

SUPPOSITIO PARTUS - CRIMEN FALSI

A propósito de un estudio anterior sobre un punto concreto del *crimen falsi*¹, he podido comprobar como partiendo del núcleo originario de la *lex Cornelia testamentaria nummaria* del 81 a. C., se extendió notablemente su contenido (y especialmente la *poena legis Corneliae*) a una serie de supuestos que fueron delineando lo que podemos llamar un muy genérico *crimen falsi*, que tipificaba penalmente cualquier atentado a la *fides veritatis*² en definitiva la fe pública. Los senadoconsultos y la legislación imperial, junto con la labor integradora de la Jurisprudencia, elevaron a delitos públicos, partiendo de la nuclear *lex Cornelia de falsis*, aquellos casos de alteración de la verdad, en los que se veía, como dice Archi³ «in particolare modo leso quel senso di affidamento cosi necessario alla convivenza sociale». En este orden de cosas, la *suppositio partus* fue atraída⁴ bajo el título de la *lex Cornelia (de falsis)* como se comprueba en Macer D. 48,2,11,1: *ream lege Cornelia facere*, y en los textos de D. 48,10 de Modestino y Paulo, como se sabe bajo la rúbrica *de lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano*, y constituciones recogidas en C. 9,22, también bajo la rúbrica *ad legem Corneliam de falsis*. Por supuesto que el *crimen de partu supposito*

1. TORRENT, *El Senadoconsulto Messaliano y el crimen falsi*, en AHDE 50 (1980) 111 ss.

2. Vid. Paul. en *Coll.* 8,6,1: *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*, aunque este texto plantea el problema de una generalización demasiado amplia, y acaso tenga un valor retórico antes que estrictamente técnico.

3. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano*, en "Studi giur. soc. Fac. Giur. Pavia", 26 (1941) 114.

4. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, en "Enciclopedia del dir. penale italiano" dirigida por Pessina (Roma 1902), reed. Roma (1976) 400.

tiene además otras connotaciones aparte de las penales, como las relacionadas con el Edicto Carboniano (D. 37,10,3,6 Ulp. 41 *ad Ed.*) y con la indignidad para suceder (D. 34,9,16 pr. Pap. 8 *resp.*), situadas en la compilación bajo las respectivas rúbricas *de Carboniano edicto*, y de *his quae ut indignis auferuntur*, aparte de textos en otras sedes, que tendremos ocasión de comprobar.

En este momento interesa más ir por la vía penal de la configuración del *crimen falsi*, dentro del que entra —en mi opinión— la *suppositio partus*. En definitiva el hilo conductor del diverso tratamiento del *partus suppositus* está siempre en la falsedad, analizada a veces por los juristas romanos desde el punto de vista de la falsedad de un nacimiento que afectaba a un testamento o *bonorum possessio*, con lo que sustancialmente entramos en un conflicto de intereses entre las partes, derivado de un falso parto. Es cierto que la figura es tratada también a propósito de la *quaestio de statu personarum*, y así es como ha llegado a nuestro actual Código penal (art. 468) que lo configura como un delito contra el estado civil de las personas, pero en Derecho romano el tratamiento preponderante podemos decir que es procesal-penal, y como tal figura delictiva se adecúa dentro del concepto de *falsum*. Esta tesis, que ha sido defendida por Archi y d'Ors, ha sido rectificada desde un prisma procesal por Lauria⁵ que sitúa el *partus suppositus* dentro de los *crimina extraordinaria* creados autónomamente por senadoconsultos y constituciones imperiales, totalmente al margen de las antiguas *quaestiones*, de manera que partiendo de la antítesis *ordo-cognitio extra ordinem*, las nuevas figuras de Derecho penal público reconocidas con posterioridad a las *leges Iuliae iudiciorum publicorum*, no estaban protegidas por medio de *quaestiones*, sino solamente por medio de la *cognitio extra ordinem*⁶, explicación que si tiene el mérito de destacar la antítesis *ordo-extra ordinem*, sin embargo exagera el papel autónomo de las nuevas figuras delictivas y no tiene en cuenta además la posibilidad —real— de que fue la sistemática clásica —legislativa y jurisprudencial— la que consideró estas nuevas figuras como ampliaciones del concepto de *falsum*⁷.

5. LAURIA, *Accusatio-Inquisitio*, en "AAN" 56 (1934) 58 ss.

6. LAURIA, 5.

7. ARCHI, *Problemi*, 19 i. not.

Hay, por tanto, todo un progresivo movimiento, en primer lugar legislativo, pero tampoco podemos olvidar el poderoso esfuerzo jurisprudencial, que va configurando el Derecho penal público, y dando certeza a la materia criminal. Que los *crimina extraordinaria* sustituyeron a los *iudicia publica* aun cuando siguiera aplicándose la *poena legum* lo dice claramente Paulo en D. 48,1,8 y Macer en D. 48,1,1, y en este campo observamos como bajo la apelación genérica a una antigua *lex publica*, como en nuestro caso las apelaciones a la *poena legis Corneliae*, o *lex Cornelia*, o simplemente *poena falsi*, una serie de hechos punibles fueron subsumidos bajo el concepto genérico de *falsum*. Y aunque a primera vista pudiera parecer que el criterio que aglutina los diversos casos de *falsum*, fue el criterio adjetivo de estar todos los casos (aun muy diversos entre sí) sometidos a la *poena legis (Corneliae)* como podemos comprobar en Ulpiano, *Coll.* 8,7,1-2 y Marciano (14 *inst.*) en D. 48, 10,1, creo que hay que ver en estas exposiciones un profundo esfuerzo sistemático de reordenar una serie de casos dispersos bajo el concepto sustancial del *falsum*, y si para otros casos de *falsum* la iniciativa sistemática puede captarse en senadoconsultos y constituciones imperiales⁸, en el hecho criminal de la *suppositio partus* este esfuerzo sistemático de reconducción al *falsum* siguió un camino eminentemente jurisprudencial, asumido legislativamente por primera vez de modo documentado en la época de Septimio Severo.

