

EL HIJO PÓSTUMO Y LA *LEX CORNELIA* EN EL LIBRO CUARTO DE LAS EPÍSTOLAS DEL JURISTA JAVOLENO

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN*

RESUMEN: La ley Cornelia en la época republicana estableció la ficción que los ciudadanos que morían en territorio enemigo fueran considerados como si no hubieran perdido su libertad y, por tanto, su testamento, hecho en patria, habría tenido plena validez; sin embargo, los problemas abordados por Javoleno en el libro cuarto de sus epístolas, se refieren a la aplicación de esta ley incorporando el supuesto de la existencia de un hijo póstumo.

Palabras clave: Póstumo, testamento, ciudadano, jurista, esclavo.

ABSTRACT: The Cornelia law in the Republican era established the fiction that the civis who died in enemy territory was considered as if they had not lost their freedom and therefore, their will, made in homeland, would have had full validity. However, the problems tackled by Javolen in the fourth book of his epistles, concern the application of this law by incorporating the assumption of the existence of a posthumous.

Keywords: Posthumous, testament, citizen, jurist, slave

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HIJO PÓSTUMO Y *LEX CORNELIA*. a. La llegada del hijo póstumo deja sin efectos el testamento. b. La tesis sabiniana que considera ineficaz el testamento del hijo preterido ya nacido y muerto antes del padre. 3. SOBRE LA ASIMILACIÓN ENTRE EL *CIVIS AB HOSTIBUS CAPTUS* (CIUDADANO CAPTURADO POR LOS ENEMIGOS) Y EL TESTADOR MUERTO EN LA PERSPECTIVA DE JULIANO. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

El título de la obra de Javoleno no es novedoso, ya que, en la literatura latina existían obras llamadas epístolas¹ y, respecto a la materia jurídica, en edad julio-claudia, Labeón ya había escrito una obra con tal título², así también Próculo en al menos once libros. En edad de Trajano no únicamente Javoleno escribió epístolas, sino también Neracio (probablemente en cuatro libros) e inmediatamente después Celso (posible-

* Profesor titular de Instituciones de Derecho Romano en la Universidad de los Estudios de Bari, Italia.

1 En la segunda mitad del I siglo a.C. la tercera elegía del cuarto libro de Propertio, epístola de Arethusa a Lycotas, es el primer ejemplo latino de epístolas en versos. Recordamos, además la epístola escrita por Cicerón y dirigida al orador Hortensio Hortalo y la recopilación de Epístolas de Horacio dividida en dos libros: el primero incluye veinte cartas dedicadas a Mecenate escritas entre el 23 y el 20 a.C, el segundo está constituido por tres cartas en la que se encuentra la famosa *epistula ad Pisones* o *Ars poetica*, escrita en el 13 a.C. Las *epistulae ex Ponto* de Ovidio contienen 46 composiciones epistolares recopiladas en cuatro libros y fueron escritas entre el 14 y el verano del 16 d.C. Las *epistulae morales ad Lucilium* de Séneca, que resalen al periodo comprendido entre el 62 y el 65 d.C, incluyen 124 cartas subdivididas en 20 libros.

2 Como se recuerda en D. 41.3.30.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Labeo libris epistularum ait...*

mente en once libros³) y más tarde, pero todavía en edad antoniana, Pomponio fue el autor de dos obras con este título: las *epistulae* (parece ser en doce libros), además de los 20 *libri epistularum et variarum lectionum*, de los cuales fue autor también el jurista Africano (en veinte libros)⁴.

Encontrar un orden en las epístolas de Javoleno resulta un trabajo difícil; el mismo Lenel⁵ lo indica '*Certus rerum ordo in his libris nullus videtur fuisse*'. Eckardt⁶ piensa que probablemente las *epistulae* seguían las rúbricas del edicto, pero tal tesis nos parece un tanto forzada⁷ mientras que para nosotros Javoleno se limitó a afrontar varios problemas jurídicos que parecen seguir un diseño casual, argumentos unidos que son el resultado de un juego mental que se construye en modo consecencial tomando como punto de referencia la obra de Sabino.

