

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 producción doctrinal². Las

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

² M. P. BACCARI, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Turín, 2004, pp. 81; Id., *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie*, I, *La difesa del concepito*, Turín, 2006, pp. 101; P. FERRETTI, 'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milán, 2008, pp.

contribuciones a la discusión que han sido publicadas, sin embargo, no siempre han conducido a un progreso significativo del estado de la cuestión³.

De manera preliminar, es necesario recordar que el atribuir una consideración al momento de la concepción es característica ya del derecho romano

222; M. V. SANNA, *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, en *SDHI* 75, 2009, pp. 147-208; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milán, 2009, pp. 360 y, más recientemente, C. TERRENI, '*Me puero venter erat solarium*'. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, pp. 334.

³ Véanse al respecto las observaciones formuladas por F. ZUCCOTTI, *Vivagni. VIII. In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, en *RDR* 8, 2008, pp. 4-15, y SANNA, *rec. a C. Terreni, 'Me puero venter erat solarium'*. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, en *Iura* 59, 2011, pp. 403-416, respectivamente sobre los trabajos de Ferretti y Terreni. En cuanto a esta última autora, debe señalarse igualmente que la elección efectista del título '*Me puero venter erat solarium*' suscita una cierta decepción en el lector. De hecho, no se comprende cómo la frase pronunciada por el *Parassitus* de la *Boeotia* plautina (cfr. A. Gellio, *Noctes Atticae*, 3, 3, 5) y elegida por la autora como título del propio trabajo podría prestarse a describir el objeto de un tratado acerca del concebido. El personaje de Plauto emprende – en los pocos versos de la comedia que nos han llegado – una curiosa y divertida invectiva contra el transcurso del tiempo y su medida, recordando que, cuando él era aún un *puer* (y, por lo tanto, ya nacido), su *venter* (es decir, el reclamo de alimento por parte de su estómago) servía como reloj de sol y era, sin duda, el mejor y

más antiguo. Es a partir de una previsión contenida en la Ley de las XII Tablas que se desarrolla, de hecho, el derecho a la herencia del póstumo, como lo atestiguan algunos pasajes del Digesto⁴.

Por lo demás, a lo largo de todo el arco de desarrollo de la experiencia jurídica romana permanece inalterable el principio según el cual el concebido llega a ser capaz jurídicamente sólo en el momento del nacimiento, momento que se identificaba con la separación completa del feto del seno materno (*partus editus*). Resultan particularmente significativas al respecto algunas afirmaciones bien conocidas de Papiniano (D. 35, 2, 9, 1 [Papin. 19 *quaest.*]) y de Ulpiano (D. 25, 4, 1, 1 [Ulp. 24 *ad ed.*]):

más preciso de todos. Se trata, como es evidente, de un *misunderstanding* que hace que al lector le surjan, a primera vista, serios y legítimos interrogantes acerca de la calidad científica efectiva de la investigación llevada a cabo por la autora.

⁴ Tab. IV, 4 (*FIRA*, I, p. 36); D. 38, 16, 7 (Cels. 28 *dig.*); D. 38, 16, 6 (Iul. 59 *dig.*); D. 38, 16, 3, 9 (Ulp. 14 *ad Sab.*); D. 38, 16, 3, 11 (Ulp. 14 *ad Sab.*). Acerca de la evolución que, partiendo de la previsión mencionada de la Ley de las XII Tablas, llevó al surgimiento del derecho de herencia del póstumo, cfr. el ya clásico tratamiento de la cuestión por P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*², Milán, 1967, pp. 401-407. Para testimonios ulteriores de época arcaica acerca de la relevancia de la concepción v. el cuadro de conjunto del que nos provee ahora BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (*Fondamenti arcaici e classici*), cit., pp. 7-50.

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 estado de embarazo. La

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.

explicación provista en el texto es que el concebido, antes del nacimiento, es una *mulieris portio vel viscerum*⁶. Se trata de una orientación intelectual cuyas coordenadas culturales pueden buscarse en las aportaciones filosóficas del estoicismo⁷.

El mismo Ulpiano justifica la protección asegurada en ciertas hipótesis al concebido mediante el recurso a la noción de *spes nascendi*:

D. 37, 9, 1 pr. (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

Por lo demás, el mismo jurista de la edad de los Severos aduce idéntica motivación en D. 37, 9, 1, 9 (Ulp. 41 *ad ed.*)⁸. Desde el punto de vista tomado aquí, el feto

⁶ Para el texto de Ulpiano v. sobre este punto las observaciones de FERRETTI, '*In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*'. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., pp. 154-159 (con abundante bibliografía).