Incluso hay quien ha pensado como Archi⁹ que el caso del *partus suppositus* significó una de las primeras extensiones de la *lex Cornelia*¹⁰ tesis que jurisprudencialmente considero altamente probable por una serie de razones. En primer lugar, el problema de la *suppositio partus* es bastante antiguo, y a él se refiere (entre otros) la *bonorum possessio ex Carboniano Edicto*. Según Neracio (D. 37,10,9) ya lo conocía Labeón, y probablemente fuera incluso algo anterior, quizá como dice Metro¹¹ de la época de máximo esplendor del *ius honorarium* (siglo II a. C.), fecha en que también

8. TORRENT, 125.

9. ARCHI, *Problemi*, 42.

10. En contra D'ORS, *Contribuciones a la historia del crimen falsi*, en "Studi Volterra", II (Milano 1971) 551 nt. 86, que no lo cree anterior a todo el movimiento de extensión del *falsum* de mediados del siglo III d. C.

11. METRO, *La datazione dell'editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, en "Synteleia Arangio-Ruiz". Napoli (1964) 945.

lo sitúa La Rosa¹². El edicto Carboniano trata fundamentalmente de conceder la *bonorum possessio* al descendiente impúber del *de cuius* cuyo *status* fuera controvertido, reenviando la controversia (D. 37,10,1, pr.) a cuando lograra la pubertad; en realidad, *status quaestio* y sucesión del impúber van estrechamente unidos¹³. Pero tenemos además un enigmático texto de Juliano (24 dig.) en D. 25,4,2 pr.: *Edictum de custodiendo partu derogatarium est eius, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est*, que aunque ha dado lugar a algunas interpretaciones algo aventuradas de Glück¹⁴ que identifica aquel posible segundo edicto con el *de ventre in possessionem mittendo*¹⁵, arroja un dato clarísimo: el edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* (D. 25,4,1,10 Ulp. 24 ad Ed.) fue dictado al objeto de evitar las suposiciones de parto¹⁶. Metro contra Glück y Lanfranchi ha negado toda conexión entre el edicto que *ad exemplum Carboniani* cita Juliano con el edicto *de ventre in possessionem mittendo*¹⁷ rompiendo la relación que Glück y Lanfranchi pretendían entre D. 25,4,2 pr. y D. 43,4,3,3¹⁸.

A su vez, conocemos por Ulpiano, aunque no detalladamente, la existencia de un Senadoconsulto Planciano¹⁹ que contendría dos capítulos: uno sobre el reconocimiento de los hijos, y otro sobre la suposición de parto; pero este capítulo no viene recogido por extenso en la obra ulpiana, salvo la atribución de la competencia

12. LA ROSA, *Appunti sull'editto Carboniano*, en "AUCT" 6-7 (1951)-53) 166, que lo sitúa en torno al 123 a. C.

13. Como muy claramente ha visto STIEGLER, *Statusstreit und Kindeserbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz (1971)

14. GLUCK, *Commentario alle Pandette*, XXV, Milano (1907) 337-338.

15. Le sigue LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I. *L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna (1953) 62 ss.

16. Probablemente en tiempos de Adriano: METRO, 957.

17. METRO, 947.

18. D. 43,4,3,3 (Ulp. 68 ad Ed.): *Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnas vel non ex eo praegnas, vel si de statu mulieris aliquid dicatur: ex epistula divi Hadriani ad exemplum [praesumptionis] Carboniani edicti ventri praetor pollicetur possessionem.*

19. De fecha incierta; vid. lit. en METRO, 946 nt. 17. Según VOLTERRÁ, *Senatusconsulta*, "NNDI" XVI (1969) 85 (sep.), quizá de época de Vespasiano, y en cualquier caso ciertamente anterior a Adriano.

jurisdiccional para estos casos de los consules en Roma, y en provincias al gobernador.

D. 25.3.1. (Ulp. 34 *ad Ed.*): *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt.*

Asombra que Ulpiano no desarrollase la norma senatorial relativa a la suposición de parto²⁰, y es admisible la hipótesis de Metro²¹ de que este capítulo olvidado contuviera disposiciones sobre la *custodia ventris* emanadas con el objetivo de evitar las suposiciones de parto, normas que debían dar lugar a inconvenientes, y que serían sustituidas prontamente por el edicto *de inspiciendo ventre*, materia que viene minuciosamente regulada en el edicto de tiempo adrianeo *de inspiciendo ventre* (D. 25,4,1,10) y en un rescripto *temporibus divorum fratrum* (D. 25,4,1 pr.). Estas noticias son de Ulpiano, y aunque D. 25,4,1 en la compilación figura extraído del libro 24 *ad Ed.*, es más plausible la conjetura de Haloander que proviniera del libro 34. El propio Lenel²² sitúa D. 25,4,1 en el libro 34 del comentario ulpiano al Edicto bajo la rúbrica (E. 118) *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*. Prima todavía en este texto la visión del reconocimiento de los hijos antes que el problema penal de la *suppositio*. Pero también Lenel el libro 24 *ad Ed.* de Ulpiano lo sitúa bajo el título E. XV *de his quae cuiusque in bonis sunt*, y entre otras rúbricas *capta E. 89 si mensor falsum modum dixerit*²³ Ciertamente es que el libro 24 *ad Ed.* es de un enorme contenido, y creo con Haloander y Lenel que D. 25,4,1 procede del libro 34. La referencia en el libro 24 que hace Lenel a E. 89 *si mensor falsum modum dixerit*, aun siendo muy adjetiva y externa, y en cuanto además en el libro 34 no hay ninguna rúbrica relacionada con el *falsum* concretamente, no deja de ser una referencia aunque muy indirecta a admitir en el propio libro 24 una aproximación a problemas de *falsum*, lejana, pero referencia. Es cierto que tanto los libros 24 como especialmente el 34 tratan *de inspiciendo ventre*, en íntima conexión con E. XV *de his quae cuiusque*

