretarse en el sentido que la mujer no podía ser tutora de sus propios hijos y si alguna, excepcionalmente, hubiera obtenido la tutela por concesión del príncipe, entonces la misma habría podido nombrar válidamente un tutor en su testamento; esto es, el jurista no habría reconocido el poder de la mujer en este aspecto sino que únicamente habría recordado un caso excepcional. El uso de los términos *non recte* en D. 26.3.2 se deben relacionar a D. 26.1.18; efectivamente las mujeres no podrían ser consideradas tutoras porque es una función masculina y tampoco podrían nombrar rectamente un tutor salvo el caso de excepción citado en el texto.

tal decisión (*confirmatio*), después de haber comprobado en su investigación (*inquisitio*) la existencia de tal concesión imperial.⁵⁶

El problema consiste en determinar si la mujer habría podido nombrar un tutor en su testamento sin haber recibido la tutela de los hijos por decisión imperial, sobre este punto en edad severiana Modestino, *libro septimo differentiarum* en D. 26.2.4 explica las diferencias entre el nombramiento del tutor hecho por el padre y por la madre. El jurista indica que mientras en el caso del padre se podría instituir tutor al hijo designado heredero o una vez desheredado (*Pater heredi instituto filio vel exheredato tutorem dare potest*), la madre diferentemente habría podido establecerlo únicamente si hubiera designado heredero al hijo (*mater autem non nisi instituto*). La *ratio* de esta diferencia sería indicada en estos términos: *quasi in rem potius quam in personam tutorem dare videatur* (resultaría ser otorgado el tutor respecto al patrimonio más que a favor de la persona). Estas palabras parecerían un poco 'artificiales' para negar a las mujeres la plena libertad de establecer tutores a los hijos nombrados herederos en el testamento ya que, la finalidad de la testadora, no sería propiamente aquella de designar un tutor a una persona (el hijo) sino que sería concedido, según Modestino, más bien a beneficio de los bienes.

Con esta afirmación permanecerían todavía válidas las palabras de Neracio (*Mulier liberis non recte testamento tutorem dat*) bajo el aspecto formal, efectivamente, la mujer no podría nombrar tutores a los hijos desheredados y, en el caso de los hijos nombrados herederos, no serían propiamente tuto-

⁵⁶ A. GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974, pp. 116-ss., se pregunta la razón por la que no sería necesaria la garantía (*satisdatio*) del tutor designado por la mujer, según el investigador, como el pretor habría aceptado y confirmado después de la *inquisitio* el tutor, la voluntad testamentaria de la mujer habría sido reconocida al mismo nivel de aquella del hombre que habría designado un tutor en un testamento imperfecto para sus hijos y ya que, en este caso, no sería necesaria la garantía (*satisdatio*), como recuerda Juliano, *libro vicesimo primo digestorum* en D. 26.3.3 (*ut satisdatio ei remittatur*), lo mismo debería suceder a la mujer. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore*, cit. 212, considera que los motivos por los que serían exonerados también los tutores de la madre eran probablemente dos: la cercanía al menos sobre el nivel del vínculo familiar entre madre y padre; la circunstancia que el tutor, en este caso, habría sido confirmado después de una investigación (*ex inquisitione*). Según nosotros la razón se encuentra en D. 26.1.18, porque si el príncipe concedió la tutela de los hijos a la mujer reconocía en ella la madurez necesaria, no solo para hacerse cargo de la tutela, sino para escoger también tutores idóneos después de su muerte. La finalidad de la investigación (*inquisitio*) sería la de constatar la decisión del emperador y ya que los tutores fueron escogidos por una persona ya reconocida adapta a la tutela, resultaría inútil pretender garantías por parte de los tutores escogidos con atención. En caso de falta de una concesión del príncipe la investigación (*inquisitio*) del pretor se volvería fundamental para determinar si efectivamente los tutores habrían sido los adecuados y ya que el magistrado habría debido evaluar la idoneidad, no habría sido necesaria la garantía (*satisdatio*) razón por la que, también en el caso del *curator minoris* nombrado por la abuela, no se encontraría obligado el curador a garantizar como se recuerda por Escévola en D. 26.3.11.1: *Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat. respondit quasi curatorem non debere...*

res de los mismos sino de los bienes. En este último caso sería necesario el requisito declarado por Neracio de la investigación pretoria (*sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit*), cuando el tutor hubiera sido nombrado por el padre de otra manera ya que, en tal caso, la investigación (*inquisitio*) habría sido necesaria únicamente en modo excepcional, en casos específicos, como el cambio de amistad en enemistad o de la situación económica de la persona escogida (*cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit. veluti si ex amico inimicus vel ex divite pauperior effectus sit*).

Pero si la madre hubiera estado facultada para nombrar un tutor cuando los hijos hubieran sido designados herederos, habría podido existir una situación que se habría presentado entre la edad antonina y la edad severiana: mujeres que no habrían obtenido por parte del príncipe el derecho a la tutela de los propios hijos, pero que de hecho la hubieran ejercitado y que las mismas hubieran nombrado un tutor para los hijos después de su muerte. Tal supuesto fue combatido por el emperador Septimio Severo en una constitución dirigida a Cuspio Rufino y recordada por Modestino, *libro primo excusationum* en D. 26.6.2.257 haciendo a la madre perder la facultad de convertirse en heredera legítima del hijo, por el senadoconsulto Tertuliano, en el caso en que no hubiera solicitado el nombramiento del tutor al hijo.

⁵⁷ *Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* (El divino Severo a Cuspio Rufino. Quiero que sea claro para todos que yo utilizo cualquier medio para auxiliar a los pupilos, correspondiendo esto a la protección pública. Y por esto aquella madre que no habrá solicitado los tutores idóneos para los propios hijos o bien que, justificados o negados los anteriores, no haya dado inmediatamente los nombres de otros, no tendrá el derecho de reivindicar para sí los bienes de los hijos muertos sin testamento). El argumento fue recordado por nosotros GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, pp. 219-ss.