

Proyecto de exégesis de D. 29,2,60

Interpretation Project on D. 29,2,60

Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO

Prof. Titular de Derecho romano

ramonp@udc.es

Universidade da Coruña

Mediante el presente artículo se pretende, simple y llanamente —por razones de limitación de espacio y por considerar que las cuestiones aquí tratadas merecen un estudio mucho más amplio, profundo y elaborado, al que pretendemos dedicar un futuro análisis posterior más completo y detenido— poner de manifiesto y realizar una primera aproximación a diversas cuestiones que plantea un interesante texto jurisprudencial, contenido en el *Corpus Iuris Civilis*, D. 29,2,60, correspondiente al libro I de los Posteriores a Labeón del jurista Javoleno. Nuestra pretensión se concreta, por tanto, como se indica en el título, en limitarnos a presentar un «Proyecto de exégesis» del mencionado fragmento.

En nuestra opinión, D. 29,2,60 es un texto particularmente sugerente que plantea interesantes cuestiones respecto a las instituciones y problemas que en el mismo se proponen —fundamentalmente referidos al ámbito sucesorio— de manera explícita o, en su caso, sobreentendida, incitando a la reflexión y al debate.

Paradójicamente, pese al evidente interés que consideramos que presenta el análisis y estudio desde una perspectiva de conjunto del texto —como intentaremos demostrar a través de estas páginas—, el mismo no parece haber sido tomado adecuadamente en consideración desde este planteamiento por la doctrina romanística. Así, mientras que algunos autores lo silencian, otros lo citan de forma ocasional o en relación a aspectos puntuales referidos a determinadas instituciones que aparecen recogidas en aquel. En este sentido, por ejemplo, no se alude al mismo en muchos de los manuales institucionales de la asignatura o en tratados clásicos relativos al Derecho de sucesiones; el fragmento simplemente se presenta, sin analizarse en su esencia y contenido, limitándose a citarlo como una prueba de los primeros testimonios o, en su caso, del conoci-

miento por parte de Labeón de las cláusulas «correctoras» en el edicto, relativas a los *liberi* (*bonorum possessio ab intestato unde liberi* y *bonorum possessio contra tabulas*); o se estudia de una manera parcial, con la finalidad de extraer del mismo posibles conclusiones sobre cuestiones muy concretas planteadas fundamentalmente en el ámbito de la *bonorum possessio* y la *pro herede gestio*.

I

En D. 29,2,60, sobre algunas de cuyas frases se han señalado vagas sospechas de interpolación escasamente justificadas, que no han tenido acogida en la doctrina por considerar su contenido como genuinamente clásico, se señala lo siguiente:

Dig. 29,2,60 (*Iavolenus 1 ex post. lab.*)

«*Filium emancipatum pater solum heredem instituit et, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. labeo ait, si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. paulus: et proculus labeonis sententiam improbat et in iavoleni sententia est*».

Dos son las traducciones al español a las que vamos a recurrir para proceder a su estudio:

a) Traducción de García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Primera Parte. Digesto. Tomo II. Barcelona, Jaime Molinas ed., 1892):

«Un padre instituyó único heredero a su hijo emancipado, y si este no fuese heredero, había mandado que fuese libre y heredero un esclavo; el hijo, como si el padre hubiese estado loco, pidió abintestato la posesión de los bienes de este, y así poseyó la herencia; dice Labeón, que si se probase que el padre hizo testamento estando en sano juicio, el hijo es heredero del padre en virtud del testamento. Yo creo que esto no es exacto, porque si el hijo emancipado no quiso que le perteneciera la herencia que se le dio en el testamento, esta pasa inmediatamente al heredero sustituto, y no se puede considerar que obró como heredero el que para no aceptar la herencia pide la posesión de los bienes en virtud de la otra parte del Edicto. Paulo y Próculo desaprueban la opinión de Labeón, y son de la misma opinión de Javoleno».

b) Traducción de D'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garri-do y Burillo *El Digesto de Justiniano*, Tomo II, Pamplona, Aranzadi, 1972):

«Un padre instituyó heredero a un hijo emancipado y dispuso que, si este no fuese heredero, fuese libre y heredero un esclavo. El hijo pidió la posesión de los bienes hereditarios abintestato, alegando que su padre estaba loco, y así poseyó la herencia. Dice Labeón que el hijo será heredero testamentario de su padre si se probase que este hizo el testamento estando cuerdo. Estimo que esto es inexacto, pues como el hijo emancipado no quiso la herencia dejada en

testamento, pasa esta sin más al heredero sustituto y no puede considerarse que hizo gestión como heredero el que, para librarse de la herencia [testamentaria] pide la posesión de los bienes hereditarios [ab intestato], acogándose a otra cláusula del edicto. Paulo [anota]”: Próculo rechaza la opinión de Labeón y está con Javoleno».