20. LANFRANCHI, *Ricerche*, 6.

21. METRO, 953.

22. LENEL, *Pal.* II, 650.

23. LENEL, *Pal.* II, 555.

in bonis sunt, tema que sirvió para que la Jurisprudencia clásica tardía tratara la *suppositio partus* no ya como *status quaestio*, sino dentro del *crimen falsi*, y al igual que otras figuras penales nuevas, subsumido dentro de la *poena legis Corneliae*.

Por tanto, hay toda una línea de pensamiento jurisprudencial que conoce el tema de la *suppositio partus*, muy probablemente documentado desde el siglo II a. C., y que en principio va por dos vías: la primera, en torno al edicto Carboniano dirigido a la sucesión del impúber cuando surgieran controversias sobre su *status*; la segunda, en torno al S. C. Planciano y al edicto *de inspiciendo ventre* en los albores del siglo II d. C., que rectifican normas anteriores sobre la *suppositio partus*, problemas ambos en íntima conexión con la *bonorum possessio* y que podían dar lugar a fraudes notables ante la declaración de existencia de un *partus suppositus*. Es decir, puede defenderse que el tema fue conocido en el Edicto del pretor enfocado desde un punto de vista civil: consecuencias hereditarias de la *suppositio*, y controversias *de statu personarum*, fijándose normas particularmente minuciosas en el edicto *de inspiciendo ventre* (D. 25,4,1,10 Ulp.). Creo que aún en la época de redacción del Edicto perpetuo la visión de la *suppositio* no ha entrado en un enfoque penal público, puesto que fundamentalmente se trata del tema a propósito de la *bonorum possessio ventris nomine*. Los escasos textos que hacen alguna vaga referencia a posibles aspectos penales como los relativos a *calumniae causa* (D. 43,4,3,3 Ulp. 68 Ed.) o *manifesta calumnia* (D. 37,9,1 14 Ulp. 41 Ed.) no permiten sentar una visión penal pública del tema; todo lo más permitirían hipotizar una visión privada del delito, no pública. Esto vendrá después, como muy tarde en la época de Septimio Severo que ya admite una consideración penalística del tema.

Por que se reconoció penalmente como *falsum* la *suppositio partus*, no tiene una solución fácil, pero no creo, como dice d'Ors²⁴ que la suposición de parto se aproxime al *falsum* por implicar normalmente una utilización de certificado falso, con lo que sustancialmente va a parar al problema del falso documental, que en mi opinión no es el tema de la *suppositio partus* dentro del *falsum*, al menos técnicamente. En primer lugar porque como

24. D'ORS, 551.

tal acto documentado, las declaraciones de nacimiento son muy tardías, como muy pronto del siglo II d. C. cuando se estructuran las llamadas *professiones liberorum* o *filiorum*. A Marco Aurelio entre los años 161 al 169 d. C. se atribuye una regla por la que el padre dentro de los treinta días del nacimiento del hijo, debe hacer la *professio*²⁵, es decir, declarar el nacimiento del hijo, en Roma ante el *praefectus aerarii Saturni*, y en provincias ante los *praefecti aerarii*. Es más, de la documentación conocida (dípticos y papiros egipcios de los siglos II y III) se pueden clasificar en *professiones* para los hijos legítimos, y *testationes* para los ilegítimos, pero es discutida su naturaleza jurídica. Es posible que algún sistema de registros de nacimiento se diera en Roma a partir de Augusto (*leges Iulia et Papia*), pero no está probado su carácter obligatorio²⁶, obligatoriedad que ya se predica a partir de Marco Aurelio²⁷. En realidad, la doctrina dominante²⁸ ha entendido que el Derecho romano no conoce actos del estado civil, y las declaraciones de nacimiento presentadas a la autoridad pública de las que tenemos abundantes ejemplos en Egipto, tienen para los provinciales la finalidad de situar para cuando se hubiera cumplido la edad prescrita la sujeción del individuo al impuesto de la *capitatio*, o la pertenencia a grupos exentos de este impuesto, y para los romanos residentes en provincias evitar la asunción indebida de la ciudadanía por parte de los que no tenían derecho a la misma. De la documentación papirológica se deriva que estas declaraciones, entre otros fines, eran utilizadas en las *causae probationes*, es decir, en los juicios en que era contestado el *status civitatis* de una persona³⁰, o como prueba del *status libertatis*. Estamos por tanto siempre en el terreno de las *status quaestiones*, y en toda la documentación examinada por Lanfranchi no hay ningún caso de *suppositio partus*.

