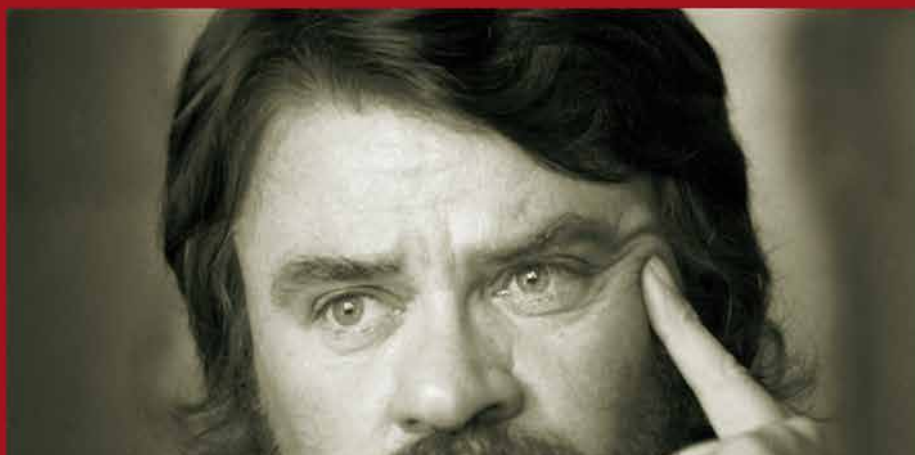


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO I



Capítulo 17

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

VENERABLES Y MISERABLES: LOS ANCIANOS Y SUS DERECHOS EN ALGUNAS OBRAS JURÍDICAS DE LOS SIGLOS XVII Y XVIII

*Thomas Duve**

En el «nuevo mundo», el término *personae miserabilis* fue utilizado en primer lugar para fundamentar ciertos privilegios concedidos a la población indígena¹. Tal vez sea menos conocido el hecho que desde la antigüedad también se reputaba entre las *personae miserabilis* una parte de la población, que más recientemente está atrayendo la atención de los juristas²: la de los ancianos.

Que los ancianos eran personas miserables ya lo afirmaban juristas medievales como Odofredus³, Azo⁴ o Inocencio IV⁵, lo que fue recibido por los juristas del siglo XVI a través de obras como la glosa de Gregorio López a Las Siete Partidas⁶ o, algunas décadas más tarde, por juristas indianos como Gabriel Álvarez de Velasco en su *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*⁷. Para el jurista alemán Georg Adam Struve la pregunta si los ancianos se reputaban entre las personas miserables ya era un tema tan extensamente tratado que en una obra publicada con su nombre en el año 1664 lo llama «repollo dos veces hervido»⁸.

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Actualmente es profesor de Historia del Derecho y Derecho Romano en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y de Historia del Derecho Canónico en la Facultad de Derecho Canónico de la misma Universidad. Miembro Titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires.

¹ Cfr. con más referencias DUVE (2004: 3-33), CEBREIROS ÁLVAREZ (2004: 469-489).

² Acerca de los derechos de los ancianos véase más referencias en DABOVE CARAMUTO (2002).

³ Cfr. ODOFREDUS (1552, fol. 148r-v).

⁴ Véase AZO (1506, ad Cod. 3.14).

⁵ Cfr. SINIBALDUS FLISCUS (1570, ad X, 1.29.38, N° 1).

⁶ Gregorio López: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono*, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad [...], Salamanca 1555, 3.18.41, Gl. ad v. muy viejos: *Sequitur Azo [...] qui ita interpretat dictam legem unicam in senibus & recte nam & ipsa senectus morbus est, ut dixit Terentius [...]*.

⁷ ÁLVAREZ DE VELASCO (1663).

⁸ STRUVE y WILDT (1664). *Jura ac privilegia senectutis*, Jenae [Struve, Georg Adam: *Tractatus exhibens iura ac privilegia senectutis*. VON FREYHEITEN Alter betagter Leute, Jenae 1737], Cap. VI, número 51:

Sin embargo, los ancianos no solamente fueron considerados «miserables», con toda la ambigüedad que esta consideración tenía, sino también «venerables». Porque acorde con la tradición de los elogios a la vejez, transmitida a la temprana Edad Moderna en obras como *De senectute* de Cicerón, los juristas también aplicaron a los ancianos los privilegios que gozaban las personas destacadas, los *privilegia personarum egregiarum*. En el siglo XVI y XVII, Johann Oldendorp y otros autores reputaban a los ancianos en el grupo de las *personae egregiae*, dando la explicación que la ancianidad ya en Roma haya sido considerada venerable, como lo expresaba Digesto 50.6.6(5): *Ratio est: Quia semper in civitate Romana senectus venerabilis fuit*⁹.

Muchos de los privilegios de los venerables, los miserables, y también de otros grupos como los enfermos, los *privilegia aegrotorum*, los encontramos resumidos y reelaborados también en un grupo propio de privilegios de los ancianos: en los *privilegia senum o senectutis*, es decir, los privilegios de la ancianidad misma, que son el objeto de este estudio.

Una mirada a estos privilegios no solamente quiere presentar este «derecho de la ancianidad» de la temprana Edad Moderna, hasta ahora no abordada en la historiografía jurídica, sino también quiere contribuir a entender mejor la cultura jurídica de la cual emanaban —que también gestó los privilegios de los indios como personas miserables— entre otros. Los derechos especiales de la ancianidad así como los tratados doctrinales de los juristas sobre otros derechos especiales, los *iura singularia* y *privilegia* de la época, no deben ser leídos como una enumeración de derechos y obligaciones siempre aplicables, sino más bien como una propuesta normativa a ser considerada por el juez según las circunstancias del caso concreto.

Finalmente, la mirada a los privilegios de la ancianidad nos advierte que esta normativa, elaborada por los juristas en sus escritos, forma parte de un discurso que reflejaba imágenes colectivas y que estaba destinada a estructurar las relaciones sociales —en el contexto de la ancianidad— especialmente las relaciones entre las generaciones. El intento de interpretar los textos jurídicos como reflejo de imágenes colectivas y también como formadores del discurso social, proviene en buena medida del incentivo que recibió el autor de la lectura de una obra fundamental del hasta entonces por él desconocido Fernando de Trazegnies Granda. Hace aproximadamente diez años atrás, en ocasión de una breve estancia en Lima, dicha obra le mostró como se puede tratar de «abandonar la torre de

Plures insuper enucleandae essent adhuc quaestiones, An scilicet Senectus dici possit infirmitas, An Senes sint connumerandi inter personas miserabiles & idem eis competat privilegium, item de incommodis Senectutis &c. Sed quoniam partim hae ab Autoribus satis superque sint agitatae, partim quoque temporis angustia me hic pedem figere jubeat, ideo, ne videar, crambem bis coctam proferre, B. L. ad Doctores, plenius has quaestiones tractantes ablego, & videri possunt de his [...].

⁹ OLDENDORPIUS (1559), REHAU y EBNER (1663).

marfil del jurista clásico y conjugar el derecho con los diferentes elementos que configuran una determinada formación social»¹⁰ y leer en los textos jurídicos más que una historia de dogmas. Es por esto que las siguientes líneas están dedicadas a Fernando de Trazegnies Granda.

1. EL *IUS AETATIS* Y LA DOCTRINA DEL *STATUS* EN LA TEMPRANA EDAD MODERNA

Antes de comenzar con el panorama sobre la literatura jurídica acerca de la ancianidad en los siglos XVI y XVII (2), la definición de la ancianidad (3) y sus consecuencias jurídicas (4), cabe hacer hincapié en el lugar sistemático que la edad humana ocupaba en la doctrina del *status* en el derecho de la temprana Edad Moderna.