El jurista, al mismo modo que el fundador de su escuela⁸, inicia sus epístolas tratando del testamento⁹ y, mientras en el libro primero se logra reconstruir el hilo conductor seguido por Javoleno¹⁰, entre el libro segundo y el cuarto la situación resulta más com-

3 D. 4.4.3.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *...Celsus epistularum libro undecimo et digestorum secundo tractat...*

4 D. 30.39 pr. (Ulp. 21 *ad Sab.*)

5 O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, rist. Roma 2000, 285 nt.7.

6 B. Eckardt, *Javoleni Epistulae*, Berlin 1978, 227 ss.

7 Por ejemplo, el investigador considera que el caso de un hijo impúber que obtiene del pretor la facultad de abstenerse de la herencia *damnosa*, presente en D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*), corresponda al § 44 del título X (Lenel) '*ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituntur*', pero este texto se encuentra en el Digesto bajo el título '*de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis*' junto a otros textos del comentario al edicto de Gayo, Paulo y Ulpiano, en donde el argumento tratado corresponde al pago de los acreedores hereditarios. D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*) se encuadra sin problemas en el título del edicto '*De bonis possidendis proscribendis vendundis*' (XXXIX Lenel), pero, evidentemente, si el jurista hubiera tenido la intención de seguir el orden del edicto, difícilmente el problema habría sido analizado en el libro primero de su obra. Eckardt (pp. 227 ss.) piensa que a lo mejor el pasaje que se encuentra en D. 12.1.36 (Iavolen. 1 *epist.*), que trata de las novaciones subjetivas bajo condición corresponde a la rúbrica del edicto '*de lite restituenda*' (Tit. X § 45 Lenel) pero, en nuestra opinión, resulta posible considerarlo en el título '*Si certum petetur*' (Tit. XVII § 95 Lenel); como puede apreciarse, tal texto se encuentra bajo el título '*de rebus creditis si certum petetur et de condicione*' del Digesto junto a otros textos del comentario al edicto de Juliano, Paulo y Ulpiano y, si nuestra tesis fuera correcta, el pasaje podría unirse a D. 17.1.52 (Iavolen. 1 *epist.*), en donde la cuestión se refiere a la así llamada *condictio triticaria*.

8 Como se demuestra con los comentarios a la obra de Sabino realizados por los juristas Pomponio, *ad Sabinum libri XXXVI* del primero al tercer libro (Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2 cit. 86 ss.); de Paulo, *ad Sabinum libri XVI*, del primero al segundo (Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 1 cit. 1251 ss.) y de Ulpiano, *ad Sabinum libri LI*, del primero al decimoprimer libro (Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2 cit. 1019 ss.).

9 De esta parte de la obra encontramos en la compilación D. 42.5.28 (Iavolen. 1 *epist.*), que corresponde a la rúbrica *De substitutione pupillari*, y D. 41.2.23 pr. (Iavolen. 1 *epist.*), que trata de la transmisión de situaciones jurídicas entre el *de cuius* y los herederos voluntarios.

10 Javoleno concluye su análisis sobre la materia hereditaria con los herederos voluntarios y une tal argumento al de la *possessio*, como se observa en D. 41.2.23 pr. (Iavolen. 1 *epist.*): *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*) y, como la posesión continuativa permite la adquisición del *dominium* mediante la *usucapio*, el jurista introduce en su tratado el problema de la *accessio temporis* en D.

plicada; no obstante, podemos constatar que gran parte de los argumentos tratados tienen como punto de encuentro el *fundus*¹¹. Por el hecho que el fundo se posee, la posesión del fundo del testador debería favorecer al heredero, como se indica en el libro IV en D. 41.3.20 y por este hecho el argumento encuentra una relación lógica cuando se trata del problema del testamento del ciudadano que entra en la potestad del enemigo.

2. HIJO PÓSTUMO Y *LEX CORNELIA*

Javoleno en un fragmento del libro primero de sus epístolas incorporado en D. 41.2.23.1, había ya afrontado el tema del ciudadano capturado por los enemigos (*civis ab hostibus captus*), considerando *ius singulare* el hecho que un ciudadano romano, prisionero por los enemigos continuara a ser titular de sus propios bienes; según el jurista, resultaría contrario, bajo un sentido lógico (*tenor rationis*), que una persona que se encontrara bajo la potestad ajena conservara todavía tales derechos (*in retinendo iura rerum suarum*), además que, la pérdida de la posesión sobre las mismas *res* tendría como fundamento una contradicción lógica: no puede continuar a poseer quien ya se encuentra bajo la posesión de otra persona (*neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur*)¹².