En el texto se plantea el caso de un padre que realiza testamento, instituyendo como heredero universal a un hijo emancipado, disponiendo para el caso de que el mismo no adquiriese la herencia una sustitución vulgar a favor de un esclavo, supuestamente propio. El hijo, sin aceptar ni renunciar a la herencia testamentaria, pide *ab intestato* la posesión de los bienes del padre, alegando al solicitarla que es como si el mismo padre estuviese loco, y el pretor se la concede.

A partir de estas premisas, se cuestiona a quién correspondería la herencia, es decir, quién tendría la condición de heredero testamentario en el supuesto de que se probase que el padre hizo testamento estando en su sano juicio: ¿al hijo, o al esclavo sustituto?

Labeón estima que al hijo emancipado, mientras que Javoleno, a cuya opinión se suman Próculo y Paulo, considera que al esclavo sustituto.

II

De los datos que se nos proporcionan en el caso en relación a las personas que intervienen en el mismo creemos que se pueden extraer una serie de consideraciones que supuestamente permitirían justificar su forma de actuación y que, de alguna forma, probablemente podrían ayudar a entender en cierta medida las respuestas jurisprudenciales proporcionadas.

a) Por lo que se refiere al padre, causante, opta por la sucesión testamentaria, realizando un testamento en el que nombra como único heredero a un hijo emancipado (familiar cognaticio), estableciendo como sustituto del mismo, para el caso de que renuncie a la herencia, o no pueda aceptarla, a un esclavo, supuestamente propio.

A tenor de lo expuesto, parece claro que el padre, con tales previsiones, pretende a toda costa que sus bienes no vayan a parar en ningún caso a los presuntos parientes agnaticios que pudiese tener, al establecer como primer destinatario al emancipado, y, en caso de que el mismo fallase (recuérdese que por su condición de heredero voluntario podría perfectamente renunciar a la herencia), a un esclavo propio, en el que, como es sabido, concurriría la condición de heredero necesario, debiéndose por tal condición hacerse cargo obligatoriamente de la herencia, no abriéndose, por tanto, la sucesión intestada, a la que accederían los parientes agnados.

También parece claro que, al establecer una sustitución vulgar con un esclavo propio, el testador podría estar buscando conseguir otras posibles

finalidades, dependiendo de que la herencia no fuese dañosa, o de que sí lo fuese por contener un pasivo superior al activo patrimonial hereditario.

En el primero de los casos señalados, si la herencia no fuese dañosa y el testador hubiese dispuesto en la misma legados, manumisiones, fideicomisos, etc., con el nombramiento del esclavo como sustituto estaría asegurando el cumplimiento de esas cargas establecidas, en el supuesto de que el hijo emancipado, nombrado inicialmente en el testamento como heredero, no quisiera o no pudiera hacerse cargo de la herencia, puesto que ante tal circunstancia y por su condición de heredero necesario el esclavo automáticamente se convertiría en heredero, debiendo hacer frente a dichas cargas establecidas por el testador, cuyo cumplimiento y realización quedaría asegurado.

En el segundo caso, cuando la herencia fuese dañosa, si el hijo emancipado, en atención a dicha circunstancia, renunciase a la misma, esa herencia no quedaría vacante, dado que pasaría a hacerse cargo de la misma de forma obligatoria el esclavo establecido como sustituto, a consecuencia de su condición de heredero necesario. La circunstancia de que la herencia no quedase vacante evitaría que se procediese a la venta de los bienes de la misma en nombre del causante y que, en tal caso, recayese sobre el mismo la tacha de infamia.

Considerando quizá que con el nombramiento del esclavo como sustituto del hijo para el caso de que el mismo no fuese heredero lograría las supuestas finalidades perseguidas al realizar su testamento, el testador no impuso al emancipado nombrado un plazo formal para proceder a la aceptación o renuncia de la herencia. Esa no inclusión de una *cretio* por parte del testador en su testamento, condicionando al emancipado a pronunciarse formal y expresamente sobre su aceptación o renuncia a la herencia dentro de un plazo preestablecido condicionará, como veremos más adelante, el desarrollo de los acontecimientos.

b) En cuanto al hijo instituido heredero universal, tiene la condición de emancipado, integrante, por tanto, de la familia cognaticia. A los efectos de la sucesión testamentaria es heredero voluntario. Frente a los *heredes sui* y los *heredes sui et necessarii*, herederos civiles, no se entiende que recibe automáticamente la herencia, una vez deferida, sin necesidad de aceptar, como ocurre en el caso de aquellos, sino que, necesariamente, si es que quiere hacerse cargo de dicha herencia, tiene que aceptarla, bien de manera expresa, o bien a través de un acto que permita deducir claramente su voluntad de aceptación (*pro herede gestio*). También puede, como es lógico, por su condición de heredero voluntario, renunciar a la misma.