25. SHA, *Vita Marci*, 9,7-8; Gord. 4,8. Cfr. D. 22,3,13 (Celso 30 dig.); D. 22,3,29 (Scaev. 9 dig.).

26. LANFRANCHI, *Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in diritto romano*, Modena (1951) 91.

27. Vid. WEISS, *Zur Rechtsstellung der unehelichen Kinder in der Kaiserzeit*, "ZSS" 46 (1929) 267.

28. Vid. por todos ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* 14, rist. Napoli (1978) 267.

30. LANFRANCHI, *Dichiar.* 96.

En principio, por tanto, no parece ser el tema del certificado falso, como piensa d'Ors, el motivo de la inclusión del *partus suppositus* dentro del *falsum*. No es la falsedad del *instrumentum*, porque en este campo poca influencia tiene el *instrumentum*, entre otras cosas porque había libertad de prueba en este campo, como lo demuestra un rescripto de los *divi fratres*:

D. 22,3,29 pr. (Scaev. 9 dig.): *Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio Apollinari rescripserunt in haec verba: "Probationes, quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistulas, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constet, nonnullam vicem instrumentorum optinere decretum est.*

La declaración de nacimiento no constituye una declaración de filiación, porque la legitimidad del *natus* descansa sobre dos elementos: parto de la madre y concepción por obra del marido legítimo³¹, y en todo caso a través del *tollere liberos* el padre puede desconocer la paternidad. Pero es que, además, en caso de *professio* hecha por la madre, e incluso de una *professio* falsa, hecha en un momento de ira, tampoco tiene eficacia este *instrumentum*, como dice el propio Scaevola:

D. 22,2,29,1: *Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professsa est. quaesitum est, an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. respondit veritati locum superfore.*

Scaevola nos lleva de nuevo ante una *status quaestio*. Lenel coloca este texto bajo la rúbrica *de agnoscendis liberis* (E. 117), y está claro que aquella declaración no constituye una relación de filiación, como se desprende también de P. Tebt. II, 285 (A. 239) y C. 4,9,14 (a. 293). El *instrumentum* (*professio*) si no constituye la relación jurídica, en una controversia de *partu supposito* no tiene tampoco valor probatorio, debiéndose seguir aquí las reglas de la presunción de paternidad con toda la carga de problemas que ello implica³² y en la que ahora no podemos entrar.

31. LANFRANCHI, *Dichiar*, 102.

32. Vid. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. II. La così detta presunzione di paternità*, Bologna (1964).

Otra aproximación al tema del *partus suppositus* la encontramos a propósito de la indignidad para suceder, que es otro de los ángulos con que jurisprudencialmente se trata el problema. En este punto se deben a Hermogeniano dos textos importantes dentro de la indignidad, uno que no interesa en estos momentos, D. 34, 9,20 (Hermog. 3 iur. epit.): *Ei, qui mortem uxoris non defendit, ut indigno dos aufertur*, concerniente al deber de *ultio necis*, y por tanto dentro del tratamiento *ad S. C. Silanianum*, capital en la indignidad, y otro, que nos interesa más, D. 49,14,46 pr. (6 iur. epit.) enclavado según Lenel³³ en el tratamiento de *iure fisci*, que también es uno de los filones principales para rastrear la indignidad³⁴. Son residuos escasos, pero muy importantes por lo significativos que son en sí mismos, y por el alto valor, que como dice d'Ors³⁵ tiene Hermogeniano para la comprensión de la primera época postclásica, con la trascendencia que esto tiene para las PS. En definitiva se trata de una época crítica para la transmisión de los textos jurisprudenciales, momento al que corresponde el llamado estrato A de las PS, y que d'Ors siguiendo a Wieacker califica como epiclásico, pero que no cabe duda que también puede calificarse como «clasicista» al igual que Diocleciano.

D. 49,14,46 pr.: *Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.*

Esta indignidad del instituido como hijo que resulta *filius suppositus*, supuesto que es discutido doctrinalmente como de indignidad, al menos clásica, toma la *suppositio* desde el punto de vista del *status personarum*, y no anda descaminada la idea de Betti³⁶ que en vez de *declaratus* entiende *pronuntiatus*, haciendo

33. LENEL, *Pal.* I, c. 276.

34. La suposición de LENEL la recogen LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen (1964) 129, y REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*, en prensa actualmente, editado por la Universidad de Oviedo.

35. D'ORS, *recensión a LIEBS, op. cit.*, en "SDHI" 30 (1964) 422.

36. BETTI, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, "RISG" 56 (1915) 99.

referencia al proceso para acertar la *suppositio*. En este texto vemos emerger el tema que nos preocupa, y siempre a efectos hereditarios. Aquí no se menciona el *crimen de partu supposito*, sino los efectos de la *suppositio* en tema de indignidad, *suppositio* que por alterar la *fides veritatis* priva de la sucesión al indigno fingido ³⁷.

Mayores precisiones ofrece Papiniano (8 *resp.*) en D. 34,9,16 pr. que Lenel sitúa bajo la rúbrica *de legatis* ³⁸, y tiene interés en cuanto con ocasión de esta materia, presenta una cierta agrupación de supuestos, como en el paragr. 1 que trata de la indignidad concierne al estupro, y en el 2, que trata de la indignidad del heredero por revocación material de su institución. Pero nos interesa más el pr. en cuanto nos da la noticia de la indignidad en que respecto de su parte hereditaria incurren los coherederos sustitutos que intentaron inútilmente obtener la herencia legítima acusando de *filius suppositus* al instituido de primer grado (con la consiguiente impugnación del *iudicium defuncti* al respecto).

D. 34,9,16 pr.: *Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios coheredibus datis substituisset ac substituti fratris filii post mortem pueri matrem eius partus subiecti ream postulassent, ut hereditatem patru legitimum optinerent: victis auferendum esse partem hereditatis ex causa substitutionis respondi, [quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent]. (Mommsen).*

La visión del *filius suppositus* que nos da este texto, de gran importancia para la indignidad, nos sitúa en el mismo plano que servirá a los juristas para encuadrar el *crimen de partu supposito* dentro del *falsum*. El problema práctico es siempre el mismo: la institución de un *filius suppositus* que perjudica los derechos de los herederos legítimos, y en este caso, de los sustitutos. Este texto ha tratado de explicarse desde el punto de vista del error ³⁹, entendiéndose que el testador ha incurrido en error instituyendo y sustituyendo como hijo a quien se tacha de *filius suppositus*.

37. STIEGLER, *Statusstreit*, 157 nt. 25.

38. LENEL, *Pal.* II, c. 916.

39. Así SCHULZ, *Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung*, "Gedächtnsschrift Seckel", Berlin (1927) 101, y VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano (1937) 39.