La *fictio iuris* en materia de *captivitas* se presenta también, como es notorio, respecto a la aplicación de la *lex Cornelia*¹³. Sobre la materia encontramos un caso con dife-

41.3.19 (Iavolen. 1 *epist.*), para terminar su análisis con el caso del *dominus* que adquiere la titularidad de una *res* concedida a dos esclavos que pertenecen al mismo propietario. Faltan en la obra textos que permitan entender la relación entre la propiedad y la *sponsio* o la *stipulatio* en D. 12.1.36 (Iavolen. 1 *epist.*) y D. 17.1.52 (Iavolen. 1 *epist.*), pero parece evidente que los casos que se refieren a las obligaciones *verbis contractae* fueron considerados por el jurista sabiniano al final del libro primero y no al inicio de la obra, como contrariamente considera Lenel, *Palingenesia* 1 cit. 285 ss, porque el maestro de Juliano continúa a tratar el argumento en el segundo libro de sus epístolas (D. 16.2.15; D. 45.1.105).

- 11 Libro II: D. 18.1.64 (fundo comprado); D. 8.6.15 (fundo y servidumbre); D. 10.3.18 (*fundus hereditarius*). Libro III: D. 7.1.54 y en D. 38.2.35 (usufructo de un fundo concedido en un legado con y sin condición); D. 38.5.12: el fundo mancipado por un libertino a favor de una tercera persona con fraude en contra de su patrón. Libro IV: D. 8.1.12: la adquisición de una servidumbre a favor de un fundo perteneciente a los habitantes de un municipio mediante un esclavo; D. 35.2.61: el legado de un fundo ajeno; D. 50.16.115: distinción conceptual entre *fundus*, *ager* y *possessio*.
- 12 Argumento ya estudiado por nosotros en otra ocasión, cfr. Y. González Roldán, *Argomenti del libro primo delle Epistole di Giavoleno*, en *RIDA* 66, 2019, 102-107.
- 13 Ley del 84-81 o del 82-67 a.C. (?) cuyo nombre proviene de su proponente *Lucius Cornelius Sulla*. Sobre el argumento se vean: E. Balogh, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, en *Studi in O. di P. Bonfante* 4, Milano, 1930, 624-691; H.J. Wolff, *The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession*, en *RHD* 17, 1941, 136-183; L. Amirante, «*Captivitas*» e «*postliminium*», Napoli 1950, 25-40; E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997, 352-373; L. D'Amati, «*Civis ab hostibus captus*». *Profili del regime classico*, Milano 2004, 175-181, la autora transcribe en la nt. 491 los tentativos de reconstrucción de la doctrina a la presente ley.

rentes variantes que parecen ser el resultado de una simple ejercitación de carácter escolástico, en D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*):

Qui uxorem praegnatam habebat, in hostium potestatem pervenit: quaero, filio nato quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint? respondi: non puto dubium esse, quin per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, nato filio continuo eius testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur: sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat.

Un ciudadano que tenía una mujer embarazada cae bajo la potestad de los enemigos. Pongo la cuestión: nacido el hijo ¿En que momento se vuelve inválido el testamento hecho mientras se encontraba como ciudadano? Y, si el hijo muere antes del padre ¿Los herederos escritos en el testamento obtendrían la herencia? Respondí que no considero que exista alguna duda con fundamento en la ley Cornelia, que fue promulgada para confirmar los testamentos de aquellos que hubieran fallecido bajo la potestad de los enemigos, que una vez nacido el hijo, el testamento de quien se encuentra en potestad de los enemigos se vuelve inmediatamente inválido; en consecuencia, a nadie puede llegar la herencia con fundamento en tal testamento.

Un ciudadano elabora un testamento sin considerar la eventualidad del nacimiento de un hijo póstumo y después llega a ser capturado por los enemigos. El jurista presenta dos cuestiones (*quaero*) con variables diferentes; la primera consiste en determinar el momento en que el *testamentum* redactado en Roma por el prisionero se volvería ineficaz después del parto; respecto a la segunda, es necesario establecer si los herederos instituidos en el testamento podrían obtener la herencia en el caso en que el feto llegara a nacer, pero muera antes del padre. El jurista para responder a las preguntas propone su interpretación (*non puto dubium esse*) tomando en consideración la *lex Cornelia de confirmandis testamenti eorum qui in hostium potestate decessissent* destacando que, desde el momento en que el hijo nace, el testamento inmediatamente se volvería inválido, como sucede además en el caso en que el padre se encontrase en territorio romano (con la consecuencia que los herederos designados por el *de cuius* no obtendrían la herencia según el testamento ineficaz).

Como es notorio, la *lex Cornelia* de edad republicana establecía la ficción que el ciudadano muerto en territorio enemigo habría sido considerado todavía libre y por tal motivo su testamento, elaborado en su patria, habría tenido plena validez¹⁴, no considerándose *irritum* por *capitis deminutio*.