Tras la muerte del causante es de suponer que, siguiendo las formalidades establecidas, se procedería a la apertura del testamento y al llamamiento y puesta a disposición (delación) de los bienes al nombrado como heredero único, en este caso, el hijo emancipado. Este, como se ha indicado, tendría la posibilidad, reconocida expresamente en las fuentes,

de aceptar o renunciar a la herencia por su condición de heredero voluntario.

No obstante, resulta preciso destacar que su posibilidad de renuncia a la herencia testamentaria, al preverse un sustituto en el testamento para tal supuesto (el esclavo), no provocaría en el caso que nos ocupa la apertura automática de la sucesión intestada (decaendo, en principio, según destacan algunos autores, todas las disposiciones establecidas en dicho testamento por el causante, como, por ejemplo, es el caso de los legados, manumisiones, fideicomisos, etc.; con las matizaciones establecidas en el edicto «*si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem*», recogido en D. 29,4 y C. 6,39, para aquellos casos de actuaciones fraudulentas), lo que sí ocurriría si es que no se hubiese previsto la sustitución correspondiente para el designado como heredero. En definitiva, si el hijo emancipado renunciase a la herencia testamentaria, no se abriría la sucesión intestada, y el esclavo se convertiría de forma automática y obligatoria por su condición de heredero suyo y necesario en heredero, en sustitución del renunciante.

Ante esa posibilidad de aceptar o rechazar la herencia testamentaria al ser designado heredero por el padre testador, el emancipado, según se expresa en el texto, ni la rechaza, ni la repudia; simplemente se abstiene («*ut hereditatem omitteret*» se indica en el texto). Esto es algo que también nos parece importante resaltar y que no se ha tomado en consideración por los pocos autores que se han ocupado del texto. No es lo mismo «*omittere hereditatem*» que «*hereditatem repudiare*», puesto que el *repudiare* implica un repudio, es decir, un rechazo claro, un no querer (en este caso la herencia testamentaria), mientras que el *omittere* supone una abstención, un evitar un pronunciamiento en un sentido o en otro (aceptación o rechazo de la herencia testamentaria).

Este *omittere* (abstención a efectos de pronunciarse), apreciable en el caso que nos ocupa, resultaría perfectamente posible como conducta seguida por el emancipado designado heredero al no haberse impuesto por el testador una *cretio* o plazo de aceptación formal a aquel para que aceptase o rechazase la herencia testamentaria, obligándole de esta forma a pronunciarse dentro de un tiempo prefijado y evitando de esta forma esa situación de incertidumbre en cuanto a la aceptación o renuncia que implicaría el *omittere*.

No obstante, dicha situación de incertidumbre desaparece cuando el hijo solicita al pretor la posesión de los bienes abintestato —«*bonorum possessionem ab intestato petit*» se indica en el texto—, fundamentada en la circunstancia de que su padre había hecho el testamento «como si hubiese estado loco» —«*tamquam pater demens fuisset*»— (precisión esta, también importante en cuanto a sus posibles efectos y consideración jurídica, pues no es lo mismo alegar que «el padre estaba loco», que «es como si estuviese loco»).

Llegados a este punto, cabe preguntarse por dos cuestiones en relación a esa forma de actuación del hijo, que nuevamente creemos podrían ha-

ber condicionado las respuestas dadas al caso por los juristas al efectuar su resolución, y que aparecerían conectadas entre sí: en primer lugar, si el hijo, al solicitar la *agnitio bonorum possessionis* al pretor, alegando que el padre había hecho el testamento «como si hubiese estado loco», actuó dolosamente, con conocimiento de que su padre realmente se encontraba en su sano juicio y no redactó el testamento «*tamquam demens fuisset*», o, en su caso, si, por el contrario, el hijo actuó creyendo realmente convencido que su padre redactó el testamento «como si hubiese estado loco»; en segundo lugar, cuáles serían las posibles motivaciones y supuestas ventajas que el hijo obtendría con la petición de la *bonorum possessio ab intestato* que le fue concedida por el pretor.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, gran parte de los autores que se han ocupado con cierto detenimiento del texto, se inclinan a pensar que el hijo, al solicitar al pretor la petición de los bienes *ab intestato*, alegando que su padre realizó el testamento como si estuviese loco, estaría actuando fraudulentamente, al ser consciente de que su padre, al realizar el testamento, se encontraría en su sano juicio. Según dichos autores, con esta actitud y la petición de la *bonorum possessio ab intestato*, el hijo pretendería que se declarase la nulidad del testamento (anulándose todas las supuestas cláusulas que se contuviesen en el mismo, como, por ejemplo, legados, manumisiones, fideicomisos, etc.) y que se abriese la sucesión intestada, en la que, dentro del ámbito pretorio, a dicho hijo emancipado, al encontrarse en la categoría de los *unde liberi*, se le reconocerían importantes expectativas para hacerse de forma efectiva con los bienes hereditarios.