Pero Zilletti⁴⁰ considera que esta intentada caída de la institución por parte de los impugnantes, no se basa en el error, supuesto que de ser así lo hubiera indicado el texto. En realidad parece tratarse de un supuesto de indignidad por impugnación del *iudicium defuncti* (con lo que los impugnadores que pierden la causa no pueden invocar después a su favor el *iudicium* impugnado), y me parece que el recurso al error es insuficiente, siendo más cierto que el *hereditatem legitimam optinerent* para el caso que se declarase *suppositus* al instituido, parecería reforzar decididamente la nulidad de la institución de éste con exclusión de la indignidad (prevista por Hermogeniano). En todo caso, esta indignidad documentada por D. 49,14,46 pr. parece tener claramente en contra D. 37,10,1,11 (Ulp. 41 Ed.) que se inclina por lo *pro non scripto* con la consiguiente nulidad de la institución. Pero no nos interesa ahora tanto la cuestión de la indignidad, que en todo caso parece muy discutible, pues los sustitutos no atacan al *suppositus* como indigno, en cuyo caso ellos no recibirían nada de la herencia, arriesgándose por otro lado a ser ellos mismos declarados indignos de no triunfar su impugnación y tampoco recibirían nada de la herencia, sino que atacan precisamente la *suppositio: matrem eius partus subiecti ream postulassent*, en una acusación penal contra la madre, que no puede ser otra cosa en mi opinión que una *accusatio de falsis* del estilo de las recogidas en D. 48,10, y ésta es una constante en todos los textos donde se trata del *partus suppositus*: la conducta penal reprimida es siempre realizada por la madre. En el texto papiniano no se trata tanto de impugnar el *suppositus* instituido, cuanto la *subiectio partus* realizada por la madre, que perjudica la adquisición de la herencia legítima por los sustitutos. E indudablemente la acusación va por la vía penal: *matrem... ream postulassent*. Y *ream postulare* sólo tiene sentido si lo ponemos en conexión con la *lex Cornelia* o *poena legis (Corneliae)*. No es un falso documental; no se trata de impugnar la *fides* del documento, aunque aún también en este caso habría que ver si pudiera actuarse no sólo *civiliter* sino *criminaliter*, al menos a partir de las constituciones postclásicas; se trata de sancionar a la madre como rea de *crimen falsi*, accu-

40. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano (1961) 152 ss.

satio que se dirige a castigar el *falsum*⁴¹, del que se derivará —una vez probado— la adquisición de la herencia para los sustitutos, inficiando de nulidad la institución del *suppositus* como defiende Reimundo al estudiar D. 34,9,16 pr. Porque éste es el aspecto que interesa ahora del tema: la conexión del *partus suppositus* con el *crimen falsi*, que en mi opinión está suficientemente documentado en las fuentes. Que la *accusatio de partu supposito* fue siempre intentada como acusación penal, se deriva de numerosos textos:

D. 37,10,3,6 (Ulp. 41 Ed.): *Si mater impuberis subiecti partus rea postulata causam optinuerit, poterit adhuc superesse status quaestio, ut puta si dicatur aut non esse ex ipso defuncto conceptus aut ex ipso quidem, sed non ex matrimonio editus.*

El planteamiento del tema por Ulpiano es el mismo que hace en D. 37,10,1,11: *si mater subiecti partus arguatur*. La conducta penal hace referencia siempre a la madre que realiza la *subiectio partus* y siempre hace relación a dos consecuencias: el *status personarum* y los efectos hereditarios. Significativo es también que el libro 41 *ad Edictum* de Ulpiano está bajo la rúbrica *de Carboniano edicto* en la reconstrucción leneliana, inmediatamente después de los textos ulpianos recogidos en D. 37,9 bajo la rúbrica *de ventre in possessionem mittendo*. Y estamos siempre ante acusaciones penales: *rea postulata*. Pero sigue subsistiendo la pregunta que nos hacíamos hace poco: ¿cuándo se subsumió el *partus suppositus* dentro del *falsum*? Desde luego que jurisprudencialmente este paso ya se había dado en la época de Modestino, como nos prueba

D. 48,10,30,1 (Mod. 12 pand.): *De partu supposito soli accusant parentes aut hi, ad quod ea res pertineat: non quilibet ex populo ut publicam accusationem intendat.*

Pero aunque Modestino es uno de los últimos clásicos, su encuadramiento en D. 48,10 es revelador: *de lege Cornelia de falsis et de S. C. Liboniano*. A mi modo de ver esta extensión del *falsum*

41. Vid. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere. In tema di falso documentale*, "Scritti Beat. Ferrini", I, Milano (1947) 17.

a la *suppositio partus* no parece muy antigua⁴², pero tampoco del siglo III d. C. como piensa d'Ors⁴³, siendo más probable que ocurriera legislativamente en la legislación imperial de finales del siglo II, y posteriormente contemplada por la Jurisprudencia severiana como tal extensión a lo largo del siglo III. En este sentido creo encontrar apoyo en un texto de Caracalla:

C. 9,22,1 (*Imp. A. Antoninus A. Severo*): *Si partus subiecti crimen diversae parti obicitis, causa capitalis in tempus pubertatis pueri differri non debuit, sicut iam pridem mihi et divo Severo patri meo placuit. neque enim verisimile est eam quae arguitur non ex fide causam suam defensuram, cum periculum capitis subeat (a. 212).*

Este texto demuestra que desde Septimio Severo como muy tarde, era conocido el *crimen de partu supposito*. Es probable que fuera en principio un tipo criminal autónomo, aunque del texto no puede derivarse con seguridad esta afirmación, pues sólo trata de las consecuencias penales de la *accusatio*, no realizable *pubertatis tempore*. La pena capital prevista para la parte contra la que se prueba la *suppositio* (la madre), muestra la extrema gravedad del delito, y su fuerte represión en la actividad legislativa imperial, pero ésta es también la pena prevista en las hipótesis más graves de la *lex Cornelia de falsis*. También es significativo que el texto está bajo la rúbrica *ad legem Corneliam de falsis* en el propio Código justiniano. Aún acaso en la época de los primeros Severos no se había visto la unidad sustancial del tipo genérico *falsum* que abraza la *suppositio partus*, que ya se verá con más claridad en los juristas severianos; pero desde el punto de vista de la colocación sistemática de los textos, esta ampliación es ya evidente.