Como es sabido, para los juristas de la temprana Edad Moderna se sobreentendía que el derecho estaba estructurado en función de las diferencias entre los hombres, atendiendo a la particularidad de cada caso, de conformidad con las diversas condiciones de las personas, una de las cuales era la edad¹¹. Si la justicia era considerada «la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo suyo» (Inst. 1.1. pr), esto significaba —como se hace explícito en una obra sobre el derecho de las edades: el *ius aetatis* del año 1701— que también había que dar siempre a cada uno lo que es suyo según su edad: *Finis hujus Juris est, ut unicuique suum aetati convenienter tribuatur*¹².

A la luz de esta idea de justicia hay que entender la manera muy particular en la cual se determinaba en los siglos XVII y XVIII lo que hoy se llama la «capacidad jurídica» y el lugar que ocupaban los privilegios de la ancianidad en este contexto. La «capacidad jurídica» no era determinada en forma general y abstracta, es decir, en el sentido de un atributo unido a la persona y que comprende todos los derechos. Porque, como decía el famoso Juan Heineccio «la palabra hombre y la palabra persona son sinónimos hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el sentido jurídico. «[...] Hombre es cualquiera que tiene mente racional en cuerpo humano. La persona es el hombre considerado en su estado»¹³.

¹⁰ DE TRAZEGNIES (1991: 14).

¹¹ Cfr. Bartholomäus Leonhard Schwendendorfer, (Praeses)/ Johannes Henricus Melchius (Resp.), *De personarum aetate juridica* [...], Lipsiae 1667, Cap. I: *Pro diversitate siquidem aetatum diversa ac magna discrimina & corporis & animi mortales sentiunt, ut in virili aetate majores operationes & functiones appareant, quam in minorenitate, ita ut quaelibet aetatis pars suum speciale habeat, in quo a caeteris distet.*

¹² WIGANDT (1701: 23).

¹³ Cita según Juan Heineccio, Recitaciones del Derecho Civil Romano de Juan Heineccio, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, 8ª ed., Valencia 1888, 104; cfr. también Johann Gottlieb Heineccius, *Recitationes in Elementa Juris Civilis*

Este estado de una persona era determinado según factores generalmente resumidos en el *status civilis*, que expresaba en esta época algo como el *status* reconocido por el ordenamiento legal, y en el *status naturalis*, una categoría que resumía ciertas condiciones naturales. Como es sabido, el *status civilis* se subdividía en el *status libertatis* (e.d. ser libre o no libre), el *status civitatis* (e.d. ser ciudadano o no) y el *status familiae* (e.d. la posición dentro de la familia en el concepto amplio que el *ius commune* aplicaba a la familia)¹⁴. Dentro del *status naturalis* se diferenciaba entre el nacimiento ya ocurrido o el nacimiento venidero (*status nativitatis*), en función del sexo (*status sexus*), en función de los atributos naturales del cuerpo y del alma (*status integritatis*) y de la edad (*status aetatis*). Dentro del *status aetatis* se distinguía entre mayores y menores, y dentro del grupo de los *maiores* algunos distinguían entre los *senes* y de los *nonsenes* o también entre los *senes* y los *iuvenes*¹⁵.

2. LOS TRATADOS SOBRE LOS *PRIVILEGIA SENECTUTIS*

Los privilegios que competían a los ancianos, es decir los *senes*, estaban expuestos en una serie de obras sobre los privilegios de las distintas edades¹⁶ y en obras sobre los privilegios en general¹⁷ y especialmente en algunas monografías sobre los *privilegia* o *iura singularia senectutis* y *senum*. Estos *privilegia* o *iura singularia senum*, se definían —en alusión a la definición del *ius singulare* en *Digesto* 1.3.16—¹⁸ como el *ius speciale sive particulare*, dado en favor de los ancianos en virtud de la equidad y en contra de las reglas del derecho general¹⁹.

Una extensa búsqueda en repertorios bibliográficos y catálogos ha mostrado, hasta ahora, la existencia de aproximadamente treinta monografías sobre el «derecho de la ancianidad» escritas en latín, que datan de fines del siglo XVI a fines

secundum ordinem institutionum. Tomus I, 1824, 117: Homo et persona grammaticae sunt synonyma, at juridice differunt. Omnis quidem persona homo est, sed non omnis homo est persona. Homo est, quicumque mentem ratione praeditam in corpore humano, et persona est homo, cum statu quodam consideratus.

¹⁴ Véase COING (1996a: 219-225, 251-285; 1996b: 355-377).

¹⁵ La distinción entre *senes* y *iuvenes* en HÖPFNER (1833), FALCKNER y BERGNER (1668), capítulo III, Th. 4 distingue *senes* & *nonsenes*.

¹⁶ Véase FOMANN (1620), WIGANDT (1701), CLEMENS (1736).

¹⁷ Cfr. FALCKNER/BERGNER (1668), capítulo III: *De objectis favoris* [...] *De personis ratione aetatis*.

¹⁸ Sin poder profundizar este aspecto, cabe mencionar que la base legal de los privilegios contenidos en el mismo derecho común se hallaba en Dig. 1.3.16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*. Acerca del concepto del *ius singulare* en el Derecho Romano Orestano, (tomo XI, 1937, 5-105 y XII/XIII, 1939, 5-106), GARÍN (1968). Para el contexto medieval: MORTARI (3, volumen 8 = 92, 1957-1958: 271-350).

¹⁹ SCHRÖTER/ MURHARDT (1986). Véase: *Definitur singulare senum jus, quod sit speciale sive peculiare quoddam jus, quod in favorem senectutis contra regulam Juris communis ob aliquam aequitatis rationem auctoritate constituentium introductum est*.

del siglo XVIII, la mayoría del mundo de habla germana²⁰. Entre ellos existen algunas que abordan temas especiales, como por ejemplo, una monografía del año 1722 —la *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria senis cum juvencula et vetulae cum juvene*— que discute el tema de la legitimidad de matrimonios realizados entre personas con gran diferencia de edad. Si bien la mayoría de los tratados son publicaciones que se produjeron en el ámbito universitario, especialmente tesis doctorales, también existen algunas monografías que surgieron de otros contextos de origen, como por ejemplo, un texto del año 1643 *De Privilegiis senum, quibus illi apud deum et homines gaudent*, en el cual el autor, el alemán Johann Peil —quien se considera un *senex*, un anciano— asume