Todo lo indicado, creemos, no excluye, como ha puesto de manifiesto algún autor que también se ha ocupado de la interpretación del texto, que el hijo no actuase necesariamente de forma fraudulenta, considerando, por el contrario, que su padre efectivamente no estuviese en su sano juicio al redactar el testamento, y que, ante la posibilidad de que el mismo resultase anulado por tal motivo, con la finalidad de defender sus expectativas hereditarias, con la intención de conseguir los bienes hereditarios —en este caso *ab intestato*—, manifestase que el padre había hecho dicho testamento «*tamquam demens fuisset*».

En cuanto a las posibles ventajas que el hijo emancipado conseguiría con la *agnitio bonorum possessionis* solicitada al pretor y que le fue concedida por aquel —supuestamente, tal y como se plantea el caso, solo podría pedir la *bonorum possessio ab intestato*; no la *bonorum possessio contra tabulas*, ni la *cum tabulas*, por razones evidentes—, cabe señalar las siguientes: en primer lugar, dispondría de una posición procesal privilegiada y ventajosa, dado que, como es sabido, no tendría que molestarse en probar la causa de su posesión, debiendo hacerlo quien se la discutiese; en segundo lugar, la concesión de la *bonorum possessio* por parte del pretor al hijo emancipado otorga a este un título válido a los efectos de que, mediante la *usucapio hereditatis*, una vez transcurrido el tiempo de un año establecido al efecto por el ordenamiento jurídico, se convierta

en propietario quirritario de los bienes hereditarios, además de evitar, al tener concedida la posesión pretoria de dichos bienes junto con la defensa de los mismos, que otras personas ajenas los adquiriesen a través del mencionado recurso de la *usucapio hereditatis* durante la situación de vacancia de la herencia.

c) Cabe preguntarse finalmente, en relación a las personas que intervienen en el caso, por la situación y posibles intereses del esclavo que, como sustituto vulgar del hijo emancipado, también aparece aludido en el supuesto.

Como se ha indicado, el esclavo —supuestamente esclavo propio del testador— aparece nombrado en el testamento como sustituto del hijo emancipado, disponiéndose que, en el caso de que el hijo no fuese heredero, fuese libre y heredero el citado esclavo. La adquisición de la condición de heredero y libre por parte del esclavo queda, por tanto, supeditada a la circunstancia de que el hijo no quiera o no pueda adquirir la condición de heredero testamentario.

El hecho de que el hijo solicite al pretor la posesión de los bienes *ab intestato*, alegando que su padre realizó el testamento «como si hubiese estado loco», supuestamente permite que el esclavo tome la iniciativa para defender su presunto derecho a convertirse en libre y heredero. Resultará necesario, por tanto, a partir de ese momento y en atención a las alegaciones realizadas por el hijo, determinar dos cuestiones a las que se alude en el caso que nos ocupa: en primer lugar, la relativa a la efectiva validez del testamento, o, lo que es lo mismo, concretar si el padre lo ha realizado encontrándose en su sano juicio; y en segundo lugar confirmar si el hijo ha renunciado a su condición de heredero testamentario.

Un sector doctrinal ha sostenido que el esclavo podría recurrir entonces a dos posibles expedientes para reclamar su libertad y condición de heredero: por una parte, proponer una *causa liberalis* en la que afirmase ser libre *ex testamento*, reivindicando su propia condición de liberto en razón de la renuncia del primer instituido —el hijo emancipado—, para, a continuación del ejercicio de la acción, plantear en vía incidental la cuestión de la validez del negocio *mortis causa*, debiendo demostrar el esclavo que el *deuius* se encontraba en su sano juicio en el momento de la redacción del testamento; y por otra —y esta es la vía que se propone como más plausible—, ejercitar directamente una *hereditatis petitio* contra el hijo emancipado.

A todo lo indicado en cuanto a la posible actuación del esclavo añadimos por nuestra parte la duda de si aquel también podría recurrir al pretor solicitándole la concesión de una *bonorum possessio*, en este caso, *cum tabulas*, alegando la validez del testamento y la renuncia del hijo a la misma por haber pedido este la *bonorum possessio ab intestato*.

III

En nuestra opinión, en D. 29,2,60 también se encuentran implícitas otra serie de interesantes incógnitas de carácter procedimental relativas, en este caso, a la intervención y actuación del pretor, a los tipos y características de los remedios solicitados y concedidos por este, así como al presunto órgano encargado de juzgar, al tipo de procedimiento empleado por el mismo para resolver la cuestión planteada y al presunto criterio utilizado para determinar si el causante realizó el testamento estando en su sano juicio.

