

EVA MARÍA POLO ARÉVALO
Profesora de Derecho Romano
Universidad Miguel Hernández

D. 25, 4, 1.- EL JURAMENTO DE LA MUJER ENCINTA

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL JURAMENTO DE LA MUJER DIVORCIADA. 1. Supuesto de hecho. 2. Fundamento jurídico y objeto. 3. Requisitos procesales: legitimación, tiempo y lugar. 4. Efectos. III.- EL JURAMENTO DE LA VIUDA ENCINTA. 1. Supuesto de hecho. 2. Fundamento jurídico. 3. Valor jurídico. IV.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia que alcanzó el juramento en Roma hizo que tuviera un extenso ámbito de aplicación¹: en Derecho público, los magistrados, al inicio de su cargo, debían jurar el fiel desempeño de sus funciones y el sometimiento a las leyes; en Derecho internacional, la firma de tratados de alianza entre pueblos era solemnizado con un juramento prestado con pos-

¹ BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1.886; DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse*, Lipsia, 1.887; DE LAPRADELLE, *L'évolution historique du serment decisoire*, París, 1.894; SOLAZZI, "Del "iusiurandum in litem", en *Arch. Giur.*, 1.900, LXV; DEBRAY, "Contribution à l'étude du serment nécessaire", en *Nouv. Rev. Hist.*, 1.908; BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civil romano*, Palermo, 1.913; MAGDELAINE, *Essai sur les origines de la sponsio*, París, 1.943; ANDRÉEV, "Le serment nécessaire dans le droit romain classique", en *An. Univ. Sofia*, 1.945; PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino, 1.950; PROVERA, *Contributo allo studio del "iusiurandum in litem"*, Torino, 1.953; AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della "litis contestatio" nelle "legis actiones" e nelle "formulae"*, Nápoles, 1.954; CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milán, 1.958.

terioridad la lectura de las cláusulas del tratado²; finalmente, en Derecho privado, por medio del *iusiurandum liberti*, el esclavo que era manumitido por su patrono se obligaba a prestar a éste diversos servicios (*operae*)³ una vez que le concedía la libertad⁴.

En el proceso privado el juramento alcanzó una mayor relevancia: en la fase inicial del arcaico procedimiento de las *legis actiones*, se acompañaba un juramento al *vadimonium* del demandado (*vadimonium iureiurando*), para asegurar su comparecencia ante del magistrado tras el acto de *in ius vocatio*. Por otro lado, la doctrina es unánime⁵ en otorgar el carácter de juramento al *sacramentum* de la más antigua acción declarativa que existió en el derecho procesal romano.

Probablemente, ya en la época de las *legis actiones*, el pretor dictó un edicto sobre el juramento, que se conserva en D. 12, 2, 3, pr. y D. 12, 2, 76:

² Cicerón (Cic., *de off.*, 3, 31, 111): “Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacra, indicant foedera quibus etiam cum hoste devincitur fides, iudicant notationes, anumadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de re iureiurando iudicabant”.

³ BIONDI, “*Iudicium operarum*”, en *Annali Perugia*, 29, 1.914, pp. 55 y ss.; MITTEIS, “*Operae officiales un operae fabriles*”, en *ZSS.*, 23, 1.920, pp. 143 y ss.; LAMBERT, *Les “operae liberti”*, Paris, 1.934; PESCANI, *Les “operae libertorum”*. *Saggio storico romanistico*, Trieste, 1.965.

⁴ Gayo Epitome 2, 9, 4: “*Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit*”. Véase también D. 38, 1, 7, pr.: “*Ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret, et libertatis causa iurare*”.

⁵ PFLÜGER, *Die legis actio sacramento*, Leipzig, 1.898; VON MAYER, “*Das sacramentum der legis actio*”, en *Mélanges Girard*, II, pp. 171 y ss.; LEVY-BRUHL, “*Le simulacre du combat dans le sacramentum in rem*”, en *Studi Bonfante*, III, 1.930, pp. 85 y ss.; NOAILLES, “*Vindicta*”, en *RHD.*, 18, 1.940-1, pp. 21 y ss.; FUENTESECA, “*¿Existió la denominada “legis actio sacramentum in personam”?*”, en *AHDE*, 25, 1.955 (= *Investigaciones de Derecho Procesal Romano*, 21-24); LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1.960; LUZZATTO, “*La storia delle legis actiones*”, en *Labeo*, 7, 1.961, pp. 75 y ss.; FUENTESECA, “*Las legis actiones como etapas del proceso romano*”, en *AHDE*, 34, 1.964, pp. 209 y ss. (= *Investigaciones de Derecho Procesal Romano*, 45-65).

⁶ Se conserva otro texto que contiene disposiciones pretorias sobre el juramento en D. 12, 2, 34, 6, alterado casi con toda seguridad: “*Ait Praetor: eum, a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iurare cogam; alterum itaque eligat reus, aut solvat, aut iuret; si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore*”.

D. 12, 2, 3, pr.- (ULPIANUS, libro XXII, ad Edictum).- Ait Praetor: “Si is, cum quo agetur, condicione delata iuraverit; eum, cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum. Nec frustra adiicitur: “condicione delata”, nam si reus iuravit nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur, sibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente irusiurandum, oneribus actionum se liberabit.

D. 12, 2, 7.- (ULPIANUS, libro XXII ad Edictum).- Ait Praetor: Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo; eius rei sic erit accipendum, sive de tota re, sive de parte sit iuratum; nam de eo, quod iuratum est, pollicetur, se actionem non daturum neque in eum, qui iuravit, neque in eos, qui in locum eius, cui iusiurandum delatum est, succedunt,

En el procedimiento formulario, previamente al inicio de la contienda, las partes podían deferir el *iusiurandum calumniae*⁷, jurando que interponían la acción o se oponían a ella de buena fé, es decir, con la convicción de que sus pretensiones estaban fundadas en derecho. Este juramento tenía como única finalidad que actor y demandado meditaran acerca de la continuación del proceso, ya que el perdedor del litigio vería incrementada su condena con una sanción consistente en el pago de una suma de dinero, por haber litigado temerariamente, esto es, con ánimo vejatorio para la parte contraria o causando dilaciones indebidas durante la tramitación del pleito.