El propio Modestino coloca su mención de esta acusación penal de *suppositio* restringida a los padres, y a los que con terminología moderna llamaríamos con interés directo en el pleito, en D. 48,10, 30,1 inmediatamente después de la falsificación de un *signum*, caso primerísimo a partir de la *lex Cornelia testamentaria nummaria*,

42. En contra ARCHI, *Problemi*, 42. que cree fue una de sus primeras extensiones.

43. D'ORS, *Contr.* 551 nt. 86, que la cree de mediados del siglo III.

como lo demuestran PS 5,25,1 (*signum adulterinum*) e IJ 4,18,7. También Paulo (D. 48,10,19,1, 5 *sent.* = PS 5,25,1b) trata de la *accusatio suppositi partus* a continuación del *signum adulterinum*, sistemáticamente detrás de la exposición de las conductas delictivas englobadas bajo el *crimen falsi*, penadas por la *lex Cornelia de falsis* o *poena legis Corneliae*, como se comprueba en diversos textos⁴⁴. Hubo por tanto toda una labor de extensión del *crimen falsi* ampliado a supuestos no originariamente previstos en la *lex Cornelia* a través de senadoconsultos y la legislación imperial, y considerados por la Jurisprudencia, donde una gran diversidad de conductas penales atentatorias contra la *fides veritatis*, fueron reagrupadas bajo el epígrafe genérico de *falsum*, y sancionadas con la *poena legis*. Este proceso de extensión se advierte claramente en el texto de Modestino que acabamos de ver donde pone de relieve una serie de puntos concretos propios del *crimen de partu supposito*, y que demuestran que esta figura penal no formaba parte de la *lex* constitutiva de un *iudicium publicum*. Partiendo de esta constatación, Archi⁴⁵ sostiene que los clásicos en sus exposiciones evidenciaron el dualismo entre los *iudicia publica* y la *cognitio extra ordinem*, pero que esto no les impidió operar acercamientos y elaboraciones de carácter sustancial, concluyendo que el *partus suppositus* fue sancionado con la *poena legis Corneliae*, y que fue una de sus primeras extensiones. A mí no me parece que esta extensión fuera tan rápidamente realizada como lo piensa Archi; al menos los textos no parecen ofrecer datos muy concluyentes para sostener aquella afirmación. Más bien parecen ir antes por todas las posibilidades de falso documental que arrancan del falso testamentario, para ir recogiendo paulatinamente otras especies de falsedad⁴⁶. De C. 9,22,1 se puede deducir que de todos modos esta ampliación ya se habría producido a finales del siglo II d. C., e incluso podríamos aventurar desde mediados de siglo II d. C.

El texto más claro, donde se ha perfilado totalmente la aproximación del *partus suppositus* a la *lex Cornelia*, es un texto de Macer, especialmente relevante en cuanto permite acusar penalmente a la madre que ha fingido un parto aunque excluye de la

44. Vid. TORRENT, 116.

45. ARCHI, *Problemi*, 42.

46. Vid. D'ORS, *Contr.* 543 ss.

lex Cornelia al hijo cuando es éste quien ataca *de partu supposito* a la madre, lo que permite suponer que esta *poena (legis Corneliae)* sería posible en otros casos en que no lo impidiera la piedad filial.

D. 48,2,11,1 (Macer 2 *de publ. iudiciis*): *Liberi libertique non sunt prohibendi suarum rerum defendendarum gratia de facto parentium patronorumve queri, veluti si dicant vi se a possessione ab his expulsos, scilicet non ut crimen vis eis intendant, sed ut possessionem recipiant. nam et filius non quidem prohibitus est de facto matris queri, si dicat suppositum ab ea partum, quo magis coheredem haberet, sed ream eam lege Cornelia facere permissum ei non est.*

Por supuesto que la referencia a la *lex Cornelia* no puede ser otra que a la *lex Cornelia de falsis*. En este texto, aunque hay una visión jurisprudencialmente procesal como se comprueba en el título D. 48,2: *de accusationibus et praesumptionibus*, y en la reconstrucción de Lenel: *qui accusare possint*, es significativa su pertenencia a Macer que se ocupó muy diligentemente de la materia penal, y en especial del *falsum* (D. 47,13,2) y conocía perfectamente la intervención senatorial e imperial en la fijación de los nuevos *crimina* a partir de las *leges publicae* republicanas (D. 48, 1,1). La acusación penal (de *falsum*) era ya perfectamente conocida en la época de Macer, y muy en relación con su visión procesal, conocemos un rescripto de Alejandro Severo del año 230 donde se hacen verdaderos equilibrios al objeto de establecer cuando era posible la acusación penal del hijo contra la madre.