Por lo que se refiere al pretor, en el texto únicamente se indica que el hijo emancipado instituido heredero testamentario le pide, como si el padre hubiese estado loco, la posesión *ab intestato* de los bienes hereditarios, a lo que el magistrado accede.

A la vista de lo señalado cabe preguntarse en primer lugar, por ejemplo, en qué criterios se basaría esa concesión de la *bonorum possessio ab intestato* por el pretor al hijo emancipado: ¿Esa concesión se produciría de forma automática —sin necesidad de realizar una *causae cognitio*—, por el mero hecho de tener el hijo la condición de emancipado y encontrarse, por tanto, encuadrado dentro de la primera categoría de herederos en la sucesión intestada pretoria (*unde liberi*)?; o ¿resultaría necesario, además, que el hijo, como se indica en el texto, alegase para conseguirla que su padre hizo el testamento como si no estuviese en su sano juicio, con la finalidad de justificar dicha petición de los bienes *ab intestato*, por haber un testamento? ¿Debería el hijo presentar en el último supuesto señalado alguna prueba ante el pretor de que su padre no se encontraba en su sano juicio al realizar el testamento, para que el pretor, tras la correspondiente valoración de su petición —*causae cognitio*— a los efectos de su posible concesión, se la concediese o denegase?, o ¿bastaría esa mera alegación sin entrar a realizar ninguna valoración de la condición mental del padre?; en caso de resultar necesaria esa alegación, ¿cuál o cuáles serían los motivos en los que se podría apoyar el hijo para realizarla?; en definitiva, ¿cómo funcionaría la alegación del *color insaniae* en el ámbito pretorio? Una vez concedida la *bonorum possessio ab intestato* por parte del pretor y ante la alegación de que el causante hizo el testamento como si hubiese estado loco, ¿acabaría aquí la función del pretor, debiendo ser entonces la parte interesada en demostrar que el testador hizo el testamento encontrándose en su sano juicio —en este caso el esclavo sustituto—, la que debería tomar la iniciativa procesal —quizá mediante el ejercicio de la *hereditatis petitio*— dirigiéndose al órgano judicial competente para demostrar la validez de dicho testamento?, o ¿sería el propio pretor el que de oficio remitiría al órgano judicial competente el asunto para que este procediese a la determinación de si el testador redactó el testamento estando en su sano juicio, o como si hubiese estado loco?

En cuanto a la *bonorum possessio ab intestato* concedida al emancipado por el pretor, ¿tendría el carácter de *edictalis*, o, más bien, quizá sería

decretalis, a tenor de la alegación formulada por el emancipado al realizar su petición *tamquam pater demens fuisset*? Su concesión ¿sería *sine re* o *cum re*?; y, en su caso, ¿frente a quién?; ¿quizá *cum re* frente a los agnados, y *sine re* frente al heredero civil, el esclavo sustituto, si se demostrase la validez del testamento y se confirmase la renuncia a la sucesión testamentaria del emancipado instituido?

Por lo que se refiere a la determinación de si el causante hizo su testamento estando en su sano juicio o no, ¿a quién correspondería su conocimiento?, ¿a un órgano judicial unipersonal (juez único); o más bien colegiado (Tribunal de los centumviro)?; ¿qué tipo de procedimiento se seguiría ante el mismo?; ¿qué criterios se tendrían en cuenta por el órgano juzgador para determinar la solución planteada relativa a la sanidad mental o no del testador al confeccionar su testamento?

IV

Realizadas las consideraciones que preceden, procede ahora pasar a analizar las respuestas dadas por los juristas a la cuestión nuclear planteada en D. 29,2,60, que, en esencia, se concreta en saber, una vez determinada la validez del testamento —«*si probaretur sana mente pater testamentum fecisse*» se indica en el texto—, a quién corresponde la condición de heredero: ¿al hijo emancipado, o al esclavo sustituto?

Hay que recordar que la determinación de la validez o no del testamento como cuestión previa a resolver, antes de proceder a determinar a quién se atribuye la condición de heredero, encuentra su razón de ser, como es sabido, en la prevalencia dentro del sistema sucesorio romano de la sucesión testada frente a la intestada, que únicamente se abriría en el caso de que faltase o fuese inválido o ineficaz el testamento (cfr., entre otros muchos textos, por ejemplo, D. 29,2,39).

Como se ha indicado *supra*, las soluciones aportadas —que en ambos casos se hacen depender de la validez del testamento— son diferentes. Así, mientras que Labeón considera que el que adquiere la condición de heredero testamentario es el hijo, Javoleno —cuya opinión también comparten Próculo y Paulo— entiende, por el contrario, que la herencia pasaría al heredero sustituto, es decir, al esclavo.