El *iusiurandum necessarium*, *in iure* o decisorio⁸ podía solicitarse por el

⁷ Gayo IV, 172: “Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALUMNIAE CAUSA INFITIAS IRE. Unde quamvis heredes uel qui heredum loco habentur ... obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare”.

⁸ Fue la reconstrucción del Edicto por LENEL lo que permitió a DEMELIUS (*Schiedseid und Bweiseid im römischen Civil-prozesse*, Lipsia, 1.887) ofrecer una nueva orientación respecto a la distinción existente hasta ese momento entre el juramento necesario y el juramento voluntario, revolucionando con su trabajo la doctrina acerca del juramento decisorio en el proceso civil clásico. Según DEMELIUS, el *iusiurandum necessarium* únicamente se defería en determinadas acciones, concretamente, en la *actio certae pecuniae* y muy probablemente también en la *certa rei* (negada por BIONDI, *Il giuramento decisorio...*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.). Aparte de estas dos acciones, y sobre la base de la analogía, su aplicación se extendió a otros casos en los que, al parecer, también se utilizaba este tipo de juramento, pero no con el valor decisorio que tenía en las acciones citadas anteriormente, sino más

actor al demandado, en determinadas acciones, una vez comenzado el procedimiento y antes de la *litis contestatio*⁹. La característica principal de este juramento era que impedía la prosecución de la litis: la sentencia se veía sustituida por el resultado del juramento, que tenía el mismo valor decisorio que el fallo judicial. El demandado tenía varias opciones: si juraba que la deuda exigida por el actor no era cierta, el pleito terminaba con su absolución¹⁰; en otro caso, es decir, si se negaba a jurar o admitía la certeza del débito, el pleito concluía con su condena¹¹, situándose en una posición parecida a la del *iudicatus*. La última posibilidad que le quedaba al demandado era devolver el juramento al actor (*iusiurandum deferre*) para que fuera éste quien jurara la verdad de su pretensión¹². En este caso, la

bien con un efecto probatorio. Entre ellas, encontramos la *actio rerum amotarum* (D. 25, 2, 11), donde la mujer podía ser absuelta jurando que no había sustraído ningún bien del patrimonio del marido y la *actio iniuriarum* (D. 47, 10, 5, 8), en la que el juramento del acusado asegurando la falta del *animus iniurandi* en sus palabras o sus acciones daba lugar a la conclusión del litigio.

⁹ El juramento prestado en la etapa *apud iudicem –iusiurandum in iudicio*—se defería por las partes como si se tratara de un medio de prueba complementario del resto que se practicaban ante del *iudex*; su resultado podía ser apreciado por éste de conformidad con el principio de la libre valoración de la prueba imperante en este procedimiento.

¹⁰ Sin embargo, en opinión de MURGA (*Derecho romano clásico, II, El proceso*, Zaragoza, 1.980, pp. 278), “...esta posibilidad de terminar el proceso con tan curioso y extraño final del juramento *latum vel relatum* nunca puede ser exactamente igual que la terminación normal que supone la condena o la absolución producida por sentencia judicial. Si tenemos en cuenta que el trámite del juramento había impedido al litigio alcanzar su plenitud en la normal *litis contestatio* y que por tanto la acción no se había extinguido todavía, el demandado, liberado gracias al juramento, podría verse molestado de nuevo con un segundo planteamiento procesal de la *condictio* por parte del actor. Para esto el edicto preveía la utilización de la *exceptio iurisiurandi*, con la cual el reo podría paralizar la acción que se esgrimía nuevamente contra él (Ulpiano 22 ad. ed. D. 12, 2, 9, pr., habla de la *exceptio iurisiurandi*, como medio de defensa del reo. Pero a la vez, también Ulpiano, en eod., 3, pr., parece indicarnos la posibilidad de una *denegatio* para estos casos *neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo*”.

¹¹ BIONDI, *Il giuramento decisorio...*, op. cit., pp. 25 y ss., se opone a esta tesis sosteniendo que en el caso de negativa a jurar el pleito continuaba su tramitación.

¹² D. 12, 2, 34, 7: “*Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat iusiurandum; et si is, qui petet, conditione iurisiurandi non utetur, iudicium ei Praetor non dabit; aequissime enim hoc facit, quum non deberet displicere conditio iurisiurandi ei, qui detulit...*”.

litis también concluía a resultas del juramento, no concediendo la acción el pretor si el demandante se negaba a emitir el juramento deferido.

Frente al *iusiurandum necessarium* se sitúa, también en la fase *in iure*, el *iusiurandum voluntarium*; este se podía deferir en cualquier tipo de acción por pacto o convenio entre las partes y la negativa a jurar no tenía consecuencias adversas, ya que carecía del carácter decisorio del juramento necesario.

En el periodo postclásico, el juramento experimentó una profunda transformación, debido fundamentalmente a los cambios que se ocasionaron por la generalización de la *cognitio extra ordinem*¹³: Desaparece la distinción entre juramento necesario y voluntario: la facultad concedida al magistrado-juez para imponer coactivamente a cualquiera de las partes el juramento, hace que todos los que se emitan en su presencia adquieran el carácter de necesarios en todo caso¹⁴. Por lo tanto, más que la división clásica entre juramento necesario y voluntario, debemos distinguir entre juramento judicial y extrajudicial, siendo los primeros necesarios y los segundos voluntarios.

Por último, desaparecen las limitaciones que existían en el procedimiento formulario, pudiendo el juez ordenar el juramento en cualquier tipo de acciones. Además, el nuevo juramento pierde el carácter decisorio, pasando a ser un medio de prueba preparatorio de la sentencia¹⁵ y en ningún caso sustitutivo de ésta.