²⁰ Se trata de las siguientes monografías: De Monte Leonis (di Monteleone), Fabius: *Tractatus modicus de privilegiis senectutis*, Romae 1550; Braun, Hartmann: *Speculum senectutis, die erste: Canities veneranda; die ander: Senectus opanda; die dritte: Corona senum; die Vierde: Aetatis praerogativa*, Giessen 1612; Actius (Azzio), Thomas: *Tractatus novus legalis de infirmitatibus eiusque privilegiis et effectibus cum auctoris Tractatibus duobus de privilegiis praegnantium, et de senectutis praerogativa*, Francofurti 1604, 1609, 1625; Neander, Samuel: *De coniugio senum decrepitorum cum iuveniculis succiplenis discursus politico-iuridicus*, Frankfurt/Oder 1621; Peil, Johann: *De Privilegiis senum, quibus illi apud deum et homines gaudent*, Vesaliae Clivorum, 1643; Chokier de Surlet, Jean de: *Tractatus de senectute, in quo illius elogia, privilegia, commoda, sive etiam incommoda [...] explicantur*, Streele 1647; Volckmar, Heinrich (Praeses)/Jacobi, Theodor (Respondens): *Diss. de iure et privilegiis senectutibus*, Lipsiae 1657; Deckherr, Friedrich (Praeses)/Lessius, Georg (Respondens): *Heptas quaestionum de iure senectutis*, Argentorati 1662; Rehau, Johann/= Rebhan (Praeses)/Ebner, Johann Paul (Respondens): *De iure senum senectutibus privilegiis*, Strassburg 1663; Struve, Georg Adam (Praeses)/Wildt, Gottfried (Respondens): *Jura ac privilegia senectutis*, Jenae 1664 [= Struve, Georg Adam: *Tractatus exhibens iura ac privilegia senectutis. Von Freyheiten Alter betagter Leute*, Jenae 1737]; Danckelmann, Daniel Ludolf: *Diss. de beneficiis senectutis*, Heidelberg 1669; Lehmann, Theodosius (Praeses)/Beust, Carl Friedrich von (Respondens): *De iuribus ac privilegiis senum*, Jenae 1670; Schröter, Johann (Praeses)/Murhardt, Johann Philipp (Respondens): *Positiones inaug. De singulari senum iure*, Erfurt 1686; Herseler, Aegidius Heinrich: *Dissertatio Juridica Inauguralis de Jure Senum*, Duisburg 1692; Schöpffer, Theodosius: *Gerontologia seu tractatus de iure senum*, Quedlinburgi 1705; Feltz, Johann Heinrich (Praeses)/Elbert, Joseph Philipp (Respondens): *De iuribus ac privilegiis senectutis*, Argentorati 1708; Willmanns, Franz (submitit): *Disputatio Inauguralis Juridica de Jure senum*, Duisburg 1711; Martini, Nicolaus (Praeses)/Joensen, Henricus (Respondens): *Dissertatio Inauguralis Juridica De iure senum singulari, Von Begnadigung und Freyheiten alter Leute*, Halae Magdeburgicae, 1714; Petersen, Johann Christian/Mantzel, Ernst Johann Friedrich: *De potioribus aetatum privilegiis*, Rostock 1721; Hoffmann, Conrad Philipp: *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria, senis cum juvencula et vetulae cum juvene sive Vom Heyrathen alter Persohnen*, Regiomonti & Lipsiae 1722; Cocq, Friedrich Lud.: *Disputatio de honore ac privilegiis senum*, Ultraiecti 1735; Rivinus, Andreas Florens (Praeses)/Klügel, Ernst Gottfried Christian (Respondens): *De senectute non honorata*, Wittenberg 1759; Rudloff, Wilhelm August (Praeses)/Cremer, Johann Wilhelm (Respondens): *De iure senii in familiis illustribus*, Bützow 1769; Breuningius, Chr. Henr.: *Diss. Quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non comparent?*, Lipsiae 1772; Ploucquet, Wilhelm Gottfried, *Vom menschlichen Alter und den davon abhängenden Rechten*, Tübingen 1779; Püttmannus, J. L. E.: *De nuptiis senum*, Halle 1782; Christian Gottlieb Hommel (Praeses)/R. G. Winckelmann (Respondens): *Diss. inaug. de iurib. senum singularibus*, Vitemb. 1790.

la tarea de comprobar que las personas mayores se encuentran siempre mejor posicionadas que otras ante el derecho.

El contenido, la extensión y la estructuración de estos tratados varían. La mayoría se limita a ciertos aspectos claves, como los privilegios que tienen los ancianos en materia judicial, penal y pública. Sin embargo, también hay una obra que expone los privilegios en orden alfabético, complementado en anexos (Thomas Actius 1603), y otra que abarca prácticamente todas las materias del derecho: la *Gerontologia seu Tractatus de iure senum* del alemán Theodosius Schöpffer (1705).

En las publicaciones que surgieron del contexto universitario, generalmente se encuentra una sección destinada a la etimología y a la tópica, aunque ya con mucha reserva hacia este método²¹. A continuación se consideran diversos problemas, generalmente en cinco a diez capítulos. Los *Heptas Questionum de Jure Senectuti* de 1662, abordan por ejemplo el interrogante de las penas más benignas en el derecho penal, los privilegios en honor a la ancianidad, algunos en razón de dolencias físicas y de la *prudentia* y *auctoritas*, así como la cuestión acerca de si el *senex* sufre restricciones en su capacidad de actuar²². Una tesis doctoral publicada en el año 1663 en Estrasburgo que comienza con informaciones etimológicas, plantea que las personas mayores nunca se encuentran ante el derecho en una peor situación que las personas en otra etapa de la vida y que ellos gozan de derechos honoríficos especiales: *Senes semper esse & fuisse Deo amabiles*, razón por la cual deben ser respetados especialmente. Finalmente se aborda el tema acerca de como determinar la edad en la práctica. Otros tratados dividen la materia según los distintos ámbitos del derecho, como por ejemplo, la ya mencionada tesis doctoral del año 1664, guiada por el célebre jurista alemán Georg Adam Struve de la Universidad de Jena, sobre los *Jura ac privilegia senectutis*²³.

²¹ MEIER/WABST (1738). *Disputatio inauguralis juris privati communis et saxonici de jure aetatis, Erfordiae*, § II, donde se dice que la búsqueda de un sentido en la etimología parece [...] *sterilis* y parece tener *parum vel nihil utilitas*.

²² DECKHERR (1662), *Quaestio I - Quotus annus secundum Jus Civile sit initium senectutis?; Quaestio II - Quot sint senectutis partes?; Quaestio III - An senes in delictis mitius puniri debeant?; Quaestio IV - An Privilegia senibus in honorem senectutis competant?; Quaestio V - Quanam privilegia propter infirmitatem senibus LL. tribuantur?; Quaestio VI - Quanam privilegia senes habeant propter prudentiam & auctoritatem?; Quaestio VII - Utrum senibus jura quadam, maioribus 25 annis alias competentia, ob senectutem auferantur?*

²³ STRUVE/WILDT (1664), *Praelogium; Caput I - [no hay título]; Caput II - De Senectutis Definitione & Divisione; Caput III - De Juribus ac Privilegiis in Dignitatibus, Muneribus & Oneribus; Caput IV - De Juribus Senectutis in Judiciis; Caput V - De Juribus ac Privilegiis Senectutis in Carceribus, Torturis atque Poenis sustinendis; Caput VI - De Juribus & Privilegiis senectutis in Contractibus, Donationibus, Nuptiis, Arrogationibus, Manumissionibus & Testamentis.*

3. DEFINICIÓN DE LA *SENECTUS*

Al acercarnos al contenido de las obras, cabe preguntarse primero cuando comienza la ancianidad. En la mayoría de los textos se decía —tal como hoy en día— que el momento a partir del cual esta etapa comienza, era «bastante dudosa» de establecer²⁴. Lo único seguro parecía el hecho que no podía determinarse con exactitud uniforme un momento del inicio de la ancianidad, y tampoco podía establecerse una definición general. Los autores destacaban que la misma persona podía ser clasificada según el contexto concreto del cual se trataba, como *senex* o como *non-senex*²⁵, y los autores eran conscientes de la relación existente entre el modo de vida y su influencia sobre el proceso del envejecimiento²⁶. Generalmente se decía, según cada región y el modo de apreciación general, que los 50, 60 o 70 años eran considerados como el inicio de la ancianidad²⁷.

Esta aparente imprecisión tuvo su causa en la diversidad de las determinaciones que se encontraban en las fuentes del derecho, especialmente en el Derecho Romano y el *ius commune*²⁸. Por ejemplo, la obligación de aceptar el cargo del decurio finalizaba con los 55 años (D. 50.2.2.8)²⁹, la *Lex Falcidia* establecía 60 años como un límite (D. 35.2.68)³⁰, los 70 años cumplidos liberaban de la asunción de la *cura y tutela* (Inst. 1.25.13; D. 27.1.2.pr) y de otras *munera* (D. 50.6.3.pr). Como todas las normas se referían a un caso particular era imposible

²⁴ BECHMANN/ADAM (1661), Th. XXII: *Cuius terminus quo definere debeat, magis dubius est, tum quod nihil prorsus leges constitutum relinquunt, tum quod habitus corporis, & qualitas aetatis eius, ex quibus terminus commensurari debeat Jurisperitis haut innotescere possit*; cfr. también DECKHERR/LESSIUS (1662), *Quaestio I- Quotus annus secundum Jus Civile sit initium senectutis?*

²⁵ BECHMANN/ADAM (1661), Th. XXII: *Nam cum in jure ex supra allegatis textibus idem homo eodem tempore quo diversitate rei & senex & nonsenex dicatur [...]*; REBHAN/EBNER (1663), Cap. II: *quo anno juvenus terminetur, atque senectus incipiat, jure nostro definitum non est.*; STRUVE/WILDT (1664), Cap. II: *Doctores equidem in statuendo principio hujus aetatis non conveniunt, sed diversa in hac controversia fovent sententias.*

²⁶ REBHAN/EBNER (1663), capítulo II: *[...] siquidem evidentia docet, temperamentorum, modorumque concretionis diversitatem, morbosae, labores, passiones, desideria, zelum, iracundiam, curas & mala alia (Erasmii verbis utor) nonnunquam senium accelerare, atque ita promovere, ut alter, qui huiusmodi molestiis non fuit infestatus, hoc ipso aetatis anno adhuc vegetus & succiplenus sit, quo alter qui jugi aegrimoniam laboravit, penitus enervatus & senectae aetatis videatur & siquidem simul uno eodemque tempore & senex & non senex esse dicitur possit [...]*.