Esta llamativa diferencia de opiniones respecto a las soluciones aportadas por los juristas ha sido interpretada en cuanto a su presunta justificación también de manera diferente por los diversos romanistas que se han ocupado del estudio de algunos aspectos del texto.

Con carácter general, la mayoría de esos romanistas, al realizar su interpretación de los motivos que indujeron a los juristas a pronunciarse en un sentido o en otro a efectos de otorgar la condición de heredero al hijo emancipado o al esclavo, dan por supuesto que todos esos juristas —Labeón por una parte; Javoleno, Próculo y Paulo, por otra— parten de

una misma situación de hecho, considerando que el hijo estaría actuando fraudulentamente al conocer perfectamente que su padre se encontraba en su sano juicio cuando redactó el testamento. También en algunos casos aluden para justificar las distintas respuestas proporcionadas a una diferencia de criterios en cuanto a la posible valoración o no por parte de los juristas de la petición de la posesión de los bienes *ab intestato* por parte del emancipado como *pro herede gestio* a los efectos de adquisición de la herencia testamentaria, entendiendo que mientras que Labeón consideraría —siguiendo un criterio meramente material y sin plantearse para nada si la petición de los bienes por parte del emancipado cabría equipararla a una *pro herede gestio*— que la simple adquisición de los bienes hereditarios concedidos por el pretor al emancipado implicaría automáticamente una aceptación de la herencia por el mismo, mientras que Javoleno, Proculo y Paulo, por el contrario, sí se cuestionarían si dicha petición de los bienes *ab intestato* equivaldría a una adquisición de la herencia testamentaria, negando dicha posibilidad. Asimismo se destaca como otro posible motivo, en este caso de fondo, de la aludida divergencia de opiniones entre los juristas, los diferentes intereses particulares tutelados por los mismos: así, mientras que, por una parte, Labeón al atribuir los bienes al emancipado (entendido por algún autor como un supuesto «castigo» o penalización al hijo emancipado por su comportamiento) estaría defendiendo los intereses del testador, el respeto debido por el hijo a la *pietas* paterna; por otra, Javoleno, Próculo y Paulo pretenderían con su respuesta privilegiar la posición del esclavo sustituto, y, en última instancia, el *favor libertatis*.

Por nuestra parte, consideramos que estas hipótesis, que han sido formuladas por algunos romanistas y que se encuentran referidas a los posibles motivos que, a su entender, explicarían la diferencia de soluciones aportadas por los juristas romanos a la cuestión planteada en D. 29,2,60, merecen algunas observaciones, tomando para ello en consideración los datos que se nos proporcionan en el texto que nos ocupa sobre las personas que intervienen en el caso planteado y que, en cierta medida, permitirían justificar hipotéticamente la forma de actuación y los posibles intereses por ellas perseguidos, como tuvimos ocasión de señalar en el segundo apartado del presente escrito.

En primer lugar, no creemos que, como sostienen bastantes autores, el hijo emancipado al alegar la presunta locura de su padre para solicitar la posesión de los bienes *ab intestato*, necesariamente y en todo caso, estuviese actuando de forma fraudulenta, siendo por tanto consciente de que su padre se encontraba en su sano juicio al realizar el testamento. Ciertamente no se puede descartar esta posibilidad y suponer que el hijo actuase así con la finalidad de que se invalidase el testamento y de esta forma cayesen todas las presuntas disposiciones como, por ejemplo, legados, manumisiones, fideicomisos, que pudiesen contenerse en el mismo; pero, a nuestro juicio, tampoco se puede excluir que el hijo estuviese, por el contrario, realmente convencido de que su padre no se encontraba en su sano juicio y que, pensando en la presunta invalidez del testamento y

consiguiente apertura de la sucesión intestada, pretendiese con su petición de la posesión *ab intestato* de los bienes al pretor, en previsión de la supuesta invalidez del testamento, adelantarse a otros parientes civiles del testador, como, por ejemplo, sería el caso de los agnados.

En este sentido, mientras que, a partir de la razonada explicación proporcionada por Javoleno para justificar su respuesta a la cuestión planteada en D. 29,2,60, se podría suponer —y esto solo sería una suposición— que este jurista —junto con Paulo y Próculo—, como piensan gran parte de los romanistas que se han ocupado del texto, quizá estaría partiendo de la circunstancia de que el hijo estuviese actuando fraudulentamente al realizar su alegación —siendo, en definitiva, consciente de que el padre estaba en su sano juicio—, ello no parece tan seguro en el caso de Labeón.