⁷ En este sentido v. ya E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milán, 1971, respectivamente pp. 396-397 y pp. 445-447.

⁸ D. 37, 9, 1, 9 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sed et si quis ventrem exheredasset: 'qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto' vel 'qui post tres menses', venter in possessionem utique mittetur, quia aliquo casu suus heres futurus est: et sane benigniorem esse praetorem in hanc partem oportebit, ne qui*

es solamente una esperanza o expectativa de vida (*spes animantis*):

D. 11, 8, 2 (Marcell. 28 dig.): *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

Marcelo hace referencia al tenor de una *lex regia*, de atribución incierta, que habría prohibido el dar sepultura a una mujer embarazada antes de la extracción del feto. Se trata, como ha sido ya correctamente puesto de relieve, de una regla que pone de manifiesto una religiosidad arcaica⁹. La enunciación de la regla es seguida por la motivación de la prohibición: *qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*¹⁰.

speratur ante vitam necetur.

⁹ Así BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (*Fondamenti arcaici e classici*), cit., p. 25.

¹⁰ Puede compartirse la observación de FERRETTI, *'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'*. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 84, según la cual no se trataría de la motivación original, sino de aquella propuesta por el jurista clásico. Puede relacionarse la *ratio* precisada por Marcelo con la norma de época imperial que prohibía la ejecución de la condena capital en la persona de una mujer embarazada (D. 1, 5, 18 [Ulp. 27 *ad Sab.*]). Cfr. sobre este punto BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (*Fondamenti arcaici e classici*), cit., p. 23, nt. 49.

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 (lul. 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

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.

continuación se toma en consideración el régimen del *postliminium*, enfrentando el caso de la *mulier praegnas capta ab 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 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

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

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.*

D. 50, 16, 231 (Paul. *lib. sing. ad S. C. Tertullianum*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus.*

Precisamente la concepción basada sobre las aportaciones filosóficas del estoicismo, según la cual el feto es una *mulieris portio vel viscerum* (D. 25, 4, 1, 1 [Ulp. 24 *ad ed.*]), impidió que el aborto fuese sometido a sanciones penales¹⁴. De hecho, sólo en época de Septimio Severo y Antonino Caracalla llegó a sancionarse con pena de exilio a la mujer que, por odio al cónyuge, hubiese abortado después del divorcio. Del rescripto imperial nos dan noticia tres fragmentos del Digesto (D. 48, 19, 39 [Tryph. 10 *disp.*]; D. 48, 8, 8 [Ulp. 33 *ad ed.*]; D. 47, 11, 4 [Marcian. 1 *reg.*])¹⁵.

¹⁴ En este sentido, cfr. en particular, en la doctrina más reciente, G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, pp. 23-27.

¹⁵ Sobre estas fuentes cfr. ampliamente NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 413-428; *cui adde*, en la literatura reciente, FERRETTI, 'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale*

En D. 48, 19, 39 (Tryph. 10 *disp.*) la mención del rescripto de Septimio Severo y Antonino Caracalla aparece precedida por el recuerdo del episodio narrado por Cicerón (*Pro Cluentio*, 32) acerca de la condena capital con la cual fue sancionada la conducta de la mujer de Mileto, que había recibido de los 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,

classico, cit., pp. 136-144 y TERRENI, 'Me puero venter erat solarium'. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 291-296.

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 rescripto". Según M. BRUTTI, *Il*

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 ha sido tomado en consideración agudamente y en profundidad por Enzo Nardi, quien, tras subrayar que la conducta de la *Milesia quaedam mulier* era esencialmente idéntica a aquélla desarrollada por la viuda de Magio (*Pro Cluentio*, 35), argumentaba que, no estando el aborto sometido a incriminación en el derecho romano, Cicerón habría utilizado la condena de Milesia para sostener la tesis de

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 medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei pulicae civem sustulisset. Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse: Oppianicus inventus est qui in uno corpore plures necaret.*

una responsabilidad agravada de Opiánico por homicidio¹⁸.

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:

¹⁸ Cfr. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco e romano*, cit., p. 220. Se detiene en el pasaje de Cicerón también TERRENI, *‘Me puero venter erat solarium’*. *Studi sul concepito nell’esperienza giuridica romana*, cit., pp. 285-286. Esta última, casi contraponiendo el propio punto de vista a aquél del autor de origen mantuano, formula algunas observaciones: “credo, d’altra parte, che, trattandosi di un processo che si svolgeva di fronte alla *quaestio de sicariis*, la ‘maggiore responsabilità’ non possa venire riferita altro che all’intervento di un’aggravante. La circostanza lascia intravedere come l’osservazione ciceroniana... trascenda il puro piano oratorio per far leva sul dato corrispondente ad una generalizzata convinzione ed identificabile, appunto, nella separazione concettuale tra gestante e feto, valutati quali individui distinti” (p. 285). Si bien se mira, la conclusión de la autora no presenta novedad alguna. A este respecto, baste con recordar que debe 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