²⁷ Cfr. extensamente Jacobus Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis libri duo* [...], *Coloniae Agrippinae*, 1615, Lib. II, Casus LIX: *Qua aetate senex quis censeatur.* STRUVE/WILDT (1664), capítulo II: *[...] tradit, Senectutem inchoare vel ab anno 50. vel 60. vel 70. secundum varias regiones & vulgi opinionem.*

²⁸ Para un panorama sobre la normativa romana acerca de la ancianidad cfr. D. DALLA (1995, II: 287-321) y GUTSFELD (2003: 161-179).

²⁹ Véase BECHMANN/ADAM (1661: XXXII), DECKHERR/LESSIUS (1662), WIGANDT (1701: 44).

³⁰ DECKHERR/LESSIUS (1662), WIGANDT (1701:44).

generalizar un límite, más aún cuando la medicina tampoco ofrecía una definición inequívoca³¹.

Frente a esta disparidad, típica del derecho de la época, algunos autores remitían al libre arbitrio del juez³² aquellos casos en los cuales no se aplicaba ninguna disposición especial. Otros en cambio, opinaban que por razones pragmáticas debía definirse una pauta³³ y establecían un período entre los 50 y los 100 años³⁴. La terminación de la *senectus* con cien años estaba relacionada con la presunción de vida para los casos de desaparición. Algunos autores opinaban que esta práctica correspondía a la que aplicaba la Corte Imperial para la admisión de testigos *ad perpetuam memoriam*³⁵. Sin embargo, el libre arbitrio del juez no quedaba excluido y podía emplearse en forma correctiva, siempre y cuando no estuviera establecida expresamente la cantidad de años³⁶.

Siendo imposible efectuar una determinación numérica de la ancianidad, algunos autores trataban de establecer otros criterios para definir o circunscribir la *senectus*. En este contexto encontramos un recurso en la etimología, que define la *senectus* por su proximidad con la muerte, sosteniendo que la persona es «semi – ex»:

³¹ Cfr. ZACCHIAS (1666, esp. Lib. I, Tit. 1, q. I: *Quid sit Aetas*; Lib. I, Tit. 1, q. IX), SCHÄFER (2004).

³² LEHMANN/VON BEUST (1670), capítulo I, Nr. IV: *Restat ergo, ut in casibus, in quibus certus aetati terminus non est assignatus, totum Judicis arbitrio relinquamus, quando aliquis senex sit habendus*. REBHAN/EBNER (1663), Cap. I: *In qua opinionum varietate, cum verisimilius sit, Romanus numquam juventutem & senectutem ad certos annos restrinxisse; tutissimam eorum sententiam duco, qui aetates has arbitrio judicis discernendas relinquunt*.

³³ STRUVE/WILDT (1664), capítulo II: *Cum autem conducibilius sit hanc in re certam habere regulam, quam eam in suspenso relinquere, placuit non tantum cum Glossa [...] sed & aliis Doctoribus [...] annum denominare Quinquagesimum*.

³⁴ STRUVE/WILDT (1664), capítulo II: *Senectutem cum Doctoribus definio, quod sit ultima hominis aetas, inchoans ab anno quinquagesimo & finem suum determinans in anno centesimo*. Similar SCHWENDENDÖRFER/MELCHIUS (1667), capítulo VII: *Describo igitur Senectutem cum Dd. quod sit sexta hominis aetas regulariter incipiens ab anno 50 perfecto & currens usque ad annum 70 [...] Testatur [...] quod etiam in Camera quinquagenarii pro senibus reputentur*.

³⁵ STRUVE/WILDT (1664), capítulo II: *Et hanc opinionem etiam in Camera Imperiali Spirensi receptam esse, testantur [...] ubi praeterea notandum, quinquagenarios testes ad perpetuam rei memoriam ante litem contestatam posse examinari, cum tamen regulariter alias rejiciantur [...] & nulli nisi senes & valetudinarii admittantur*. Véase también SCHWENDENDÖRFER/MELCHIUS (1667), capítulo VII.

³⁶ Explícitamente WIGANDT (1701: 44): *Hinc si in aliqua Lege Senectae sit mentio expressa, dum pro isto actu vel negotio senectus incipienda est, ubi vero Lex tacet, judicis eloquio hanc de senectute alterationem esse relinquendam & nos arbitramur*. También STRUVE/WILDT (1664), capítulo II: *Hoc quidem negari nequit, judicis arbitrium in nonnullis casibus esse necessarium, v.g. in munere preferendae pecuniae [...] item in poenis & torturis affligendis, testibus examinandis, & c. de quibus [...] etiam dixi, exinde vero minime sequitur, initium senectutis semper dependere ex arbitrio Judicis; Quod etiam patet ex [...] in sene septuagenario a tutela ipso Jure immuni, ubi Judicis arbitrio nihil relinquitur*. LEHMANN/VON BEUST (1670), capítulo I, número I.

*senex nonnullis dicitur quasi semine, i. e. semiortuus, morti propinquus*³⁷. Una diferencia cualitativa que aparecía frecuentemente era la que se hacía entre la *senectus* como tal y la *senectus decrepita*, es decir, entre la edad avanzada y la decrepitud en razón de la edad³⁸. Sobre la *senectus decrepita* se proyectaban las consecuencias negativas: *el defectus ingenii atque prudentiae* y la pérdida de la memoria³⁹, mientras el simple *senex* permanecía siendo el anciano honorable. Sin embargo, también esta división creaba nuevos problemas. Muchas de las reglas desarrolladas para la simple *senectus* no podían aplicarse a la *senectus decrepita* y viceversa⁴⁰ y además casi no podía establecerse una distinción entre el *senex decrepitus* y el enfermo. También encontramos otra forma de determinación de la ancianidad que podría llamarse una «determinación moral». La edad, se decía en el tratado de Struve del año 1664, solo debía alabarse en los casos en los cuales se destacaba por la virtuosidad y no en función de la «cantidad de días cumplidos»⁴¹. Una similar connotación moral se encuentra en una obra contemporánea que decía que los únicos excluidos de los privilegios son los que se mostraban «indignos»⁴².

Mirando los intentos infructuosos de encontrar una definición inequívoca de la *senectus*, puede resumirse que el acceso al goce de los derechos especiales parecía estar en su mayoría en manos de la discrecionalidad del juez. Esto no solamente fue típico de la cultura jurídica de la época, centrada en la idea del *Judex perfectus*, sino también correspondía a las realidades de la vida en la temprana Edad Moderna. Para la mayoría de la población la determinación exacta de su edad resultaba todavía insignificante⁴³, y la percepción temporal individual se guiaba por otros criterios⁴⁴. Además, parece que en los siglos XVI y XVII, la inseguridad respecto de la propia

³⁷ SCHWENDENDÖRFER/MELCHIUS (1667), capítulo VII.