Por lo que se refiere al objeto, el juramento debía versar sobre un hecho específico, relevante para la solución del litigio y estar relacionado con la persona que juraba: no existía, pues, obligación de jurar acerca de un hecho ajeno del que simplemente se tenía una noticia¹⁶. De otro lado, si en

¹³ HARTMAANN y UBBELOHDE, *Der Ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria der Römer*, 1.889; ROCCOBONO, "Cognitio extraordinem. Nozione e caratteri del *ius novum*", en *RIDA*, 3, 1.949 (= *Mèlanges de Visscher*, II, pp. 277 y ss.); ZILETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milán, 1.965; KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1.966, pp. 354 y ss.; SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, Munich, 1.969.

¹⁴ Los textos que afirman que el juramento voluntario es siempre extrajudicial (D. 12, 2, 17, pr y D. 12, 2, 28, 10) están interpolados. A este respecto vid. C. 4, 1, 12, donde se contiene la regulación justiniana del juramento.

¹⁵ El magistrado-juez podría valorar el resultado del juramento de acuerdo con el principio de valoración de la prueba, imperante en esta etapa (MURGA, *Derecho romano clásico...*, op. cit., p. 319).

¹⁶ No obstante, si a pesar de ello se juraba, el juramento se consideraba válido y podía tenerse en cuenta por el juzgador a la hora de dictar sentencia. Únicamente

un mismo procedimiento se discutían varias cuestiones, el juramento podía tener por objeto únicamente la resolución de una sola de éstas¹⁷, dejando el resto sin solventar. También se permitía que se jurara sobre hechos delictivos en determinadas acciones civiles nacidas de delitos —como injuria, hurto, etc.—. Por último, las relaciones jurídicas podían ser objeto de juramento, puesto que tal posibilidad se encuentra reflejada en las fórmulas procedimentales: *rem sua esse, vedidisse me ei certum; sociatam fuisse*, etc...¹⁸.

Respecto a la cuestión acerca de si era posible exigir juramento sobre el estado de las personas, la respuesta debe ser, sin duda, afirmativa: D. 12, 2, 3, 2 admite tal posibilidad¹⁹:

D. 12, 2, 3, 2.- (*ULPIANUS libro XXII ad Edictum*).- *Sed et si de conditione personae fuerit iuratum, Praetor iusiurandum tuebitur; utputa detuli iusiurandum, et iurasti, in potestate mea te non esse, tuendum erit iusiurandum.*

Este texto constituye el fundamento para que se considere lícito deferir juramento decisorio sobre el embarazo de una mujer:

D. 12, 2, 3, 3.- (*ULPIANUS libro XXII ad Edictum*).- *Unde Marcellus scribit, etiam de eo iurari posse, an praegnans sit mulier, vel non sit, et iuriurando standum.*

En el supuesto de que se planteara alguna duda acerca de si una mujer estaba o no encinta, el Pretor estaba facultado para exigirle que prestara juramento sobre su estado, probablemente ante la imposibilidad de comprobar el embarazo por otros medios que no violentaran su intimidad. A este respecto, D. 25, 4, 1 contiene dos casos de esta modalidad de juramento: el que presta la mujer divorciada y el de la viuda²⁰.

existía obligación de prestar juramento sobre un hecho ajeno cuando la persona a quién se le defería fundaba su pretensión u oposición a la acción en el mismo.

¹⁷ D. 12, 2, 7: “...sive de tota rei, sive de parte sit iuratum...” y D. 25, 2, 14: “...de quibusdam rebus iusiurandum deferre, de quibusdam probare”.

¹⁸ BERTOLINI, *Il giuramento...*, op. cit., p. 27, pp. 109-110.

¹⁹ C. 4, 1, 6 alude a un caso de juramento deferido sobre el estado de libertad o parentesco de una persona. (BERTOLINI, *Il giuramento...*, op. cit., p. 27, p. 104).

²⁰ BELLELLI, “Sull’origine dell’arrogazione attiva delle donne”, en *SDHI.*, 3, 1.937, pp. 140 y ss.; REINACH, “Puberté feminine et mariage romain”, en *RHD.*, 34, 1.956, pp. 268 y ss.; GARCIA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano*, Madrid, 1.958; GARCIA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil, I. La tradición romanística*, Barcelona, 1.982; GAGE, “*Matronalia*. Essai sur les dévotions et les organisations

II. EL JURAMENTO DE LA MUJER DIVORCIADA

1. Supuesto de hecho

Sobre la base de una pregunta formulada por el Pretor urbano Valerio Prisciano acerca de un caso de divorcio²¹, la solución viene dada mediante rescripto recogido en D. 25, 4, 1, pr.:

D. 25, 4, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- *Temporibus Divorum Fratrum quum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnantem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano Praetori Urbano rescripserunt in haec verba: "Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat, et se non esse praegnantem profiteatur, custodem apponat; ete ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus"*.

Este asunto suponía una novedad, ya que, en el caso de que la mujer divorciada *dissimularet se praegnantem vel etiam negaret*, en las confrontaciones con el marido, *senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse*²².

cultuelles des femmes dans l'ancienne Rome", en *Coll. Latomus*, 9, Bruselas-Berchem, 1.963; CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1.972; GRIMAL, "La mujer en Roma y en la civilización romana", en *Historia Mundial de la Mujer*, I, Barcelona-México, 1.973; DEL CASTILLO, *Emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.*, Granada, 1.976; Idem., "Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma Imperial", en *Coll. Latomus*, 33, 1.979; GRIFO, "La donna e la tutela", en *Labeo*, 28, 1.982, pp. 1 y ss.; CREMADES y PARICIO, *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona, 1.983.