D. 47, 11, 4 (Marcian. 1 reg.): *Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.*

Las líneas maestras de la consideración jurídica del concebido se mantienen sustancialmente inalteradas en el derecho justiniano, sin que sea posible conjeturar

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 un'individualità". En sentido contrario, v. las fundadas observaciones de ZUCCOTTI, *Vivagni. VIII. In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, cit., pp. 13-14.

solución de continuidad alguna con respecto a los planteamientos clásicos²⁰.

Revisando la legislación justiniana del *Codex* encontramos una referencia a la noción de *spes nascendi*, que hemos visto ya elaborada por la jurisprudencia clásica y, en particular, por Ulpiano (D. 37, 9, 1 pr. [Ulp. 41 *ad ed.*]; D. 37, 9, 1, 9 [Ulp. 41 *ad ed.*]):

C. 7, 4, 14 pr. (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp., a. 530*): *Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur et homo fieri speraretur, nos vetus iurgium decidentes libertatis favore censemus et fideicommissariam nec non directam libertatem suam firmitatem habere sive in masculo sive in femina, quae adhuc in ventre vehatur materno, ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit.*

Nos encontramos ante una de las *quinquaginta decisiones*, claramente inspirada en el principio del *favor libertatis*²¹. El emperador reconoce, disipando autorizadamente las dudas precedentes que habían

²⁰ V. en este sentido ya E. NARDI, *Il procurato aborto nel mondo greco romano*, Milán, 1971, pp. 605-618; *cui adde* ahora BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., pp. 343-344.

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

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 testamentum, apparet <apparere eo Lenel>, quod et, si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, vi vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans nostrum vel prodigium.*

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.

Esta última constitución, que puede contarse también entre las *decisiones*, resuelve una controversia de la jurisprudencia antigua acerca de los efectos de la preterición del póstumo que, aún habiendo nacido vivo, no hubiese emitido el primer lloro y hubiese luego fallecido²³. Justiniano acoge la opinión expresada sobre la cuestión por los Sabinianos, según la cual el nacimiento del póstumo con vida, aún cuando no hubiese emitido lloro alguno, habría determinado la ruptura del testamento, dado que este último efecto se habría producido igualmente en el caso en que el póstumo hubiese nacido mudo. El emperador bizantino reconoce por lo tanto que la ruptura del testamento se verificaría si el póstumo hubiese nacido *vivus perfecte*, aún cuando se hubiese malogrado inmediatamente después del nacimiento, por haber caído al suelo o fallecer en manos de la comadrona. Se precisa también de manera concluyente que la ruptura del testamento se verificaría a renglón seguido del nacimiento del póstumo con vida, con tal de que éste no fuese un *mostrum* o un *prodigium*.

Debe subrayarse, además, que también la disciplina de los póstumos permanece sustancialmente

²³ Sobre la referencia a los *veteres* contenida en la constitución v. ahora la exégesis de S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, pp. 80-82.

inalterada en las Instituciones de Justiniano (I. 2, 13, 1), que retoman, sin innovar, Gai. 2, 131²⁴.

Es posible, por tanto, afirmar a modo de conclusión que la orientación del legislador justiniano en materia de condición jurídica del concebido no se separa de los resultados a los que llegó la elaboración jurisprudencial clásica. Una prueba significativa de ello la constituye la inserción en el Digesto de los fragmentos de Papiniano (D. 35, 2, 9, 1 [Papin. 19 *quaest.*]) y de Ulpiano D. 25, 4, 1, 1 (Ulp. 24 *ad ed.*) arriba analizados²⁵. Por lo tanto, no parece que pueda compartirse la hipótesis según la cual los comisarios de Justiniano habrían llevado a cabo intervenciones de interpolación sistemáticas sobre los textos clásicos, tratando así de adecuarlos a los motivos propios del pensamiento cristiano²⁶.

²⁴ Reenviamos sobre este punto a NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 608-609, quien se detiene igualmente en el lugar correspondiente de la Paráfrasis de Teófilo (ed. Ferrini, p. 171). Sobre las reglas que se refieren a la ruptura del testamento como consecuencia de la supervivencia del póstumo cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale*, Milán, 1956, pp. 643-647.

²⁵ V. sobre la cuestión, para algunas observaciones exactas, SANNA, *rec. Terreni, 'Me puero venter erat solarium'*. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 405-408 e p. 415.

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

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.

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.*).