³⁸ BECHMANN/ADAM (1661), Th. XXXIII: *Decrepitati vero maximum virium defectum adscribamus*. Extensamente Deckherr/Lessius(1662), *Quaestio II: Quot sint senectutis partes?* Falckner/Bergner (1668), capítulo III, Th. 4 distingue: *Non senes sunt illi, qui virilis & robustae [...] justae [...] corroboratae aetatis sunt [...] Illis ergo hoc loco potius favendum, qui senectute laborant, cujus initium cum non semper certum sit, judex moderabitur: nisi lex [...] ubi 70 [...] vel [...] ubi 55. annorum sit mentio, id specialiter determinaverit.*

³⁹ SCHWENDENDÖRFER/MELCHIUS (1667), capítulo VII: *Cum igitur in decrepito plerumque deprehendatur ingenii atque prudentiae defectus, [...] memoriamque is excidat.*

⁴⁰ SCHWENDENDÖRFER/MELCHIUS (1667), capítulo VII: *Sed etiam hoc ipsum necessarium videatur, cum nonnulla in jure circa senem disposita in decrepito non procedant, & vice versa multa circa decrepitem, quae seni accomodare nequeant.*

⁴¹ STRUVE/WILDT (1664), capítulo III, N° 18: *Senectus quippe illa laudatur, quae virtute non quae numero dierum consistit [...] cum illa ex numero annorum solum computata non sit diuturna.*

⁴² REBHAN/EBNER (1663), capítulo III: *privilegium hoc indeterminatum est, neque ullum cujuscunque sit status, conditionis, aut qualitas (modo coetera ob mores hoc privilegio non indigni) excludit.*

⁴³ Véase FUCHS (2002, 1, 89-154; 2001: 141-164).

⁴⁴ FUCHS (2001: 148).

edad aumentaba con el transcurso de la misma, y cuando se daban datos acerca de la edad, estos se verbalizaban con limitaciones relativas del tipo «aproximadamente», ya que muchas personas no sabían nada acerca de su edad o solamente eran capaces de determinar su edad con gran vaguedad⁴⁵. Será la introducción de la matrícula de bautismo durante el siglo XVI que cambiará la situación, por lo menos en Europa Central. Sin embargo, aún luego de la introducción de los registros de bautismo, se admitía la determinación de la edad establecida de acuerdo a la proximidad del nacimiento con determinados eventos, como por ejemplo, las guerras, la celebración de tratados de paz, la peste, la muerte de personas famosas, o mediante los certificados presentados por los parientes, médicos o parteros⁴⁶.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS: LOS *PRIVILEGIA SENUM*

Si bien obviamente no era fácil determinar quién accedía y en qué caso a qué privilegios, cabe preguntarse qué privilegios podían invocarse por ser anciano.

El conjunto de privilegios del que gozaba la persona denominada *senex* es amplio y heterogéneo. Para dar un panorama representativo, parece útil dejarse guiar por la tesis doctoral dirigida por Georg Adam Struve en el año 1664, que no solamente se recomienda por el prestigio del mismo Struve que funcionaba como *Praeses* de la tesis doctoral, sino porque la misma parece haber sido considerada ejemplar por los mismos contemporáneos. No solamente fue publicada en el año 1664 y plagiada en una disertación de Estrasburgo del año 1708⁴⁷ sino que fue reeditada como monografía con el nombre de Struve en 1737.

En la obra comienza a analizarse —después de capítulos introductorios acerca de la definición de la *senectus*— los derechos relativos a los honores, las funciones y las cargas (capítulo III). Como en casi todos los tratados referidos al tema, se resalta la honra a los ancianos por parte de los romanos y otros pueblos de la antigüedad (Nº 1-5). Al respecto, se enuncian algunos privilegios generales que les correspondían a los ancianos. El respeto para con los *senes* se demuestra, según el autor, concretamente en el hecho de levantarse en su presencia, cederles el lugar y básicamente en concederles la palabra, como por ejemplo en votaciones y sentencias (Nº 6-9). Asimismo, para el otorgamiento de cargos laicos y eclesiásticos los ancianos tienen —sigue la obra— la prioridad frente a los más jóvenes, ya que los *senes* tienen, por experiencia, mayor juicio y son más seguros e inteligentes. Los más jóvenes tienden, en cambio, a un juicio apresurado (Nº 10-12).

⁴⁵ FUCHS (2001: 151; 2002: 121).

⁴⁶ REBHAN/EBNER (1663, capítulo IV).

⁴⁷ FELTZ (1708), especialmente los capítulos III, IV y V.

Sin embargo, este privilegio no era ilimitado. El autor destaca que existen casos en cuales los más jóvenes eran preferidos a los ancianos por su gran inteligencia y conocimientos. La elección de un abad, algo que ocurría con frecuencia, es un ejemplo (Nº 13-18). Los *senes* debían gozar —en el ejercicio de un cargo— de una cierta protección de permanencia. Una vez que un *senex* era elegido no debía ser separado de su cargo únicamente a causa de su edad. Si no podía cumplir con sus funciones adecuadamente debía asignársele un coadjutor. La retribución de este último no debía ser descontada de la del *senex*. Por lo demás, concluye el autor, es un precepto de religiosidad, el cuidar y atender al *senex* (Nº 19-21).

Según el autor, el *senex* gozaba de determinados privilegios en lo que atañe los deberes públicos. Al respecto, el derecho romano ofrecía una rica casuística que fue invocada y adaptada a los tiempos modernos. En el derecho romano, todas las personas mayores de 55 años debían ser exceptuadas de los *munera* que requerían esfuerzos corporales, razón por la cual se debatía eximir a los cincuentenarios del servicio militar, de las guardias de portales y de los servicios de guardia (Nº 22-29). También debían ser eximidos del deber de tutela y curatela los *senes* a partir de los 70 años de edad. Se consideraba que esa edad ya de por sí era lo suficientemente fatigosa (Nº 31-37). Sin embargo, según la obra, la edad no era motivo para eximir a una persona de los tributos patrimoniales (Nº 38-40) ni tampoco de las contribuciones generales como el «centavo común».

En el proceso judicial que se tratará en extensión en el próximo capítulo del tratado (capítulo IV), los *senes* muchas veces oficiaban como *iudex*, y el autor escribe sobre la presunción que las personas mayores eran las más ilustradas, tenían mayor entendimiento sobre la moral y un sentido de justicia más elevado⁴⁸. Tampoco existían motivos para separar, en general, a personas mayores de 70 años del cargo de *iudex*, ya que como se dice, no todos los mayores de 70 años han perdido la razón. Resultaba diferente con los débiles mentales. En dichos casos, dice el autor, debía permitirse que los *senes* continuaran portando un título y percibiendo una remuneración pero ya no podían continuar ejerciendo su cargo.

Un problema importante era si un *senex* podía ser demandado por una persona más joven. Algunos preceptos jurídicos romanos —como por ejemplo D. 2.4.6— establecían que los padres o según se infería, la persona a quien se le tributaba *reverentia*, no podían ser demandados o únicamente podían serlo con el consentimiento del pretor. También en la Biblia se enuncia algo similar (1 Tim 5, 17-19). No obstante, según el tratado era de presumir que, en principio,

⁴⁸ STRUVE/WILDT (1664), capítulo IV, número 6: *Senes igitur, qua tales nec L. L. nec natura impediuntur Judices constitui [...] sed cum in illis major scientia, morum gravitas & justitiae cultus vehementior quam in junioribus praesumatur.*

todos eran pasibles de ser demandados, a menos que existiese una prohibición expresa, y los *senes* no estaban exentos de ser demandados (Nº 12-15). En otras palabras: aún cuando los jóvenes indudablemente debían venerar a los mayores, este privilegio de veneración no impedía enjuiciarlos, lo cual es una referencia a la independencia que tenía la esfera legal, pero que a su vez era relativizada por normas sociales que se diferenciaban de ellas (Nº 16-18)⁴⁹.