14 Javoleno indica la función de la *lex* en el pasaje motivo de estudio: *...per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis...*, expresión que, como considera Bianchi, *Fictio iuris* cit. 355 nt. 426 «describe come, nonostante la caduta in prigionia, ai testamenti sia mantenuta efficacia»; así, como indica U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, Napoli, rist. 1980, 158, resulta erróneo decir que la validez del testamento se encuentre en vilo o que la captura en una guerra, visto la ley Cornelia, no lo convierta por ningún motivo en *irritum*, ya que, el *testamentum* se vuelve ineficaz para todos los efectos a causa

Esto significa que, si el hijo póstumo hubiera sido considerado en el testamento dentro de los herederos, la última voluntad del *de cuius* sería eficaz para todos los efectos como si el prisionero en territorio enemigo hubiera muerto como ciudadano libre.

Un dato no indicado en la *lex* se refiere a la determinación del momento preciso en que habría sido considerada la muerte del ciudadano en territorio enemigo. Las posibles soluciones eran dos¹⁵: el momento efectivo del deceso o bien, el de la captura.

La prima solución presenta una grave dificultad, ya que, no obstante, en algunos casos limitados, tener la certeza del deceso habría necesitado una constatación no siempre posible, por este motivo, parecería más cónsono considerar llegada la muerte a partir del momento en que el ciudadano se había vuelto prisionero. De todos modos, debemos destacar que tal tesis jurisprudencial habría necesitado de la inclusión en la interpretación de la ley Cornelia, que ya presuponía una ficción, de una segunda simulación: la muerte del ciudadano al momento en que fue capturado por los enemigos. Gayo no expresa cuál de las dos tesis prevaleció en la jurisprudencia¹⁶, pero parece ser que el segundo criterio tuvo mayor aceptación en edad severiana, como demuestra el fragmento que se encuentra en D. 49.15.18 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*¹⁷. Probablemente el texto de Ulpiano tiene una matriz sabiniana, no solo por el hecho que el jurista está comentando al corifeo de la escuela (que ya por sí solo representa un indicio), sino porque, como se demuestra en D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*), parece que el discípulo de Javoleno fuera del mismo parecer; efectivamente, Javoleno inicia

de la *capitis deminutio* del testador en cautividad si bien, gracias a la ley Cornelia, producirá efectos jurídicos. En el mismo sentido Bianchi (pp. 357-358) considera, en modo correcto, que el ámbito de aplicación de la *lex* en origen fuera la sucesión testamentaria y que después, en edad clásica, gracias a una interpretación extensiva de la jurisprudencia iniciada probablemente con Juliano en D. 28.6.28 (Julian. 62 *dig.*), el criterio habría sido ampliado a cualquier tipo de herencia (como aquella que se refería a la sustitución pupilar): *Lex Cornelia, quae testamenta eorum qui in hostium potestate decesserunt confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent...* Sobre este último punto Wolff, *The «lex Cornelia de captivis»* cit. 139-141, destaca como la tesis juliana encontraba todavía confrontaciones en edad severiana, como se hace notar en D. 49.15.10 pr. (Papinian. 27 *quaest.*): *...verum huic sententiae refragatur iuris ratio...* Sobre la relación entre la ley Cornelia y la sustitución pupilar ver G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997, 211-216.

15 Como se recuerda en Gai 1.129: *...sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest...*

16 Como correctamente hace notar R. Quadrato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 102-106.

17 En el mismo sentido cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, Milano 1967, 557-558. Debemos incluir como prueba D. 49.15.10 pr. (Papin. 29 *quaest.*): *...si pater, qui non rediit, iam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est...* y D. 49.15.12.1 (Tryphon. 4 *disp.*): *Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti, an adhuc pro filiis familiarum computentur; nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum...*

tratando del problema de los efectos del testamento sin presuponer la muerte efectiva del testador, sino su captura: *in hostium potestatem pervenit*¹⁸.

a. La llegada del hijo póstumo deja sin efectos el testamento

La primera *quaestio* presentada por Javoleno consiste en determinar cuando el testamento del ciudadano que cae en cautividad se vuelve inválido verificándose el nacimiento¹⁹ de un hijo póstumo no instituido o desheredado en la disposición de última voluntad²⁰.