Javoleno —cuya opinión, como sabemos, comparten Próculo y Paulo— expresa claramente que el hijo emancipado no quiso que le perteneciera la herencia que se le dio en testamento, y justifica esta circunstancia diciendo que no se puede considerar que hizo gestión como heredero el que absteniéndose de pronunciarse sobre (la aceptación o renuncia de) la herencia (testamentaria) pide la posesión de los bienes hereditarios (*ab intestato*) acogiendo a otra cláusula del edicto. A partir de este razonamiento se podría suponer que Javoleno —aunque no lo dice expresamente— quizá estuviese dando por sobreentendido al emitir su respuesta un presunto comportamiento fraudulento por parte del hijo, pero no necesariamente. El razonamiento que hace Javoleno —sin aludir para nada, reiteramos, a un comportamiento fraudulento por parte del hijo— creemos que podría concretarse en los siguientes términos: partiendo de la consideración de que el hijo emancipado puede optar o bien por la sucesión testamentaria (dando por supuesta la validez del testamento cuestionado), realizando la adición de la herencia que le ha sido deferida por el padre, o bien renunciar a la misma, eligiendo en este caso la sucesión intestada, al pedir la posesión de los bienes *ab intestato* estaría manifestando su voluntad de ser sucesor *ab intestato* y no testamentario (renunciando en definitiva a la misma). Dada la incompatibilidad de ambos tipos de sucesión —testada e intestada—, la elección de una excluye automáticamente la otra (salvo, claro está, el supuesto de que el testamento fuese inválido o ineficaz, en cuyo caso, se abriría la sucesión intestada, lo que en nuestro caso no se plantea, al presuponerse la validez del testamento realizado por el causante). Al existir un testamento válido y optar el hijo por la petición de los bienes *ab intestato* se considera que pretende ser sucesor *ab intestato*, renunciando a serlo testamentario, pasando a pertenecer entonces la herencia dada en testamento al esclavo sustituto nombrado en defecto de aquel. En definitiva, presumiblemente, Javoleno viene a decir que la *bonorum possessio* solicitada por el hijo emancipado al pretor, al ser pedida *ab intestato*, no podría considerarse como una *pro herede gestio*, y que, por tanto, no equivaldría a una aceptación de la herencia testamentaria por parte del hijo instituido, sino, más bien, a todo lo contrario, es decir, a una renuncia de la misma.

La respuesta de Labeón es mucho más críptica y no aparece, como la de Javoleno, razonada. Para este jurista, «*si probaretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse*». A la vista de su respuesta, se plantean diversas incógnitas a partir de las que se han formulado diversas hipótesis interpretativas por la doctrina romanística.

A primera vista, da la impresión de que el jurista, al determinar a quién corresponde la condición de heredero testamentario, no toma en consideración en sentido negativo la alegación formulada por el hijo en relación al testador al realizar el testamento —«*tamquam pater demens fuisset*»—. Si ello fuese así, es decir, si Labeón estuviese pensando, por ejemplo, en una actuación no fraudulenta por parte del hijo al poner de manifiesto una situación que realmente creía o estaba convencido de que concurría en su padre —que el mismo efectivamente no estaba en su sano juicio—, frente al planteamiento realizado por Javoleno, que, según la mayoría de la doctrina, partiría de esta circunstancia —comportamiento fraudulento por parte del hijo— al resolver la cuestión planteada —lo que, a nuestro entender, como ya hemos indicado, no tiene por qué ser necesariamente así—, no nos encontraríamos ante una discrepancia jurisprudencial de criterios en torno a una misma situación de hecho, sino, más bien, ante dos soluciones distintas para dos situaciones de hecho también distintas (consideración de actuación no fraudulenta por parte del hijo en el caso de Labeón, y consideración de actuación fraudulenta por parte del hijo por parte de Javoleno, Próculo y Paulo). En este caso y ante esta hipótesis parece encontrar cierto sentido la respuesta de Labeón, debiéndonos preguntar entonces si para este jurista, el que cabría calificar como error a efectos valorativos de la situación en que se encontraba el padre por parte del hijo, condicionando su efectiva aceptación de la herencia testamentaria, sería determinante para que el jurista respondiese de la forma en que lo hace, atribuyendo la condición de heredero finalmente al hijo emancipado, sobre todo, a partir de lo que se señala en D. 29,2,17 pr.

Tampoco parece tener mucho sentido que Labeón, al proceder a emitir su respuesta, partiendo de la suposición de que el hijo estaba actuando fraudulentamente —como piensan que así haría muchos autores— le atribuyese la condición de heredero testamentario, o bien como una especie de castigo o penalización al emancipado por atentar a la *pietas* paterna, o, en su caso, con la finalidad de que no quedasen incumplidas las presuntas cargas establecidas por el padre en el testamento, como por ejemplo, legados, manumisiones o fideicomisos, según defienden algunos autores.