C. 9,22,5: *Falsi quidem crimen vel aliud capitale movere vos matri vestrae secta mea non patitur. sed ea res pecuniarium compendium non aufert. si enim de fide scripturae, unde eadem mater vestra fideicommissum sibi vindicat, dubitatio est, inquiri fides veritatis etiam sine metu criminis potest.*

Ambos textos parecen conducir a la misma conclusión: el hijo no puede acusar penalmente de *falsum* (figura genérica) y más específicamente *de partu supposito* a la madre; esto sería contrario a las *pietas*, pero en el rescripto de Alejandro Severo sí se les permite actuar *civiliter (de fide scripturae)* tratando de averiguar la *fides veritatis*. La explicación causal: *pecuniarium compendium*, no deja de ser un subterfugio para no legalizar la acusación penal. Es más

claro el rescripto que Macer, aunque éste enmascara la verdadera situación: para los hijos y libertos que investigan los hechos de padres y patronos es un subterfugio la explicación *non ut crimen vis eis intendat sed ut possessionem recipiant*. Para el *filius* que acusa de *falsum* a la madre aún queda mucho más enigmático la posible explicación de Macer, porque el causal *quod magis coheredem haberet*, no tiene relación con *reum lege Cornelia permissum non est*. No tiene relación penal, pero sí civil, según lo dispuesto por Alejandro Severo. Y no tiene relación penal exclusivamente cuando es un hijo quien acusa a la madre, pero no en el caso de otras personas como los sobrinos (D. 34,9,16 pr. Pap.). En ambos textos, y sobre todo en el rescripto imperial, no acaba de verse claro una posible doble función civil y penal de la *accusatio falsi*. Se prohíbe al hijo la investigación penal del *falsum* de la madre, pero se permite la investigación de la *fides scripturae* o *fides veritatis* que no son otra cosa que el contenido de la falsedad. En C. 9,22,5 se prima el *pecuniarium compendium*; sólo desde este prisma se permite la *inquisitio* sobre la *fides veritatis*, pero esta *inquisitio* en el caso de acusación de hijos contra la madre se la priva de toda función penal en obsequio a la *pietas*, en cuanto del *falsum* penal se deriva la pena capital (tradicción que llegó al Derecho histórico español donde se prohibía a los hijos acusar a los padres de delitos que llevaran aparejados pena capital, o meramente de penas aflictivas). Por ello⁴⁷ se trata de una finalidad que incide en vía directa solamente en el ámbito patrimonial de las relaciones, y que pone ambas posibilidades de ataque sobre dos planos jurídicamente diversos. Por lo que a nosotros interesa, es evidente la inclusión del *partus suppositus* dentro del *falsum* con su aneja *poena legis (Corneliae)*, aunque sólo sea intentable por los que no sean hijos contra la madre, al menos en la vía penal, pues la vía civil en cuanto mira la esfera patrimonial, si les está permitida, y aun cuando paradójicamente la vía civil tenga que realizar una *inquisitio* que necesariamente versará sobre un *falsum*, como claramente pone de relieve Alejandro Severo, que en obsequio a la *pietas* filial se ve obligado a forzar la argumentación sobre la esfera patrimonial enmascarando civilmente lo que es una *accusatio* (penal) *falsi* excluyéndose esta vía penal a los hijos,

47. ARCHI, *Scritti Beat. Ferrini*, I, 8.

no a otros familiares como ya señaló Papiniano, y puede verse en otro rescripto diocleciano.

C. 9,22,10 (*Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. Legitimo*): *Cum suppositi partus crimen patrum tui uxori moveas, apud rectorem provinciae instituta accusatione id proba* (a. 285).

La *cognitio del crimen*, plenamente admitida para los sobrinos, en provincias la conoce el gobernador, y en Roma el *praefectus urbi*, como informa Ulpiano citando una epistula de Alejandro Severo en D. 1,21,1 pr., y ya estamos clarísimamente ante casos de *cognitio extra ordinem* que fue atrayendo a los delitos que primeramente habían sido reprimidos a través de las *leges publicae*, y que en la época imperial senadoconsultos y decisiones imperiales iban extendiendo a nuevas figuras criminosas alargando el campo de los tipos penales republicanos como fue el caso del *falsum*. La extensión del *falsum* al *crimen de partu supposito* tiene notables paralelos con otras extensiones del *falsum* a nuevas figuras que tienen como denominador común todo atentado contra la *fides veritatis*; en el caso del *partus suppositus* el tipo penal se deriva de la conducta delictiva de la madre, siempre de la madre, falsificando la pertenencia del hijo a la familia, y más específicamente de la falsificación de la relación de procreación, con la consiguiente alteración de los signos de identidad del *filius* (*nomen* y patronímico del padre), lo que en los códigos penales modernos ha ido a encuadrarse dentro de los delitos contra el estado civil de las personas, asumiendo unas características penales autónomas, que no se dieron en Roma, donde este delito fue sancionado dentro de las falsedades. Con mentalidad penalística moderna, podemos decir que la eficacia de la falsificación exige la usurpación de estado⁴⁸, conducta que en nuestro caso siempre realiza la madre, que en Roma es siempre el sujeto pasivo del delito, en cuanto es sancionada muy severamente, y también es el principal sujeto activo de la conducta criminal, aunque pueden coadyuvar comadronas, también sancionadas cuando se cometen estas conductas delictivas con gran severidad. Esta conexión fue vista por los juristas romanos, de manera que la conexión entre el *falsum* y el *partus suppositus* fue evidente a sus