Si la *lex Cornelia* no hubiera sido emanada, la *capitis deminutio* del *pater* ocurrida con la captura, habría transformado en *irritum* el testamento (Gayo 2.145; 2.146) antes del nacimiento del póstumo, pero, ya que la presente ley considera el *civis ab hostibus captus* muerto en su patria, el *testamentum* se vuelve ineficaz (*ruptum*) desde momento del nacimiento del hijo póstumo. Bajo tal perfil encuentra aplicación la regla *adgnatione postumi testamentum rumpitur* [Gai 2.131; Ulp. 22.18; Inst. 2.13.1; D. 28.3.3 pr. (Ulp. 3 *ad Sab.*)].

El caso se vuelve más complejo si los herederos testamentarios manifiestan en el juicio la falta de relación agnaticia entre el *de cuius* y el hijo póstumo; por ejemplo, en el caso en que el menor efectivamente sea hijo biológico del testador, pero jurídicamente no tenga el carácter de *suus heres* ya que la verdadera madre era una esclava y no la esposa que afirmaba ser la madre del niño. En este caso, el pretor, previa evaluación de las circunstancias (*causa cognita*), habría concedido la posesión de los bienes al menor como si no hubiera existida la controversia, reenviando la decisión al tiempo de la pubertad con fundamento en el edicto Carboniano [D. 37.10.1 pr. (Ulp. 41 *ad edict.*)]²¹.

18 Ratti, *Studi sulla «captivitas»* cit. 159, afirma que, visto que para Javoleno la muerte del testador debería considerarse llegada al momento de la captura, el periodo de nulidad del testamento, causado por la *capitis deminutio* del testador por motivo de la prisión, resultaría cancelado.

19 El término *natum* incluye también al hijo llegado a la luz mediante el corte cesáreo [D. 28.2.12 pr. (Ulp. 9 *ad Sab.*)]. El requisito del nacimiento es fundamental para invalidar el testamento (*ruptum*) inclusive si el hijo hubiera nacido sin voz [C.6.29.3 (Lamp. Et Orest., a. 530)]. Ciertamente, si la mujer hubiera sufrido un aborto, *nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam* (Gayo 2.131). Contrariamente si, en el testamento del ciudadano capturado por los enemigos hubiera sido concedida una cuota de la herencia al hijo póstumo y hubiera sido constatado que la mujer no se encontraba embarazada, la cuota que debería haber correspondido al hijo póstumo incrementaría las porciones de los otros herederos, cfr. D. 29.2.31 (Paul. 2 *ad Sab.*).

20 Gai 2.130: *Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari*. No hemos considerado el adverbio *nominatim* que resulta aparecer en el texto Veronese (*Postumi quoque liberi nominatim vel heredes institui debent vel exheredari*) ya que varios editores lo consideran inserido con posterioridad y lo eliminan en la reconstrucción del pasaje. F. Lamberti, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana. Profili del regime classico*, 2, Milano 2001, 98-108 prefiere incorporarlo en el fragmento.

21 Problema afrontado por nosotros en Y. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014, pp. 221-223.

b. La tesis sabiniana que considera ineficaz el testamento del hijo preterido ya nacido y muerto antes del padre

El segundo caso analizado por Javoleno tiene una variante, el *suus* sobreviene después de la elaboración del testamento, pero su muerte se verifica antes del fallecimiento del padre. En tal caso se deberían producir los mismos efectos ya referidos en el primer supuesto: el testamento se vuelve ineficaz *iure civili* y ninguno de los herederos instituidos puede beneficiarse de la herencia testamentaria. El jurista no informa si con fundamento en el derecho pretorio los herederos indicados por el *de cuius* tengan la facultad de pretender la *bonorum possessio secundum tabulas*, como habrían considerado posteriormente en rescriptos imperiales Adriano y Caracala²², pero, con fundamento en sus palabras, debemos excluirlo: *sequitur ergo, ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat*.

La posición de Javoleno aplica al *postumus* la tradicional visión sabiniana que considera ineficaz el testamento del hijo preterido nacido y premuerto al padre como se recuerda in D. 28.2.7 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Si filius qui in potestate est praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur, et eo iure utimur*.

Los Proculyanos habrían sido menos rígidos respecto a los Sabinianos considerando válido el testamento elaborado cuando el hijo se encontraba todavía en gestación, si, después de su nacimiento hubiera muerto mientras el padre continuaba en vida,²³ tesis recordada en Gai 2.123:

Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

22 D. 28.3.12 pr. (Ulp. 4 *disp.*): *Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt...* Cfr. González Roldán, *Il diritto ereditario in età adrianea*, cit. 221 nt.1, en donde se releva que los términos *scrupulositas* y *subtilitas* fueron considerados interpolados por varios autores como P. Voci, *Testamento pretorio*, en *Labeo* 13, 1967, 324, si bien, el mismo autor afirma que la interpolación que atribuye a la *nimia subtilitas* la ruptura del testamento, se refiere evidentemente al régimen civil y no incorpora nada de substancialmente nuevo. A nuestro parecer tales términos son clásicos ya que el jurista lo único que hace es destacar un dato totalmente aceptable en edad clásica.

