

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA
RELEVANCIA JURÍDICA DE LA CONCEPCIÓN¹**

**BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE JURIDICAL
RELEVANCE OF THE CONCEPTION**

Giovanni Luchetti
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Bolonia

La importancia atribuida a la concepción por el derecho romano ha sido objeto en los últimos años de una conspicua

¹ Agradezco al Dr. Xesús Pérez López su excelente disponibilidad para la discusión y traducción del texto al castellano conmigo.

de Papiniano (D. 35, 2, 9, 1 [Papin. 19 *quaest.*]) y de Ulpiano (D. 25, 4, 1, 1 [Ulp. 24 *ad ed.*):

D. 35, 2, 9, 1 (Papin. 19 *quaest.*): *Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

Papiniano, tratando en el libro décimo noveno de sus *quaestiones* acerca del cálculo de la *quarta Falcidia*, excluye que la calidad de *homo* pudiese serle reconocida al *partus nondum editus* de una esclava⁵.

Es aún más explícita la afirmación de Ulpiano:

D. 25, 4, 1, 1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.*

El jurista excluye la aplicación de los *senatus consulta de liberis agnoscendis* a la mujer que disimulase o negase el propio

⁵ D. 35, 2, 9 pr. (Papin. 19 *quaest.*): *In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.* Sobre este pasaje cfr. ahora BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (*Fondamenti arcaici e classici*), cit., pp. 308-309.

A causa de la expectativa de vida, el derecho civil no omite, especialmente en materia sucesoria, la protección de aquéllos que se encuentran aún en el seno materno:

D. 1, 5, 26 (Iul. 69 dig.): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.*

Juliano toma en consideración la condición de los concebidos en el derecho civil¹¹. Aquéllos que se encuentran en el seno materno *in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*¹². El jurista revisa distintos supuestos de hecho. El primero y más relevante concierne a la institución de la sucesión legítima. A continuación se toma en consideración el régimen del *postliminium*, enfrentando el caso de la *mulier praegnas capta ab*

¹¹ Sobre el pasaje de Juliano v. la amplia exégesis de BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (Fondamenti arcaici e classici), cit., pp. 289-297.

¹² Sobre el significado del verbo *intelleguntur*, que se serviría para describir "la constatazione di una realtà da parte dell'interprete" cfr. P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Turín, 1990, pp. 203-204. Sobre este punto v. también TERRENI, *'Me puero venter erat solarium'*. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 94.

hostibus. El hijo de esta última gozará del *postliminium* y seguirá la condición del padre o aquélla de la madre. Finalmente, Juliano se concentra en el caso de la *ancilla praegnas subrepta*. Quien haya sido engendrado, incluso en casa de un adquirente de buena fe, no podrá ser usucapido en cuanto que *res furtiva*. La relevancia jurídica de la concepción se extiende incluso a la esfera de los derechos de patronato: el liberto, mientras pueda nacer aún el hijo del patrono fallecido, se encuentra en la misma situación de aquéllos que tienen patronos.

La afirmación de la relevancia jurídica de la condición del concebido no aparece aislada. Más aún, como resulta de un pasaje de Gayo, se llega a afirmar que en ciertos casos los póstumos son considerados *pro iam natis*:

Gai. 1, 147: *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. hos enim etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit.*

La formulación completa del principio expresado por el brocardo medieval '*conceptus pro iam nato habetur*' no es atribuible, sin embargo, al derecho romano, aún cuando algunos pasajes de las fuentes parezcan sugerirla¹³. El concebido es

¹³ Cfr. también Ep. Gai 2, 3, 2: *Posthumorum duo genera sunt: quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post*

presentado en las reflexiones de los juristas romanos como merecedor de tutela con respecto a las aspiraciones sucesorias, cuya realización concreta queda, en todo caso, subordinada al evento del nacimiento. Dos fragmentos de Paulo parecen ser particularmente significativos en este sentido:

D. 1, 5, 7 (Paul. *lib. sing. de port.*): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

*testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit, in ipso testamento comprehenderit 'quicumque filius aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit', aut certe dicat, 'exheres sit', valere non potest eius testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habentur, nisi quod melior est condicio posthumae quam natae, quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, posthuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit. D. 29, 2, 30, 1 (Ulp. 8 ad Sab.): Quod dicitur: 'proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem, potest' accipere proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. idemque et per bonorum possessionem edictalem denique praetor ventrem mittit in possessionem. Sobre estos fragmentos v., con conclusiones que, en sustancia, pueden compartirse, BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (Fondamenti arcaici e classici), cit., pp. 337-342.*

herederos que estaban a continuación del póstumo en el orden de sucesión dinero para abortar siguiendo sus instrucciones:

D. 48, 19, 39 (Tryph. 10 disp.): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.*

Sin embargo, no parece posible inferir de la mención aislada de Trifonino que el aborto hubiese sido sometido a sanción penal antes de la intervención imperial de época de los Severos¹⁶. Como es sabido, Cicerón recuerda el aborto y la condena capital de la *Milesia quaedam mulier*, aparejándola con la conducta – considerada como más reprochable – que había desarrollado Opiánico al asesinar a su cuñada Auria: *Oppianicus inventus est qui in uno corpore plures necaret*¹⁷. El texto de Cicerón

¹⁶ En contra SANNA, *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, cit., p. 172: “la circostanza che Trifonino riferisca il caso della *Pro Cluentio* farebbe pensare ad una repressione penale dell’aborto precedente al rescritto”. Según M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Turín, 2011, p. 112, el testimonio de Cicerón demostraría la posibilidad de que en época tardo-republicana la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* se aplicase también a los casos de aborto.