48. Vid. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, Padova (1935) 184.

ojos, planteando gravísimos problemas; de un lado penales; de otro, respecto a las consecuencias civiles cuando el pretor introdujo la *bonorum possessio* tanto *secundum tabulas* como *contra tabulas*. Especialmente la *bonorum possessio secundum tabulas*, que atribuía al testamento un valor probatorio esencial, incidía para los impugnantes de un *partus suppositus* de un modo fundamental. No era fácil el intento de la *accusatio*; corrían el riesgo los impugnantes de ser declarados indignos al no triunfar; no podían los propios hijos acusar a la madre por llevar la acusación implícita una pena capital; pero el tema existía. La conducta penal falsaria fue recogida por la conciencia jurídica de la época, que no tutela simplemente un interés de naturaleza privada como en principio puede estimarse la veracidad de la mera prueba documental (C. 9,22,5), sino que se trata de tutelar un interés público: la *fides veritatis*. El *summum supplicium* impuesto a la comadrona que interviene en el fraude, como informa PS 2,24,9: *obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit*; la pena capital prevista para los falsarios; la minuciosa regulación del edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* dirigido a evitar la suposición de parto, muestran la gravedad de esta conducta penal, cuya represión se configuró dentro de las sanciones de la *lex Cornelia de falsis*. Es evidente la configuración del *partus suppositus* como un *crimen* dentro de aquella corriente de ampliaciones de la *lex Cornelia* en que se elevaron a delitos públicos, *crimina*, aquellos casos de alteración de la verdad en que se veía especialmente lesionada la credibilidad en actos que deben presumirse ciertos, credibilidad necesaria para la conciencia social⁴⁹, en definitiva, lo que hoy llamamos fe pública, totalmente atacada en el caso de la suposición de parto, por lo que supone de delito contra el estado civil de las personas, falseando la identidad del hijo, y por las consecuencias perjudiciales de esta conducta penal para los herederos legítimos y sustitutos. Las vías de ataque contra las consecuencias económicas de la suposición de parto son varias: unas vías penales, y otras vías civiles impugnando la *fides scripturae*, en definitiva el *iudicium defuncti* manifestado en la creencia de la certeza del hijo; incluso en algún texto se toma la institución de heredero del *suppositus* como *pro non scripto*

49. ARCHI, *Problemi*, 114.

(D. 37,10,1,11 Ulp.). Todo esto demuestra el enorme laboreo legislativo y jurisprudencial para ir encuadrando dentro de cauces jurídicos correctos el *partus suppositus*. Su estructuración definitiva sin embargo, a mi modo de ver sólo pudo venir dado por la vía penal, que no pudo ser otra que su comprensión dentro del *crimen falsi*, elevando a delito público una conducta penal reprobada por la comunidad, y en la que podemos ver una directriz de carácter dogmático en la evolución que ha llevado del campo restringido de la *lex Cornelia testamentaria nummaria* a la amplitud de épocas sucesivas⁵⁰. En realidad, pocos crímenes fueron tan estudiados por la Jurisprudencia como el *falsum* y para la construcción de este crimen fueron decisivos los senadoconsultos y decisiones imperiales. No pudiendo acudirse a la tarea innovadora pretoria en cuanto su *iurisdictio* no podía traspasar la barrera legal de la materia penal, se acudió en primer lugar al Senado que a través de nuevos senadoconsultos aplicaban las penas previstas para un determinado delito a otros tipos penales distintos de los originarios⁵¹; también las constituciones imperiales innovaron esta materia, que por esta vía, a la que hay que unir la tarea interpretativa de los juristas, iban dando certeza al Derecho penal romano. Pero ya no eran los delitos exactos previstos en las *leges publicae*, sino que se iba profundizando y ensanchando la materia penal. Todavía podemos ver huellas de la antigua dicotomía republicana en la contraposición clásica entre *iudicia publica* y los procesos privados del *ius civile*, del que hemos tenido ocasión de mostrar su validez en el rescripto de Alejandro Severo del 230, donde una misma especie penal: *crimen falsi*, es contemplado en sus vertientes penal y civil, aunque también es cierto que esta distinción viene explicada en base al *obsequium* a la *pietas* filial, porque fuera de estos casos, la acusación *de partu supposito* sería siempre un proceso penal, aún con las particularidades procesales que vimos en D. 48,10,30,1 en el sentido de que la acción penal no es pública, sino que sólo pueden ejercitarla los padres o los que tengan un interés directo en el pleito, salvo los hijos, y los términos de prescripción de la acusación en D. 48,10,19,1 (= PS 5,25,1b). Por otra

50. TORRENT, 114.

51. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, II, Oviedo (1980) 276.

parte, creo que estas nuevas figuras de Derecho penal público⁵² introducidas después de las *leges Iuliae*, encontraron su asentamiento procesal en la *cognitio extra ordinem*, fundamentalmente a través de la actividad imperial que tiende a reprimir nuevas hipótesis penales, reconduciéndolas dentro de las *leges publicae* republicanas, o incluso creando nuevos *crimina extraordinaria*⁵³, lo que explica la *cognitio* del *praefectus urbi* en Roma, y del *praesides* en provincias. A su vez, esta sustitución de los antiguos *iudicia publica* por la *cognitio extra ordinem*, testimoniada por Paulo (D. 48,1,8) aporta una serie de novedades procesales, sobre todo en materia de acusación y de la eficacia de la prueba.

Todas estas líneas podemos verlas en el seguimiento que hemos intentado en las fuentes del *crimen de partu supposito*, cuyo reconocimiento como tal podemos fijarlo con toda seguridad a partir del 193 d. C., lo que no excluye que pudiera haber sido reconocido como figura de *falsum* desde una época algo anterior a lo largo del siglo II d. C. La colocación sistemática de los textos relativos al tema en D. 48,10 y en C. 9,22 (*ad legem Corneliam de falsis*) no es un dato que meramente pueda atribuirse a los comisarios justinianos, sino que debe remontarse a sus fuentes originales⁵⁴, que situando la *suppositio partus* dentro del *falsum*, y por la vía de la *cognitio extra ordinem*, iban dando tecnicismo y autonomía a la materia penal, y sustancialmente afirmando el principio de legalidad del Derecho penal romano.

ARMANDO TORRENT

Departamento de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

52. También LAURIA, *Acc. Inq.* 5.

53. BRASIELLO, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Roma (1972) 207-208.

54. ARCHI, *Problemi*, 21 i. nt.