23 La controversia jurídica entre las dos escuelas ya había sido destacada por B. Eckardt, *Javoleni epistulae*, Berlin 1978, 86.

El que tiene un hijo en potestad debe tener atención de instituirlo heredero o de desheredarlo nominativamente, si no, si lo haya omitido con el silencio, inútilmente hará testamento, a tal punto ciertamente que nuestros preceptores estimen que nadie puede ser heredero con base en aquel testamento porque desde el inicio no había subsistido la institución. Pero los autores de la escuela contraria admiten que, si el hijo viva en el momento de la muerte del padre, éste es de obstáculo a los herederos escritos, y aquél se convierte en heredero *ab intestato*, pero si haya muerto antes al fallecimiento del padre, piensan que se puede adquirir la herencia con base en el testamento, no siendo el hijo ya un obstáculo, porque evidentemente estiman que el testamento no es hecho inútilmente desde el inicio, aunque el hijo sea preterido.

El texto recuerda la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* incorporada también en Tit. Ulp. 22.14 probablemente ya considerada en edad republicana²⁴ y confirma el criterio sabiniano indicado en D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*) de la ineficacia del acto si no se hubiera aplicado tal máxima inclusive en el caso del hijo concebido nacido y después fallecido cuando el padre se encontraba todavía en vida²⁵. Debemos tomar atención a las últimas palabras utilizadas por Gayo para interpretar la *ratio* de la tesis proculeyana: resulta evidente (*scilicet*), que la escuela contraria habría negado la ineficacia del acto ya que al inicio este tenía plena eficacia. La doctrina²⁶ ha considerado que para los Sabinianos tenga mayor importancia la validez potencial del testamento, situación por la que, los eventuales vicios debían verificarse al momento de la exteriorización y no después, mientras que, para los Proculeyanos habría sido relevante únicamente la aceptación de la herencia (*aditio*) y todo lo que sucedió anteriormente dejaría de tener importancia. No aceptamos tal posición, ya que, respecto a la tesis sabiniana, no se debe entender forzosamente que el hijo hubiera sido ya concebido

24 Como sostiene Lamberti, *Studi sui postumi* cit. 69-91 con referencias bibliográficas en la nt.1. Se vea también E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*. *Fondamenti arcaici e classici*, Milano 2009,160-220.

25 Inclusive, si el hijo hubiera nacido y después se hubiera caído inmediatamente, el testamento, de todos modos, resultaría invalidado (*ruptum*), como se indica en C. 6.29.3 (Lamp. Et Orest., a. 530).

26 Se vea G.L. Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculeiani*, Milano 1981, 152-154, el cual propone nuevamente una tesis de G. Baviera, *Le due scuole di giureconsulti romani*, Firenze 1898 (rist. 1971), 94, pero no acepta la opinión de P. Bonfante, *Storia del diritto romano* 2, Torino 1934, 266, que hace notar una mayor amplitud de la visión de la escuela proculeyana. Sin negar la validez de tal pensamiento, sin embargo, lo consideran incompleto P. Stein, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, en *Cambridge LJ* 31, 1972, 24-25 y M.G. Scacchetti, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculeiani*, Cisalpino 5, *Studi in O. di A. Biscardi*, Milano 1984, 396-397. La opinión de Scacchetti, a nuestro parecer, parece poco clara, ya que la investigadora, por una parte, sostiene que los Proculeyanos querían conservar el acto *mortis causa* (que resulta evidente, claro está), pero por otra parte la frase «ne applicarono concretamente i principi in quei soli casi in cui ciò non avrebbe comportato la violazione del diritto vigente, differenziandosi così, ancora una volta, dalla metodologia dei Sabiniani» no parece encontrar confirmación en el presente caso ya que, bajo tal perspectiva, considerar válido un testamento en donde se hace omisión del hijo póstumo parece, bajo un aspecto de lógica jurídica, una clara 'violazione del diritto vigente' (usando las palabras de la investigadora).

cuando el *pater* había declarado su última voluntad: es más, el testamento, en tal caso, no habría tenido vicios, pero resultaría eficaz en un segundo momento.