¹⁷ Cicerón, *Pro Cluentio*, 32: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa*

La intervención imperial no se justifica por el influjo del cristianismo, sino por la voluntad de proteger el interés del marido a tener su propia descendencia¹⁹. En este sentido se expresa Marciano:

atribuirse precisamente a Nardi el mérito de haber puesto de relieve cómo la oratoria de Cicerón se apoyaba sobre la “concezione popolare per cui l’aborto è uccisione del feto”, con la consecuencia de que “chiunque cagioni la morte d’una donna incinta – e non solo Oppianico – potrebbe dirsi autore di omicidio” (cfr. *Procurato aborto nel mondo greco e romano*, cit., p. 219). El brío crítico de Terreni conduce, por lo demás, a una ulterior perplejidad cuando a continuación afirma inesperadamente: “Appare, secondo me, non condivisibile anche il rilievo dello stesso Nardi intorno alla singolarità dell’accostamento della *Milesia quaedam* all’omicidio di Auria, moglie di Oppianico (Cic. Cluent. 31), anziché al procurato aborto della vedova di Magio, anch’essa sposa del medesimo personaggio (Cic. Cluent. 21)” (pp. 285-286). Dejando de lado la mala comprensión de las ideas de Nardi, debe señalarse además algún otro error, como el que concierne a *Auria*, en realidad mujer del hermano de Opiánico (*Pro Cluentio*, 31-32) y la identificación incorrecta entre *Magia*, mujer de Opiánico y hermana de Gneo Magio, luego fallecida (*Pro Cluentio*, 21), y la viuda del propio Magio, con la que Opiánico terminó casándose (*Pro Cluentio*, 35).

¹⁹ Así E. CANTARELLA, *Persone, famiglia e parentela*, en *Diritto privato romano. Un profilo storico*², dirigido por A. Schiavone, Turín, 2010, p. 204. Non parece que deba compartirse la opinión de FERRETTI, ‘*In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*’. *L’identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 144: “non ci sembra inverosimile... che tra la fine del secondo e l’inizio del terzo secolo, una volta affermata e condivisa l’idea del concepito quale esistenza dotata di autonoma rilevanza, il procurato aborto sia stato sanzionato in quanto tale, ossia come atto lesivo di

ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit.

Nos encontramos ante una de las *quincuaginta decisiones*, claramente inspirada en el principio del *favor libertatis*²¹. El emperador reconoce, disipando autorizadamente las dudas precedentes que habían surgido al respecto, la posibilidad de dar la libertad a un esclavo aún en gestación a través de un fideicomiso²².

De la misma manera, en el derecho justiniano la adquisición de posiciones jurídicas subjetivas continúa a estar subordinado al evento del nacimiento del individuo:

C. 6, 29, 3 (*Imp. Iust. A. Iuliano pp.*, a. 530): *Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. 1. Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum*

²¹ V. sobre la cuestión por todos M. VARVARO, *Contributo allo studio delle quincuaginta decisiones*, en AUPA 46, 2000, pp. 496-497.

²² Sobre la constitución cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale*, Milán, 1956, p. 429. Para el significado de la referencia a la *humanitas* contenida en C. 7, 4, 14, 1 v. G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, en 'Ars boni et aequi'. *Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von M. J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart, 1993, pp. 79-91.

clásicos, tratando así de adecuarlos a los motivos propios del pensamiento cristiano²⁶.

Aún cuando del punto de vista metodológico la posibilidad de intervenciones por parte de los comisarios de Justiniano no pueda ser excluida a priori, no parece convincente en absoluto la hipótesis de un legislador atareado en la adecuación de los textos de la jurisprudencia a los motivos del pensamiento cristiano, sin que de ello se sigan consecuencias apreciables en lo que se refiere a la disciplina jurídica de las instituciones.

²⁶ Cfr. TERRENI, 'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana, cit., pp. 70-72. La autora avanza sospechas de interpolación sobre D. 11, 8, 2 (Marcell. 28 dig.), en relación con el tenor de la motivación expresada por el jurista *spem animantis cum gravida peremisse videtur* (que parece en cambio posible que provenga de la orientación intelectual madurada por la jurisprudencia clásica: cfr. al respecto *supra*). Son formuladas también hipótesis de interpolación a propósito de D. 38, 8, 1, 8 (Ulp. 46 ad ed.), para el que es tachado de sospechoso el pasaje *quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit*. La Interpolationenjagd personal emprendida lleva finalmente a la Terreni a hallar otros tres "emblemata Triboniani" (pp. 154-157). Si trataría, en particular, de la inserción del adverbio *paene* en el período inicial de D. 1, 5, 26 (Iul. 69 dig.), del *quodammodo* en D. 38, 16, 7 (Cels. 28 dig.) y del inciso *licet non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erit* en D. 37, 6, 2 pr. (Paul. 41 ad ed.).