Respecto de los testigos ancianos se mencionan numerosas particularidades. En principio, los testigos debían presentarse ante el tribunal. Sin embargo, esto no era válido para las *personae egregiae* y los enfermos, como ya se podía leer en la Ley de las XII Tablas. Ellos debían ser retirados de su hogar por el juez y también debía ponerse a disposición de los mismos un carruaje y un caballo (Nº 19-23). Este privilegio se extendía a los *senes* (Nº 24-26). Algo similar era válido para la toma del juramento, que, en principio, debía ser pública y tener valor probatorio. Los *egregiae personae* y los enfermos podían, en cambio, prestar juramento en su casa sin que ello afectara el valor probatorio. Los *senes* también gozaban de este privilegio.

Según relata el autor, las declaraciones de un *senex* tenían mayor valor probatorio que las de una persona más joven. Asimismo, en cuestiones *ad perpetuam rei memoriam*, la declaración de un *senex* tenía preferencia, porque él mismo habría obtenido sus conocimientos de sus propias percepciones (Nº 41-46)⁵⁰. Las declaraciones de los testigos ancianos tenían especial importancia en caso de contradicciones entre las declaraciones de los testigos o de dudas. Contrariamente a la regla que, en caso de duda debían ser dadas por ciertas las declaraciones de los testigos del demandado y no del actor, las declaraciones del *senex* propuesto por el actor como testigo, tenían preferencia (Nº 47-49).

En el siguiente párrafo se cuestiona si los ancianos tenían privilegios con relación a la cárcel, las torturas y las penas, y cuales eran dichos privilegios. Ante todo, se cuestiona si los *senes* efectivamente debían ser encerrados. En vista que el sentido habría sido que el acusado no podía sustraerse del juicio y del castigo, no había razón, según la opinión del autor, para que los *senes* fuesen exceptuados (Nº 5-10). De todos modos, regía que «si el delincuente estaba encarcelado debía

⁴⁹ STRUVE/WILDT (1664), capítulo IV, número 16: *Reverentia equidem a Junioribus maxima exigitur, senectusque semper veneranda [...] ea tamen eo usque extendenda non est, ne in Jus vocari queant.*

⁵⁰ STRUVE/WILDT (1664), capítulo IV, número 41-46: *Deposito jam a Senibus testimonio, haud immerito eis, tanquam salutis aeternae memoribus & seculi fatuitatibus contemnentibus gravior fides indulgetur ac Junioribus [...] quia senes etiam magis probi praesumuntur quam Juvenes [...] Sermoque eorum veracior [...] Praesertim, quando de rerum memoria agitur [...] Eodem modo in factis antiquis & praepriis in limitibus probandis magis credendum est senibus, utpote qui quotidianam oculari inspectione notitiam habuerunt [...] circa illam limitum probationem dictis senum standum esse defendit, quoniam in sene major veritas rei, illiusque cognitio est praesumenda.*

ser cuidado, lo cual incluía que no se lo debía privar de la luz del día ni tampoco debía dañarse su salud a causa del frío u otro pesar mayor», como cita una sentencia judicial. A los enfermos se les podían otorgar condiciones de prisión más leves, que también eran válidas para los *senes*, en tanto estuviesen en malas condiciones de salud (Nº 11-14).

Con respecto a la cuestión si los ancianos debían ser sometidos a torturas, después de una referencia general a la discusión acerca de si las torturas eran compatibles con el derecho y la *aequitas*, se cita a algunos autores que, en general, querían eximir a los *senes*. Otros hacían una diferenciación entre los *senes robustos* y aquellos marcados por la edad. Nadie debiera querer eximir a los *senes robustos* de las torturas si no se los quiere alentar a cometer delitos, dice el texto. Al respecto se cita la autoridad de Benedict Carpzov quien sostuvo que eximirlos de las torturas «es querer abrir una ventana a la delincuencia»⁵¹. Según el autor, el *iudex* no debía prestar tanta atención al número de años, sino al estado de la persona, a fin de evitar que un acusado de 70 años o más fuera eximido de la tortura sin motivo. Si un médico certificaba bajo juramento que su aplicación no constituía un peligro para la vida, podía aplicarse (Nº 15-22). Con respecto a los *senes débiles* y a los *decrepiti* no existían reparos en prepararlos desnudos y atados para la tortura y de colocarles bastones en los pulgares para apretar, ya que al igual que las *aetas decrepita* no se los eximía totalmente del castigo, también había que adaptar la forma de tortura (Nº 23-25)⁵² Aun cuando los *senes* estaban eximidos de todas las torturas a causa de demencia y del deterioro corporal, les correspondía el juramento de purificación (Nº 26).

Seguidamente se tratará el tema si a los *senes* debían aplicárseles penas más leves. Dicha postura era rechazada en general por una serie de motivos (Nº 31-38). Con respecto a los delitos para los que se preveía la pena de muerte, se afirmaba que los *senes integrae mentis*, es decir los mentalmente sanos, también debían ser sometidos a la pena común, independientemente de su estado corporal. El autor cita nuevamente a Carpzov así como el veredicto del jurado de Leipzig para el Senado de Eisleben, del año 1635 (Nº 38-45): «La reclusa E. M. es condenada por el hurto cometido/ de público conocimiento/ sin que se respete que se trata de una mujer de 73 años/ a la pena de muerte y atada de pies y manos, aplicándose el rigor de la ley». Como se ve, nuevamente la edad avanzada como tal no acarrea consecuencias especiales.

⁵¹ STRUVE/WILDT (1664), capítulo V, número 19: *Robustus a tormentis exemptos esse nemo dixerit, nisi qui causam & ansam peccandi praeberere velit, ut loquitur D. Carpz. p. 3.q.119.n.38. sed potius aperiretur fenestra delinquendi senibus.*

⁵² STRUVE/WILDT (1664), capítulo V, número 24: *Quemadmodum enim decrepita aetas delictum minuit, non autem in totum tollit, ita & genus tormenti modumque torquendi moderatur [...].*

Con respecto a las penas corporales, como ser los azotes, la amputación de manos o los delitos para los que se preveía el destierro, se concluía lo antes señalado respecto de la tortura, es decir que se hacía una diferenciación entre los robustos y los débiles. Los *senes robustos* debían ser castigados con aún mayor dureza, porque se estimaba una energía criminal mayor. En esa oportunidad se informa que en junio de 1664 —es decir pocas semanas antes de la defensa de la tesis fechada del 21 de julio— se había sentenciado en la misma ciudad a un anciano de 75 años a azotes. Es imaginable que este caso generó revuelo y dio lugar a la elección del tema de esta tesis doctoral (Nº 50-53).

A continuación se tratarán los contratos, las donaciones, la celebración de matrimonios y algunas otras cuestiones, así como también el derecho hereditario. Se destaca que, en principio, no existían limitaciones respecto de la capacidad de hecho, en tanto existiese la *integritas mentis*. Respecto de la capacidad de prestar declaración regía, asimismo, que el derecho preveía únicamente un *terminus a quo*, aunque no el *ad quem*. En general, se presumía que un *senex* tenía pleno uso de sus fuerzas, aún si era débil corporalmente o estaba por morir. No se puede, sigue el autor, suponer simplemente que los moribundos estaban principalmente turbados mentalmente (Nº 44-48)⁵³. Únicamente en los casos en los que era evidente que los *senes* habían perdido la razón o deliraban, no podían testar (Nº 49-50).

Con respecto a la capacidad de contraer matrimonio (Nº 14-29) se expresa que no puede presumirse la impotencia general de los *senes* y se hace referencia a numerosos casos de hombres, mujeres o parejas ancianas que habrían procreado en una edad avanzada. Los matrimonios con un anciano, aun si hubiesen sido admisibles, eran desaconsejados, ya que se consideraba que serían infelices —el autor cita la frase: «el matrimonio con una joven significa la tumba para el anciano»—⁵⁴. Para finalizar, se trataban otros problemas jurídicos del matrimonio de las llamadas «parejas desiguales», como por ejemplo, en qué medida puede ser válida la presunción de paternidad para los niños nacidos de tales matrimonios. El resultado respecto de dichas cuestiones es que no regían ningún tipo de derechos especiales sino que debían aplicarse las reglas generales.