²¹ VOLTERRA, "Sul divorzio della liberta", en *Studi in onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1.936, pp. 201 y ss.; SOLAZZI, "La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile", en *BIDR.*, 51-52, 1.948, pp. 327 y ss. (= *Scritti di Diritto romano*, V, Nápoles, 1.972, pp. 85 y ss.); SOLAZZI, "Studi sul divorzio. III. Il divorzio senza forme", en *Scritti di diritto romano*, III, Nápoles, 1.960, pp. 33 y ss.; VISKY, "Le divorce dans la legislation de Justinien", en *RIDA.*, 23, 1.976, pp. 239 y ss.; SALVADORES POYAN, "Comentarios y crítica sobre el divorcio a través de la Historia del Derecho romano", en *Estudios jurídicos en homenaje U. Álvarez Suárez*, Madrid, 1.978, pp. 445 y ss.; ROBLEDA, "Il divorzio in Roma prima di Costantino", *Aufstieg un Niedergang der Römischen Welt. Principat-Recht, Band II.14, Walter de Gruyter*, Berlin-New York, 1.982, pp. 347 y ss.; VOLTERRA, "Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio", en *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milán, 1.984, pp. 199 y ss.

²² D. 25, 4, 1, 1, pr.: "*Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatusconsulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnantem, vel etiam negarem...*"

En efecto, el senadoconsulto Planciano²³ introdujo la *actio de partu agnoscendo*, para los casos de reconocimiento de hijos que, con posterioridad al divorcio, todavía no habían nacido²⁴, estableciéndose un procedimiento bastante complejo para su reconocimiento. Según este senadoconsulto, la mujer divorciada que creía estar embarazada debía notificar su estado al marido²⁵, dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la disolución del matrimonio²⁶. En el supuesto de que la mujer omitiera la notificación prescrita en el Senadoconsulto, el marido tenía libertad para no reconocer al hijo²⁷.

La finalidad de esta denuncia era que el futuro padre pudiera tomar las precauciones precisas para la verificación del embarazo, en orden al reconocimiento de la paternidad legítima por nacimiento *iustae nuptiae*. A tal efecto, el marido podía adoptar varias posturas: nombrar *custodes* del

²³ Existe discusión en torno a la época de este senadoconsulto. Algunos autores (D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª. ed. revisada, Navarra, 1.997, pp. 289), se decantan por la época de Vespasiano; otros (VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 1ª. ed., trad. y notas de Daza, Madrid, 1.986, pp. 670) piensan que es de época Flavia. En cualquier caso, el jurista Ulpiano defiende que el Senadoconsulto Planciano sea anterior a la muerte del emperador Adriano, ya que "*aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur*" (D. 25, 3, 3, 1).

²⁴ Para el reconocimiento de hijos nacidos con posterioridad a la disolución del matrimonio, el Pretor concedía al marido la *actio de liberis agnoscendi*. Véase DECLAREUIL, "Paternité et filiation legitime. Contribution a l'histoire de la famille légale à Rome", en *Mèlanges Girard*, I, 1.912, pp. 315 y ss.; LANFRANCHI, "Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione", en *Studi Albertario*, I, pp. 741 y ss.; METRO, "La datazione de inscipendo ventre custodiendoque parto", en *Synteleia Arangio-Ruiz*, II, Nápoles, 1.964; LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, 2 vols., Bolonia, 1.964; Idem., "Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico", en *Studi Volterra*, IV, Milán, 1.971, pp. 105 y ss.

²⁵ Tanto en el caso de la mujer como en el del marido se admitía la representación, puesto que la notificación podía realizarla, en lugar de la mujer, la persona "*in cuius potestate est*" o "*cui mandatum ab iis est*" y recibirla el marido o el ascendiente bajo cuya potestad esté en ese momento. Es lógico puesto que en caso de que el marido sea un *filiusfamilias*, probablemente las acciones de estado correspondían al *paterfamilias*.

²⁶ Son días naturales, no hábiles (D. 25, 3, 1, 9: "...*continuos...non utiles*").

²⁷ Sin embargo, "*quin imo et si in totum omiserit denuntitionem*", como comenta Juliano en D. 25, 3, 1, 8, "*nihil hoc nocere ei, quod editur*", ya que el hijo podía actuar por sí mismo para que se le reconociera como hijo legítimo.

vientre²⁸; afirmar, siempre delante de testigos, que la mujer no estaba embarazada de él²⁹; e, incluso, negar que hubiera sido su mujer³⁰. Si mantenía una actitud de absoluta pasividad, es decir, si no enviaba *custodes* ni negaba que el embarazo fuera suyo, el Senadoconsulto preveía la imposición de un castigo consistente en obligarle a reconocer al hijo y facilitarle alimentos³¹.

En cualquier caso, la iniciación de este procedimiento le corresponde en exclusiva a la mujer, puesto que únicamente ella puede realizar el juramento acerca del embarazo:

D. 25, 3, 1, 5.- *Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, se a muliere.*

La cuestión se plantea cuando es la mujer la que niega su embarazo y el marido quién se encuentra interesado en la adopción de las medidas establecidas en el senadoconsulto Planciano, puesto que éste no tiene aplicación según se desprende de D. 25, 4, 1, 1. Tampoco el padre puede ejercitar los interdictos de *liberis exhibendis et ducendis*, para la exhibición del hijo o para poner fin a su retención, puesto que "*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*"³². De ahí que el rescripto comentado por Ulpiano resuelva el problema facultando al pretor para exigir la comparecencia y el juramento de la mujer acerca de su estado. Así mismo, se permite que el pretor adopte medidas precautorias para la verificación del embarazo: concretamente una *inspectio ventris* llevada a ca-

²⁸ El envío de guardias podía ser voluntario por parte del marido pero también podía ser ordenado por el juez (D. 25, 3, 1, 6: "...*custodes autem arbitrio iudicis...*") y no prejuzgaba la situación, puesto que se le permitía no reconocer al hijo cuando naciera (D. 25, 3, 1, 11: "*Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi faciet; licebit igitur ei partum editum ex se negare, nec ei nocebit, quod ventrem custodierit. Et ita Marcellus libro septimo Digestorum scripsit; ait enim, sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem, sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur*").

²⁹ En este caso también se admite la representación. Si niega su paternidad, el marido no tiene obligación de reconocer al hijo por el momento, aunque después podrá demostrarse que el hijo es suyo y entonces si se le impondrá la obligación de reconocerle (D. 25, 3, 1, 4).