Respecto a la tesis contraria, parece poco preciso, a nuestro parecer, concentrar la atención a la fase de aceptación considerando irrelevante todo lo demás. Probablemente la *secta* proculeyana reconoce que la regla que prohíbe la *praeteritio* del embrión presenta la dificultad que el hijo todavía no había nacido e inclusive ni siquiera concebido al momento de la elaboración del *testamentum* y, ya que el *postumus* dejó de estar con vida cuando murió el *de cuius*, se reconstruirían las mismas condiciones que existían en el periodo de la *nuncupatio*.

Seguramente el pensamiento sabiniano es más correcto bajo un punto de vista de lógica jurídica (el hijo concebido nació y por este motivo existe una causa de invalidez sobrevinida que no puede ser ignorada), pero, el excesivo rigor²⁷ aplicado en el presente caso, hecho notar por Gayo (*etiamsi*), se soluciona con la propuesta novedosa de los Proculeyanos no seguida en edad justiniana (*Inst.* 2.13 pr. y C. 6.29.3) que mira a salvaguardar la voluntad del testador, considerando como si no hubiera ocurrido el nacimiento y la muerte del hijo preterido.

3. SOBRE LA ASIMILACIÓN ENTRE EL *CIVIS AB HOSTIBUS CAPTUS* (CIUDADANO CAPTURADO POR LOS ENEMIGOS) Y EL TESTADOR MUERTO EN LA PERSPECTIVA DE JULIANO

En D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*) la conjunción *et* sirve de unión entre la primera y la segunda cuestión (*et si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint?*) produciendo el efecto de incorporar el presupuesto de la ley Cornelia al segundo interrogativo. De tal hecho resultaría evidente que para Javoleno existiría asimilación entre el *civis ab hostibus captus* y el testador muerto. Tal opinión no parece ser aceptada por su discípulo Juliano, como se demuestra en D. 49.15.22.4 (Julian. 62 *dig.*):

Si quis, cum praegnatem uxorem haberet, in hostium potestatem pervenerit, nato deinde filio et mortuo, ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia et eorum, qui in civitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur.

Si alguno, teniendo embarazada a su esposa, hubiera caído en poder de los enemigos y el hijo habiendo nacido y muerto después, falleciendo el ciudadano prisionero en poder de aquéllos, es nulo su testamento, porque inclusive en los casos de los ciudadanos que permanecen en la ciudad, los testamentos dejarían de producir efectos.

Juliano considera dos momentos diferentes: el primero que corresponde al mismo acto de la captura (*in hostium potestatem pervenerit*), mientras que el segundo, a la

27 Voci, *Testamento pretorio* cit. 638-639.

muerte en el territorio enemigo (*ibi decesserit*) y, en esta última circunstancia, el jurista considera aplicable la *fictio legis Cornelia*²⁸. Probablemente Juliano tiene una visión más optimista respecto a la de Javoleno²⁹, ya que, si bien resulte evidente la dificultad de determinar la muerte del testador prisionero por los enemigos (*apud hostes*), el regreso del ciudadano a su patria podría ser posible; por ejemplo, después de su rescate. El maestro de Juliano, diferentemente, considerando la muerte del testador al momento de la captura, habría permitido, resultando ineficaz el testamento por motivo del nacimiento del hijo póstumo, la apertura de la sucesión *ab intestato* y, en la eventualidad del regreso en el territorio romano, el ciudadano habría podido readquirir sus bienes gracias al *postliminium*.

La tesis de Javoleno, según Eckardt³⁰, resulta menos clara de la de Juliano ya que, según el investigador, el maestro del jurista adrianeo habría considerado que la invalidez del testamento era atribuida a la ley Cornelia y no al nacimiento del *suus*. La mejor interpretación del texto, a nuestro parecer, es otra: la ley Cornelia fue emanada para confirmar la validez del testamento de aquellos que se encuentran como prisioneros de los enemigos, como demuestran los pasajes incorporados en la compilación, pero, el nacimiento del hijo es la variable que impide su eficacia (*...nato filio continuo eius testamentum...rumpatur*).

De todos modos, debemos destacar que, si bien Juliano considere muerto el testador cuando los enemigos conduzcan al ciudadano romano en el propio territorio, esto no significa que los herederos habrían podido pretender inmediatamente después de la captura, la apertura del testamento. Como es notorio, la condición jurídica de sus descendientes se encuentra en una situación de incertidumbre [D. 38.17.2.7 (Ulp. 13 *ad Sab.*)], resultando incierto si deban ser considerados *sui iuris* o si permanezcan en la potestad del *pater* [Gai. 1.129; D. 49.15.12.1 (Tryphon. 4 *disp.*); Ulp. 10.4] aunque si bien, como afirma Voci³¹, prevalece la opinión que ellos deberían ser considerados *sui iuris*.