⁵³ STRUVE/WILDT (1664), capítulo V, número 24: *Senex autem, utcunque aliquis sit, utcunque etiam infirmus, semper praesumitur esse sanae mentis.*

⁵⁴ Cfr. STRUVE/WILDT (1664), capítulo V, número 27-28: *Omnibus tamen modis decrepitis & senibus, praepriis iis, qui viribus exhausti ad conjugia & matrimonia plane sunt impotentes ac incapaces, est dissuadendum matrimonium [...] cum experientia docente hae nuptiae plerumque tragicos sortiri soleant exitus, & juxta vulgare illud, sponsa puella certissimum sit seni sepulchrum.* Véase también WIGANDT (1701: 45): *Quae bello est habilis, Veneri quoque convenit Aetas: Turpe senex miles, turpe senilis amor.*

5. CONSIDERACIONES FINALES

Sintetizando lo dicho puede observarse que, si bien se han debatido numerosas peculiaridades de la edad avanzada como tal, finalmente no era esta la que acarrearía consecuencias jurídicas. A excepción de pocos casos en los que, según la tradición, se preveía alcanzar un determinado límite de edad numérico, fue la presencia de determinada condición que se vinculaba típicamente con la edad avanzada la que desencadenaba las consecuencias jurídicas previstas. Por ejemplo, la prudencia o, en sentido negativo, la decrepitud y la demencia. La pertenencia a una determinada etapa de la vida como la ancianidad constituía solamente una presunción de la existencia de dicha condición y de la aplicabilidad de los privilegios.

En este sentido, la mirada a los privilegios de la ancianidad confirma algunas observaciones hechas en relación a otros grupos de privilegiados, como las personas miserables⁵⁵. Cabe recordar en este contexto lo que escribió el obispo Gaspar de Villarroel acerca de quiénes son personas miserables: «No hay Derecho que de tal manera defina y determine las personas miserables que podamos hacer de ellas una lista; porque aunque en ellos se trata de algunas, no por eso se excluyen otras en quienes se halle semejante soledad, desamparo y desdicha», agregando que «entre tantas personas miserables, como señalan en sus libros los Doctores, pende el arbitrio del Juez declarar si es, ò no persona miserable, la que comparece en su Juicio, y si goza del privilegio»⁵⁶. En otras palabras: los textos del derecho común ofrecían una normativa apta para ciertos casos, dándole al jurista una propuesta normativa, pero era el juez quien finalmente daba a la norma propuesta la autoridad para el caso concreto.

Mirando la actitud frente a la ancianidad misma, los textos demuestran que ya en la literatura jurídica de la temprana Edad Moderna pueden encontrarse lo que la gerontología moderna llama el «modelo de competencia» y el «modelo de déficit» de la edad, es decir modelos de edad positivos y negativos, en los cuales se proyectan los estereotipos positivos y negativos de la ancianidad. Al igual que en la actualidad, no existía un modelo positivo o negativo sobre la edad, sino estereotipos contrapuestos que podían existir paralelamente: el anciano sabio e inteligente existe a la par del viejo frágil y senil, que se convierte en objeto de burla de los niños. Iban de la mano *Power and Poverty*, como se titula una reciente obra colectiva con aportes sobre la historia de la vejez⁵⁷.

⁵⁵ DUVE (2005), en prensa.

⁵⁶ DE VILLARROEL (1738, parte II, Quest. XIV, artículo III, número 5).

⁵⁷ OTTAWAY (2002). Para la historia de la vejez véase DUVE (2006) y obras estándar como por ejemplo MINOIS (1987: 329-394), LASLETT (1991), WELTE (1987: 1-32), JUTIKKALA (1999: 45-58).

Recogiendo estas imágenes colectivas, los textos jurídicos se insertan en un discurso sobre las edades que sirvió para estructurar las relaciones intergeneracionales. El constante llamado a venerar la ancianidad y honrar a los ancianos podía servir para protegerlos de las consecuencias negativas de la pérdida de sus capacidades físicas y también mentales⁵⁸. Las obligaciones de los más jóvenes de levantarse y ceder el primer lugar o la palabra a los *senes*, su prioridad para ocupar cargos civiles y eclesiásticos o que, a los fines de una mayor *prudencia*, se le atribuyera en caso de duda mayor valor probatorio a la declaración de un *senex*, son expresión y reafirmación de este lugar protegido en la sociedad.

Sin embargo, los textos también dejan ver que se esperaba de los ancianos un comportamiento conforme a las expectativas de las generaciones más jóvenes. Si faltaba la *prudencia* esperada la alabanza se convertía rápidamente en burla. Los *senes decrepiti* eran catalogados como *quasi delirantes*, como «infantiles y decrepitos» y la *senectus* como «otra infancia» *altera pueritia*⁵⁹. Cuando los ancianos cometían delitos, no solamente no gozaban de ningún privilegio sino incluso debían ser castigados con más dureza, ya que en realidad debían comportarse con mayor inteligencia que los más jóvenes, como expuso el autor de la tesis doctoral publicada en 1664 con el nombre de Struve. Asimismo, en la crítica a la «avaricia» y a la «codicia», que a menudo se le adjudicaba a la edad avanzada, se reflejaba la expectativa de los jóvenes que la generación mayor efectuara la transferencia del patrimonio a tiempo. Lo mismo puede decirse acerca del amplio espacio que los juristas dedicaron al caso de los matrimonios de «parejas desiguales», es decir a la unión de personas, cuya diferencia de edad era muy grande⁶⁰. Estas uniones, muy frecuentes en un mundo con una alta mortalidad femenina en años de juventud, significaba en muchos casos, una ruptura con la distribución de los bienes esperada por la generación joven —en lo material—, por crear un nuevo heredero, muchas veces de la misma generación de los hijos de las primeras nupcias, como también en lo sexual, cuando una persona joven se casaba con una de avanzada edad y no con una de su misma generación. Estas uniones parecían reprochables

⁵⁸ Cfr. por ejemplo en PEIL (1992), capítulo I, DECKHERR/LESSIUS (1662), *Quaestio IV: Honorem senibus exhibendum, imperat D.O.M. summus Legislator in Pandectis Sacris*; REBHAN/EBNER (Anm. 26), Cap. III: *senes semper esse & fuisse Deo amabiles*. WIGANDT (1701), *Non inter jura sed magis aptitudinem [...] refero Reverentiam, orta ex eo quod senes Deo sint amabiles [...] inter omnes gentes Aetatem senilem venerabilem fuisse testatur D. Ambrosius [...]*; SCHWENDENDÖRFER/MELICHUS (1667), capítulo VII, § 3: *Qualis reverentia, quantusque honor senibus exhiberi debeat, sacrae nos docent paginae*.

⁵⁹ STRUVE/WILDT (1664), capítulo V, número 46-4 y capítulo VI, número 50. También en SCHACHT/MOLLER (1744, capítulo VI). *Disputatio juridica inauguralis de eo quod iustum est circa varias hominum aetates*, Helmstedt.

⁶⁰ COUPE (1967: 661-671).

y desaconsejables, según la opinión unánime de los autores, especialmente en los casos del matrimonio entre una mujer anciana y un hombre joven, aunque jurídicamente estos matrimonios eran sin duda alguna válidos.

De esta forma los textos, a pesar de ser en su gran mayoría, frutos de un ejercicio académico, y no de la práctica judicial, nos presentan un cuadro variopinto de ideas colectivas acerca de la ancianidad, esta fase de la vida «que todos quieren tener, y una vez obtenida, todos rechazan», como dice uno de los juristas citados, Theodosius Schöpffer, en el *Proemium* de su *Gerontología, seu Tractatus de iure senum*⁶¹.

BIBLIOGRAFÍA

ACTIUS (Azzio), Thomas

1604 *Tractatus novus legalis de infirmitatibus eiusque privilegiis et effectibus cum auctoris Tractatibus duobus de privilegiis praegnantium, et de senectutis praerogativa*. Francofurti: 1604, 1609, 1625.