³⁰ D. 25, 3, 1, 11: "... *sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem...*"

³¹ La obligación de reconocer al hijo que nazca no era definitiva, puesto que el marido podía demostrar con otras pruebas que no era su progenitor.

³² D. 25, 4, 1, 1. Vid. ALBERTARIO, "*Conceptus pro iam nato habetur*", en *BIDR.*, 33, 1.923, pp. 1 y ss. (en *Studi di diritto romano*, I, 1.933).

bo por *tres obstetrices probatae et artis et fidei*, todo ello para persuadir a la mujer para que acepte los *custodes* como si ella los hubiera solicitado³³.

2. Fundamento jurídico y objeto

El objeto del juramento lo constituye el hecho mismo del embarazo:

D. 25, 4, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- *Secundum quod Rescriptum evocari mulier ad Paretoem poterit, et apud eum interrogari, an se putet praegnantem, cogendaque erit respondere.*

El rechazo que produce la *indagatio corporis*³⁴ ocasiona indefectiblemente que el juramento sea el único medio para probar el embarazo de una mujer³⁵. La negación o simulación del estado de gestación frente al marido “*qui se patrem potius optet, quam carere filio velit*”³⁶, significaba una lesión a sus intereses: ímplicitamente, se le estaba privando de un descendiente, frustrando su derecho como *paterfamilias*³⁷ y la esperanza de su sucesión (*spes prolis*). De ahí que se obligue a la mujer a compare-

³³ D. 25, 4, 1, 1: “...*tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desderasset*”.

³⁴ D. 25, 4, 1, 10.- “...*ne qua earum, dum inspicit, invita muliere ventrem tangat...*” En Derecho romano se rechazó la *indagatio corporis*, por considerarla ofensiva para la mujer.

³⁵ La posibilidad de que la mujer jurara acerca de si se encontraba o no encinta se consideraba lícito, siendo reconocido de forma genérica en el texto contenido en D. 12, 2, 3, 3 y teniendo su base en D. 12, 2, 3, 2, donde se permitía prestar juramento acerca del estado de las personas.

³⁶ D. 25, 4, 1, 3: “...*qui se patrem potius optet, quam carere filio velit...*”.

³⁷ SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, Padua, 1.876; FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Nápoles, 1.910; PARIEBENI, *La famiglia romana*, Roma, 1.929; CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milán, 1.942; LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milán, 1.946; VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Bolonia, 1.946; GALLO, “Osservazioni sulla signoria del *pater familias* in epoca arcaica”, en *Studi de Francisci*, II, Milán, 1.956, pp. 193 y ss.; DENOYEZ, “Le *Paterfamilias* et l’evolution de sa position”, en *Synteneleia Arangio-Ruiz*, I, Nápoles, 1.964, pp. 441 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA, “Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d.C.)”, sep. de *Temis*, 21, 1.967, pp. 157 y ss.; GALLO, “*Potestas e dominium* en l’esperienza giuridica romana”, en *Labeo*, 16, 1.970, pp. 1 y ss.; VISMARA, *Famiglia y successioni nella storia del diritto*, Roma, 1.975; FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alle storia della famiglia romana*, I y II, Nápoles, 1.976 (3ª ed., 1.983); GUILLEN, *Vida y costumbres de los romanos. I. La vida privada*, Salamanca, 1.977.

cer ante el pretor y jurar acerca de su estado, y que se prevea la imposición de penas y sanciones en caso de que se niegue a ello.

3. Requisitos procesales: legitimación, tiempo y lugar

Para que se ordene la comparecencia y el juramento de la mujer acerca de su estado, se requiere que exista una solicitud ante el pretor, no pudiendo el interesado por sí sólo obligar a la mujer a prestar juramento.

El marido ostenta la legitimación activa y, la mujer divorciada que niega o disimula su embarazo, tiene concedida la legitimación pasiva. Sin embargo, nada se establece en el rescripto en cuanto a la posibilidad de que solicite o preste el juramento el *paterfamilias* (o algún mandatario) en representación de los legitimados. Tal posibilidad debería admitirse en el supuesto de que éstos fueran *filiusfamilias*, en primer lugar, porque el ejercicio de las acciones de estado seguramente corresponderían a la persona bajo cuya potestad se encontraban, y, en segundo lugar, porque el senadoconsulto sobre reconocimiento de hijos si lo admitía³⁸.

Por lo que se refiere al tiempo, Ulpiano se pregunta si también existe la limitación de los treinta días concedidos a la mujer en el senadoconsulto sobre reconocimiento de hijos³⁹:

D. 25, 4, 1, 9.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- *Meminisse autem oportet, tempus non esse praestitum Rescripto, quamvis in Senatusconsultis de liberis agnoscendis triginta dies praestituantur mulieri. Quid ergo, semper dicemus marito licere uxorem ad Praetorem evocare, an vero et ipsi triginta dies praestituimus? Et putem, Praetorem causa cognita debere maritum et post triginta dies audire.*

El marido tiene establecido el límite de tiempo de treinta días naturales a partir del divorcio para solicitar del Pretor la comparecencia y el juramento de la mujer. Ahora bien, si efectúa su solicitud con posterioridad, el magistrado deberá al menos oírle, al igual que ocurre con la mujer en el senadoconsulto sobre reconocimiento de hijos.

En cuanto al lugar, la mujer debe prestar juramento mediante comparecencia ante el pretor; resulta indispensable que ésta mantenga una conducta activa, puesto que de no ser así no se podrían adoptar las medidas

³⁸ D. 25, 3, 1, 1: "...mulieri parentevi in cuius potestate est, vel ei, vel mandatum ab iis est...".