Frente a Javoleno, Labeón tampoco hace referencia en su respuesta a la posible interpretación de la petición de los bienes *ab intestato* por parte del hijo que le es concedida por el pretor como una posible *pro herede gestio*, en este caso testamentaria, o *ab intestato*. Aun cuando ciertamente pueda resultar paradójica esta posibilidad, ¿cabría entender que Labeón, implícitamente, aunque no lo diga, al atribuir la condición de heredero

al hijo, está equiparando la *bonorum possessio ab intestato* solicitada por este a una *pro herede gestio* de la herencia testamentaria?

Los autores que se han ocupado de esta cuestión vienen sosteniendo, creemos que con acierto, que Labeón, en esencia, da por supuesto que la puesta en posesión de los bienes hereditarios al emancipado por parte del pretor, previa petición de los mismos —con independencia de que esta se solicitase, como ocurre en el caso planteado, *ab intestato*—, implicaría una adquisición de la condición de heredero testamentario por parte de este. Según dichos autores, Labeón, frente a lo que ocurre en el caso de Javoleno, no se cuestionaría, por tanto, si dicha petición equivaldría a una *pro herede gestio*, sino que estaría, en definitiva, dándola por supuesta, a partir de una consideración de la misma en su primitivo sentido material. Javoleno, sin embargo, procedería a realizar una valoración más técnica y menos apegada al aspecto material, al cuestionarse con carácter previo si esa petición de la *bonorum possessio ab intestato* por parte del emancipado equivaldría o no a aceptación de la herencia testamentaria.

Por lo que se refiere a la presunta tutela de los intereses particulares que, supuestamente, según algunos romanistas, motivarían las respuestas de los juristas —Labeón estaría defendiendo los intereses del testador, y Javoleno los del esclavo sustituto (en el fondo, el *favor libertatis*, se dice)— consideramos que, sin excluirlos, los mismos no tendrían el importante peso que en dichas respuestas parece habérseles otorgado. Tanto Labeón como Javoleno, desde un punto de vista dogmático, que es sobre el que se asienta la solución que proporcionan, hacen depender sus respuestas de la validez del testamento. Si Labeón otorga la condición de heredero testamentario al hijo emancipado, lo hace porque parece considerar que el mismo, al pedir la posesión de los bienes hereditarios al pretor (aunque sea *ab intestato*) y concedérselos este, adquiere la condición de heredero (testamentario). Si Javoleno, por el contrario, otorga la condición de heredero testamentario al esclavo sustituto, lo hace porque considera, desde una apreciación más técnica y menos material que la de Labeón, que la petición de la *bonorum possessio ab intestato* por parte del hijo propiamente no se puede entender como *pro herede gestio* testamentaria.

A tenor de lo expresado, con la finalidad de confirmar la hipótesis formulada —supuesta evolución sufrida en el sistema histórico-jurídico romano, respecto a la determinación de si la petición de la *bonorum possessio ab intestato* ha equivalido, o no, en qué situaciones, con qué condiciones, y en base a qué motivación, a una *pro herede gestio* testamentaria inicialmente—, resultaría necesario realizar un estudio detenido de otros textos en los que también se planteasen cuestiones similares o semejantes a la contenida en D. 29,2,60. Es de suponer que para dicho estudio, tendría especial importancia y sería particularmente ilustrativo el de los fragmentos en los que, como ocurre en el texto que nos ocupa, se contuviesen controversias o discrepancias jurisprudenciales, especialmente en materia hereditaria, entre Labeón y Javoleno, o, en su caso, entre Labeón y Próculo.

V

De todo lo hasta aquí expuesto creemos que se puede deducir perfectamente el posible interés del estudio, realizado desde una perspectiva de conjunto y con mayor detenimiento y profundidad, de los problemas y cuestiones planteados en D. 29,2,60, que nos hemos limitado a poner de manifiesto en el presente escrito en sus aspectos más significativos.

Entre los mismos, aparte de los indicados, también se ha señalado recientemente en la doctrina romanística que el texto en cuestión, además de aportar significativos e interesantes datos sobre concretas diferencias de criterio entre juristas romanos pertenecientes a distintas escuelas, o, incluso, a la misma escuela (Labeón/Javoleno, en el primer caso; Labeón/Próculo en el segundo), contendría un importante testimonio concerniente a la formación (y relativa discusión entre los juristas) del particularísimo mecanismo de ataque al testamento constituido por la *querella inofficiosi testamenti*, considerando al respecto que D. 29,2,60, por la alegación del «*tamquam pater demens fuisset*» realizada por el hijo emancipado que en el mismo se expresa, podría representar un precedente significativo del estado de formación, en sede judicial, del citado mecanismo, cuya primera utilización en ambientes retóricos quizá se pudiese entrever —además de en Cic. *Verr.* 2,1,107 y *Quin. just.* 9,2,6— en dos conocidísimos textos retóricos de Cicerón: *inv.* 2,50,158 y *Rhet. ad Her* 1,13,23, en los que se trataba el caso del matricida Maholo, datable entre los años 101 y 102 a. C.