Tal solución, bajo el aspecto práctico, resulta ser la mejor ya que, en este modo, los hijos del prisionero no habrían tenido como obstáculo el senadoconsulto Macedoniano³² y así podrían solicitar eventuales préstamos para pagar el rescate y hacer regresar a la patria al propio padre y, como releva Ratti³³, «La possibilità che la situazione giuridica

28 Se vea, además, D. 28.1.12 (Iulian. 42 *dig.*); D. 28.6.28 (Iulian. 62 *dig.*) y D. 49.15.22 pr. (Iulian. 62 *dig.*). En este último pasaje, el jurista adrianeo resulta muy claro: *Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint atque ibi decesserint...*

29 Respecto a la diferencia de posición entre Javoleno y Juliano en materia de *fictio legis Corneliae* ver Amirante, «*Captivitas*» e «*postliminium*» cit. 108-109.

30 Eckardt, *Javoleni Epistulae* cit. 86-88.

31 Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 559.

32 Sobre este punto en D. 14.6.1.1 (Ulp. 29 *ad edict.*) Ulpiano afirma claramente que, si el padre se encuentra prisionero frente a los enemigos, el senadoconsulto no encontrará aplicación, pero, si el padre regresa a la patria, el senadoconsulto Macedoniano producirá efectos.

33 Ratti, *Studi sulla captivitas* cit. 55-63; 190-191.

attuale muti in avvenire con effetto retroattivo non deve necessariamente produrre un'incertezza sulla situazione attuale».

4. CONCLUSIONES

Después de haber analizado el pensamiento de Javoleno sobre el hijo póstumo y la aplicación de la ley Cornelia podemos afirmar que su tesis refleja la posición sabiniana en materia. El nacimiento de un descendiente después de su muerte deja sin efectos el testamento del ciudadano inclusive si éste se encontrara en territorio enemigo y no obstante la *fictio legis Cornelia*. Los Proculeyanos, a diferencia de los Sabinianos, consideran que si el hijo póstumo hubiera muerto antes del fallecimiento del padre no dejaría sin efectos el testamento y el motivo sería debido al hecho que se reconstruirían las mismas condiciones que existían al momento de la *nuncupatio*, tesis no seguida en edad justiniana. Entre Javoleno y su discípulo Juliano existe una perspectiva diferente respecto a la aplicación de la ley Cornelia, el maestro considera la muerte del ciudadano en el momento preciso en que fue capturado por los enemigos mientras que Juliano piensa que tal ley habrá lugar sólo cuando efectivamente haya fallecido el ciudadano en territorio extranjero.

5. FUENTES DE CONSULTA

Gai 2.123

D. 28.3.15 (Iavolen. 4 *epist.*)

D. 49.15.22.4 (Iulian. 62 *dig.*)

Bibliografía

Amirante L, «*Captivitas*» e «*postliminium*», Napoli 1950, 25-40

Balogh E, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, en *Studi in O. di P. Bonfante* 4, Milano, 1930, 624-691

Bianchi E, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997

Bianchi E, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. Fondamenti arcaici e classici*, Milano 2009, 160-220

Bonfante P, *Storia del diritto romano* 2, Torino 1934

D'Amati L, «*Civis ab hostibus captus*». *Profili del regime classico*, Milano 2004

Eckardt B, *Iavoleni Epistulae*, Berlin 1978

Falchi G.L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculeiani*, Milano 1981

Finazzi G, *La sostituzione pupillare*, Napoli 1997

González Roldán Y, *Argomenti del libro primo delle Epistole di Javoleno*, en *RIDA* 66, 2019, 97-133

- González Roldán Y, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014
- Lamberti F, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana. Profili del regime classico*, 2, Milano 2001
- Lenel O, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, rist. Roma 2000
- Quadrato R, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979
- Ratti U, *Studi sulla captivitas*, Napoli, rist. 1980
- Scacchetti M.G, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, Cisalpino 5, *Studi in O. di A. Biscardi*, Milano 1984, 396-397
- Stein P, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, en *Cambridge LJ* 31, 1972, 24-25
- Voci P, *Diritto ereditario romano*, 1, Milano 1967
- Voci P, *Testamento pretorio*, en *Labeo* 13, 1967, 324
- Wolff H.J, *The «lex Cornelia de captivis» and the roman law of succession*, en *RHD* 17, 1941, 136-183

Yuri González Roldán (Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”)
yuri.gonzalezroldan@uniba.it