³⁹ Sin embargo, se establecía para el supuesto de que la mujer hubiere hecho la notificación de su embarazo con posterioridad a los treinta días fijados que "*causa cognita audire debet*" (D. 25, 3, 1, 7) puesto que la omisión de la notificación, según Juliano, "*nihil hoc nocere ei, quod editur*" (D. 25, 3, 1, 8).

precautorias que establece el rescripto. Para garantizar la presencia y el juramento, el pretor puede utilizar recursos coactivos contra ella: concretamente, imposición de multas e incluso la toma de objetos en prenda (*multae et pignora*):

D. 25, 4, 1, 3.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- *Quid ergo, si non responderit, aut non veniat ad Praetorem, numquid Senatusconsulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge, non esse eo contemptum maritum, qui se patrem potius optet, quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis Praetoriis, et in ius venire, et si venit, respondere, pignoraque eius capienda, et distrahenda, si contemnat, vel mulctis coercenda.*

Ante la actitud rebelde de la mujer en cuanto a la obligación procesal citada, el marido puede insistir en su petición para que el pretor imponga su cumplimiento o bien no reconocer al hijo, abandonando su pretensión⁴⁰.

4. Efectos

En virtud de D. 25, 4, 1, 4, si la mujer jura que se encuentra embarazada, el pretor adoptará las medidas precautorias establecidas en el senadoconsulto, es decir, facultará al marido para que pueda enviar *custodes* que impidan a la mujer simular el embarazo y verifiquen que el parto llega a buen fin:

D. 25, 4, 1, 4.- (*ULPIANUS, libro XXIV ad Edictum*).- *Quid ergo, si interroata dixerit se praegnantem? Ordo Senatusconsultis expositus sequetur; quodsi negaverit, tunc secundum hoc Rescriptum Praetor debet obstetrices adhibere.*

En el caso de que el juramento se emita en sentido negativo, el marido quedará libre para no reconocer al hijo como suyo, a no ser que éste insista en su solicitud; de ser así, se aplicará las medidas establecidas en el rescripto para comprobar el embarazo de la mujer:

D. 25, 4, 1, 1.- (*ULPIANUS, libro XXIV ad Edictum*).- *...eligi honestissimae feminae domum, in quam Domitia veniat; et ibi tres obstetrices probatae et artis, et fidei, quae a te assumtae fuerint, eam inspiciant; et si quidem vel omnes, vel duae renuntiaverint, praegnantem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ip-*

⁴⁰ Esta última solución se basa en D. 25, 3, 1, 6, puesto que el senadoconsulto sobre reconocimiento de hijos, disponía que el marido quedaba libre para no reconocer al hijo, en el caso de que la mujer hubiera omitido la notificación de su estado.

sa hoc desiderasset. Quodsi enixa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captase hoc ad aliquam mulieris iniuriam; si autem vel omnes, vel plures, non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit.

El pretor ordenará una prueba pericial consistente en una *inspectio ventris* en casa de “*honestissimae feminae*”, practicada por tres comadronas (“*obstetrices*”) designadas por él⁴¹, que deberán emitir un dictamen concluyendo si la mujer se encuentra o no embarazada. El sometimiento al examen pericial es obligatorio, ya que en caso de rechazar la *inspectio ventris* “*Praetoris auctoritas interveniet*”⁴². Nada establece el rescripto respecto de los medios concretos de coacción que puede emplear el magistrado, aunque podrían ser los mismos que se mencionan para el caso de negativa a jurar, es decir, la imposición de multas y la toma de bienes en prenda.

Si el dictamen de las comadronas concluyera en sentido negativo, la mujer podría ejercitar contra el marido una querrela por *iniuria*⁴³, por los perjuicios que le hubiera ocasionado con su actitud:

D. 25, 4, 1, 8.- (ULPIANUS, libro XXIV ad Edictum).- *Si omnes, vel plures renuntiaverint, praegnatem non esse, an mulier possit iniuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto, agere eam iniuriarum posse, sic tamen, si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit; ceterum si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus esset, vel ipsa eum illexerat, ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingeat, aequissimum erit ignosci marito.*

Para que el marido resultara condenado por injuria era requisito indispensable probar que su conducta había sido llevada a cabo con ánimo vejatorio, es decir, a sabiendas de que la mujer no se encontraba embara-

⁴¹ Las comadronas deberán ser designadas por él y no por el marido y la mujer, tal y como se establece en D. 25, 4, 1, 5: “...non permittitur marito vel mulieri *obstetrices* adhibere, sed omnes a Praetore adhibendae sunt”.

⁴² A este respecto, vid. D. 25, 4, 1, 7.

⁴³ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milán, 1.941; LAVAGGI, “*Iniuria e obligatio ex delicto*”, en *SDHI.*, 13-14, 1.947-48, pp. 141 y ss.; DUPONT, “*Iniuria et délits privés dans les constitutions de Constantin*”, en *RIDA*, 1, 1.952, pp. 423 y ss.; RABER, *Grundlagen Dlassischer Injurienansprüche*, Colonia-Graz, 1.969; WITTMANN, “*Die Entwicklungslinien der Klassischen Injurienklage*”, en *ZSS.*, 91, 1.974, pp. 285 y ss.; MANFEDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria en età repubblicana*, Milán, 1.977.

zada y con la única finalidad de ocasionarle daño; De no ser así, la querrela no prosperaría, puesto que se entiende que su actuación habría estado guiada por la buena fé.

III.- EL JURAMENTO DE LA VIUDA ENCINTA

1. Supuesto de hecho

En D. 25, 4, 1, 10 encontramos otro supuesto de juramento acerca del embarazo de una mujer, si bien con finalidad y fundamento muy distintos del analizado anteriormente. El pasaje contiene disposiciones pretorias sobre el juramento de la viuda encinta:

D. 25, 4, 1, 10.- *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic Praetor ait: si mulier mortuo marito praegnantem se esse dicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint quae ventrem inspicient.*

El carácter voluntario que tiene aquí el juramento viene marcado por el indudable interés que ostenta la viuda en la herencia del marido. Es ella la primera interesada en hacer participes de su estado a los parientes del causante, a fin de que el concebido sea tenido en cuenta a la hora del futuro reparto. Además, con la emisión del juramento, la viuda podrá solicitar al Pretor que se le otorgue la *bonorum possessio ventris nomine*⁴⁴ sobre los bienes de la herencia:

D. 37, 9, 1, 15.- “...ventri quoque subvenire Praetorem debere non dubitamus...”

Los destinatarios del juramento son todas aquellas personas que tienen un interés inmediato en la herencia del causante, *vel totam habituris hereditatem, vel partem eius*, es decir, los herederos *quos proxima spes successionis contingit*, sin hacer distinción entre si son testamentarios o *intestato*⁴⁵ :

D. 25, 4, 1, 12.- *Denuntiate igitur mulierem oportet his scilicet, quorum interest, partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem eius, sive ab intestato, sive ex testamento.*

⁴⁴ SAVIGNY, “Ueber das Interdit *Quorum bonorum*”, en *Verm. Schr.*, II, Berlín, 1.850; ARNO, “La *bonorum possessio sine re*”, en *Mem. Accad. Mod.*, 12, 1.914; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Florencia, 1.930, pp. 229 y ss.; PASTORI, “La definizione della *bonorum possessio*”, en *Studi de Francisci*, I, pp. 503 y ss.; STIEGLER, “*Bonorum possessio ordinaria und extraordinaria*”, en *Studi Volterra*, IV, 1.971, pp. 231 y ss.

⁴⁵ D. 25, 4, 1, 14.- “...utputa primo gradu heredi instituto, non etiam substituto, et si intestatus paterfamilias sit, his qui primum locum ab intestato tenet, si vero plures sint simul succesuri, omnibus denuntiandum est”.

Con el nacimiento del futuro heredero, el resto verán disminuido e, incluso suprimido, su derecho hereditario. Por ello, deben ser concededores del embarazo para que puedan adoptar, si es de su interés, las medidas precautorias contenidas en el Edicto del pretor en orden a la verificación del embarazo y posterior parto.

2. Fundamento jurídico

El objeto de protección en este caso resulta distinto al del juramento de la mujer divorciada. En efecto, se trata de salvaguardar los derechos que, sin duda, ostentará el *nasciturus*⁴⁶ en el momento del nacimiento: se intenta garantizar que las expectativas hereditarias que posee el concebido para que el momento del nacimiento no se vean frustrados sus derechos como heredero del *de cuius*.

Sin embargo, no sólo se protegen los derechos del *nasciturus*; al mismo tiempo se están tutelando los intereses del resto de herederos del difunto, puesto que podrán solicitar las medidas contenidas en el Edicto para comprobar la realidad del estado de la viuda, así como cuidar que no se produzca suposición de parto y verificar que la criatura nacida reúne todas las condiciones para que pueda ser considerado jurídicamente como persona⁴⁷.

⁴⁶ GABBA, *Il diritto dei nascituri non concepti*, Pisa, 1.902; ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, en *BIDR*, 33, 1.923 (= *Studi di diritto romano*, I, 1.933); ARANGIO-RUIZ, “*Recensione ad Albertario, Conceptus pro iam nato habetur*”, en *Arch. Giur.*, 1.935, XXIX, pp. 77 y ss.; ROBERTI, “*Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*”, en *Cristianesimo e diritto romano*, Milán, 1.935; CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*”, en *Rev. Intern. de droit de l'antiquité*, 1.950, pp. 267 y ss.; BALLESTERI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, en *SDHI.*, 49, 1.983.

⁴⁷ Los requisitos que debían concurrir en el nacido para que jurídicamente fuera considerado persona, se encuentran en diversos pasajes: D. 35, 2, 9, 1; D. 50, 16, 129 y D. 1, 5, 14. No obstante, la Doctrina se encuentra dividida en cuanto a la exigencia de viabilidad en el nacido debido a la existencia de textos contradictorios (D. 28, 2, 12; C. 6, 29, 2 y D. 50, 16, 135) en las fuentes. A este tenor, vid. FAGGELLA, “*Presunzioni que accompagnono il sorgere e lo sparire del subbietto di diritto naturale*”, en *Arch. Giur.*, 1.902, XI, pp. 473 y ss.; AMBROSINO, *Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in diritto romano*, Roma, 1.940; IMPALLOMENI, “*In tema di vitalità e forma umana como requisito essenziali alla personalità*”, en *IURA*, 1.971, XXII, pp. 99 y ss.

3. Valor jurídico

El juramento en este supuesto tiene un valor jurídico muy escaso: para acreditar la veracidad del embarazo no es suficiente la manifestación de la viuda, puesto que, si lo solicitan los interesados, el pretor ordenará en cualquier caso su comprobación mediante las diligencias contenidas en su Edicto:

D. 37, 11, 1.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *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.*

1.- *Praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnantem sufficit; quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuit et mortis tempore, et eo quo mitti in possessionis petit.*

Dada la relevancia del estado de la viuda, ya que ello será lo que le posibilite entrar en posesión de los bienes hereditarios *in ventris nomine*, *nec dicere se praegnantem sufficit*, resultando indispensable corroborar sus afirmaciones, es decir, comprobar que ésta encuentra verdaderamente embarazada (*“vere praegnans fuit”*). Por ello, parece que el juramento tiene aquí la consideración de un simple aviso, o sea, una llamada de atención a los herederos acerca de la concurrencia del *nasciturus* en la herencia⁴⁸.

El Edicto del pretor regula las medidas que se deben adoptar una vez que se haya emitido el juramento. Estas medidas deberán ser solicitadas por los afectados y consisten en una *inspectio ventris* y, posteriormente, la custodia del parto:

D. 25, 4, 1, 10.- *...Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque, haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum, dum inspicit, invita muliere ventrem tangat. Mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ab quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae*

⁴⁸ La incertidumbre que produce la presencia de un *nasciturus* en el supuesto de una herencia en litigio, por los problemas de *pluris petitio* que pueden darse al desconocer el número de hijos que efectivamente dará a luz la mujer, Ulpiano lo soluciona en D. 5, 4, 1, 5, concediendo una *“incertae partis hereditatis petitio”*. Sobre ello, PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino, 1.958, pp. 102 y ss.

cum binis comitibus custodiant. Cuotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant, et eos, qui introierint, excutiant; custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant. Mulier, cum parturire incipiat his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibuspariat, mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem, ancillae, quam sex. Hae, quae intus futuras erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnans sit. Tria lumina ne minus, ibi sint, scilicet qua tenebrae ad subiiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur...

La minuciosa regulación que contiene el Edicto sobre las medidas precautorias que se pueden adoptar pone de relieve la importancia del asunto que se está tratando. En efecto, en el derecho hereditario el nacimiento de una persona cobra una relevancia extraordinaria⁴⁹, sin duda por la multitud de relaciones jurídicas que pueden verse alteradas a consecuencia de tal evento. De ahí la necesidad ineludible de comprobar el estado de la viuda. En cuanto a la *inspectio ventris*, debe practicarse por cinco mujeres libres al mismo tiempo, en casa de una "*honestissimae feminae pariat*", sin que esté permitido tocar el vientre de la mujer contra su voluntad. Por lo que se refiere a la custodia del parto, se describe de forma exagerada la forma en que ha de llevarse a cabo, detallando hasta el número de luces que deben encenderse en la habitación.

Del mismo modo, en caso de negativa al sometimiento de las medidas precautorias, se prevé un importante castigo: el pretor no concederá la *bonorum possessio* a la viuda:

D. 25, 4, 1, 10.- *...Si cui ventrem inspicere, custodiri, adesse partui licitum non erit, factumve quid erit, quo minus ea ita fiant, uti supra comprehensum est, ei, quod natum erit, possessionem causa cognita non dabo. Sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspicere non licuerit, quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex Edicto meo bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo.*

Sin embargo, si la mujer permitía la práctica de las diligencias previstas, el pretor podía otorgarle la *bonorum possessio* incluso en contra de lo dispuesto en testamento⁵⁰:

⁴⁹ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milán, 1.937.

⁵⁰ A este respecto, véase VACCA, "In tema di *bonorum possessio contra tabulas*", en *BIDR.*, 80, 1.977, pp. 159 y ss.

D. 37, 9, 3.- *Quare et si ita exhereditio facta sit: "si mihi filius unus, exheres esto", quia filia nasci potest, vel plures filii, vel filius et filia, venter in possessionem mittetur; satius est enim sub incerto eius, qui edetur, alia etiam eum, qui exhereditatus sit, quam eum, qui non sit exhereditatus, fame necari; ratumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is nascatur, qui repellitur.*

Cabe preguntarse los efectos que produciría el falso juramento, en el supuesto de que la viuda hubiera entrado en posesión de los bienes hereditarios *in ventris nomine*. En caso de que su actuación hubiera estado guiada por la buena fé, es decir, con la firme creencia de encontrarse embarazada y sin ánimo de perjudicar a los herederos, no se le podrán reclamar los gastos que hubiera ocasionado⁵¹. Sin embargo, si la mujer hubiera actuado dolosamente, esto es, tomando bienes de la herencia para su propio beneficio, deberá responder por los bienes que ha consumido, en virtud de lo dispuesto en D. 37, 9, 1, 28:

D. 37, 9, 1, 28.- *Et si sciens prudenter, se praegnantem non esse, consumserit, de suo eam id consumsisse Labeo ait.*

IV.- CONCLUSIONES

En virtud de D. 12, 2, 3, 3 —y basado en D. 12, 2, 3, 2— se consideraba lícito deferir juramento acerca del embarazo de la mujer. A este respecto, existen en las fuentes dos supuestos en los que esta cuestión es objeto de juramento: el de la mujer divorciada que niega o disimula su embarazo y el de la viuda encinta. En ambos casos, el juramento se revela como el único medio posible para comprobar la realidad del embarazo, sin violentar la intimidad de la mujer. Sin embargo, era necesario para la verificación del mismo, complementar el juramento con el dictamen pericial resultante de una *inspectio ventris* practicado por *obstetrices*, que debían llevarlo a cabo sin tocar el vientre de la mujer.

Por lo que respecta al supuesto de la mujer divorciada, el problema reside en que el sujeto que solicita protección es el marido, quién está viendo lesionados sus intereses como futuro padre. En este caso, el senadoconsulto Planciano no tenía aplicación, puesto que la iniciativa procesal correspondía en exclusiva a la mujer. Tampoco el marido podía intentar los interdictos de *liberis exhibendis et ducendis*, ya que, durante el embarazo, el hijo era considerado todavía como parte de la madre. Así pues, el rescripto contenido en D. 25, 4, 1, pr. soluciona la cuestión, facultando al marido para solicitar del pretor que oblique a la mujer a emitir juramento acerca de su estado.

⁵¹ D. 37, 9, 3.- "...Sumtus autem ab ea facti bona fide non repedentur".

El caso de la viuda encinta (D. 25, 4, 1, 10) es muy diferente, puesto que su juramento no se configura como una imposición coactiva del pretor: el carácter voluntario le viene dado porque ello le permitirá solicitar la *bonorum possessio ventris nomine* de los bienes hereditarios, incluso en contra de lo dispuesto en el testamento del causante.

El sujeto de protección es, sin duda, el *nasciturus*. Este tendrá salvaguardados sus derechos hereditarios hasta el nacimiento, momento en que adquirirá definitivamente los mismos. No obstante, de forma indirecta, también se protegen los intereses del resto de herederos del *de cuius*, ya que éstos podrán pedir las medidas precautorias sobre la inspección del vientre y la custodia del parto a fin de que no se produzca la simulación del parto.

Por último, en cuanto al valor jurídico del juramento, al contrario que en el caso de la mujer divorciada, el de la viuda tiene un escaso valor. Lo anterior resulta lógico puesto que su resultado incide en los derechos hereditarios de terceras personas que se verán alterados, cuando no disminuidos, por la existencia de un futura persona. De ahí que se tomen más cautelas en esta modalidad de juramento y que se le otorgue un valor relativo: no basta la manifestación de la mujer para acreditar que se encuentra embarazada; siempre se deberá acudir a la *inspectio ventris* por varias comadronas, que emitirán un dictamen concluyente acerca de la veracidad del embarazo.