ADAM CLEMENS, Robert Balthasar,

1736 *De aetate et insignioribus eius in civili et ecclesiastico iure effectibus*. Erfurt.

AÍSA GARÍN, Carolo

1968 *El concepto de ius singulare en el derecho romano*. Jaca.

ÁLVAREZ DE VELASCO, Gabriel

1663 *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum. Lugduni, Pars II, Quaest. XVII: ¿Utrum senex miserabilis sit persona?*

AZO (Porcius)

1506 *Summa super codicem* [...]. Augustae Taurinorum.

BECHMANN/ADAM

1661 *De aetate eiusque iure et privilegiis*. Jenae.

BRAUN, Hartmann

1612 *Speculum senectutis, die erste: Canities veneranda; die ander: Senectus opanda; die dritte: Corona senum; die Vierdte: Aetatis praerogativa*. Giessen.

BREUNINGIUS, Chr. Henr

1772 *Diss. Quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non comparent?* Lipsiae.

⁶¹ SCHÖPFFER (1705): *Aenigmatice tibi, benevole Lector circa initium proferam quaestionem: Quid putas esse, quod omnes expetunt & exoptant, & adeptum recusant...?*

CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo

2004 «La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del ‘favor protectionis’». En *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo, a cura di Orazio Condorelli*, I, Roma: pp. 469-489.

CHOKIER DE SURLET, Jean de

1647 *Tractatus de senectute, in quo illius elogia, privilegia, commoda, sive etiam incommoda [...] explicantur*. Streel.

COCQ, Friedrich Lud.

1735 *Disputatio de honore ac privilegiis senum*. Ultraiecti.

COING, Helmut

1996 *Derecho privado europeo*. Tomos I y II. Traducción y apostillas PÉREZ MARTÍN, Antonio, Madrid.

COUPE, W. A.

1967 «Ungleiche Liebe – A Sixteenth Century Topos». *The Modern Language Review*, pp. 661-671.

DABOVE CARAMUTO, María Isolina

2002 *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires.

DALLA, D.

1995 «Le fonti giuridiche». En MATTIOLI (compilador), *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico*. Tomo II, et al. Roma.

DANCKELMANN, Daniel Ludolf

1669 *Diss. de beneficiis senectutis*. Heidelberg.

DECKHERR, Friedrich (praeses) y LESSIUS, Georg (respondens)

1662 *Heptas quaestionum de jure senectutis*. Argentorati.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1991 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE VILLARROEL, Gaspar

1656/57 *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Madrid, I, II. (Reimpresión Madrid: 1738).

DUVE, Thomas

2004 «La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano». En LOSANO, Mario (editor), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*. Milano.

- 2005 «Los privilegios de los Indios: ¿Derecho local?». En *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Córdoba, España (en prensa).
- 2006 «Generationengerechtigkeit und Altersversorgung in der juristischen Literatur zur Rechtsstellung alter Menschen des 17. und frühen 18. Jahrhunderts». En BRAKENSIEK, STOLLEIS, WUNDER (compiladores), *Generationengerechtigkeit? Normen und Praxis im Erb- und Ehegüterrecht 1500-1850*. Berlín. FABIUS
- FALCKNER, Christophorus (praeses) y BERGNER Bernhardus (autor)
1668 *De favore iuris disputatio*. Jenae.
- FELTZ, Johann Heinrich (praeses) y ELBERT, Joseph Philipp (respondens)
1708 *De iuribus ac privilegiis senectutis*. Argentorati.
- FLISCUS, Sinibaldus
1570 *Commentaria*. Apparatus in V Libros Decretalium, ad X.1.29.38, N° 1. Francofurti.
- FOMANN, Ortolph
1620 *De aetatibus earumque privilegiis*. Jenae.
- FUCHS, Ralf-Peter
2001 «Protokolle von Zeugenverhören als Quellen zur Wahrnehmung von Zeit und Lebensalter in der Frühen Neuzeit». En BAUMANN Annette (editora), *Prozessakten als Quelle. Neue Aufsätze zur Forschung der höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, et al.* Köln.
- 2002 «Erinnerungsschichten: Zur Bedeutung der Vergangenheit für den 'gemeinen Mann' der Frühen Neuzeit». En SCHULZE Winfried (compilador), *Wahrheit, Wissen, Erinnerung. Zeugenverhörprotokolle als Quellen für soziale Wissensbestände in der Frühen Neuzeit*. Münster.
- GUTSFELD, Andreas
2003 «Das schwache Lebensalter. Die Alten in den Rechtsquellen der Prinzipatszeit». En A. GUTSFELD/W. SCHMITZ (compiladores), *Am schlimmen Rand des Lebens? Altersbilder in der Antike, et al.* Köln.
- HEINECIO, Juan
1888 *Recitaciones del Derecho Civil Romano de Juan Heinecio*. Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, octava edición, Valencia.
- HERSELER, Aegidius Heinrich
1692 *Dissertatio Juridica Inauguralis de Jure Senum*. Duisburg.

HOFFMANN, Conrad Philipp

1722 *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria, senis cum iuvenula et vetulae cum juvene sive Vom Heyrathen alter Persohnen.* Regiomonti & Lipsiae.

HÖPFNER, Ludwig

1833 *Theoretisch-practischer. Commentar über die Heineccischen Institutionen.* Octava edición, Francofurte/Meno.

HOMMEL, Christian Gottlieb (praeses) y WINCKELMANN, R. G. (respondens)

1790 *Diss. inaug. de iurib. senum singularibus.* Vitemb.

JUTIKKALA, Eino

1999 «Aspects of the history of ageing». En *Academia Scientiarum Fennica Year Book.*

LASLETT, Peter

1991 *A fresh map of life. The emergence of the third age.* Cambridge.

LEHMANN, Theodosius (praeses) y BEUST, Carl Friedrich von (respondens)

1670 *De iuribus ac privilegiis senum.* Jenae.

LÓPEZ, Gregorio

1555 *Las Siete Partidas.* Salamanca: 3.18.41.

MARTINI, Nicolaus (praeses) y JOENSEN, Henricus (respondens)

1714 *Dissertatio Inauguralis Juridica De Jure senum singulari, Von Begnadigung und Freyheiten alter Leute.* Halae Magdeburgicae.

MEIER, Johannis Henricus (praeses) y WABST Christianus Gottlob (respondens)

1738 *Disputatio inauguralis juris privati communis et saxonici de jure aetatis.* Erfordiae.

MENOCHIUS, Jacobus

1615 *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo [...].* Coloniae Agrippinae, libro II, Casus LIX.

MINOIS, Georges

1987 *Historia de la vejez. De la antigüedad al renacimiento.* Madrid.

NEANDER, Samuel

1621 *De coniugio senum decrepitorum cum iuvenulis succiplenis discursus politico-iuridicus.* Frankfurt/Oder.

ODOFREDUS

1552 «In primam Partem Infortiati Commentarii». En *Digestum Novum Commentarii, Lectura Super Codicem*. Lugduni, folio 148r - v.

OLDENDORPIUS, Johannes

1559 «De privilegiis egrigiarum personarum et quae valetudine impediuntur». En *Opera Iohannis Oldendorpii Iurisconsulti* [...]. I-II. Basileae.

ORESTANO, Riccardo

1939 «Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dommatico». En *Annali della Università di Macerata*, XI, 5-105 y XII/XIII, 5-106.

OTTAWAY, Susannah R.

2002 *Power and Poverty. Old Age in the Pre-Industrial Past*. Westport, Connecticut.

OOSTERDYK SCHACHT, Johannes (praeses) y MOLLER Heinrich (respondens)

1744 *Disputatio juridica inauguralis de eo quod iustum est circa varias hominum aetates*. Capitulo VI. Helmstedt.

PEIL, Johann

1643 *De Privilegiis senum, quibus illi apud deum et homines gaudent*. Vesaliae Clivorum.

PETERSEN, Johann Christian/MANTZEL, Ernst Johann Friedrich

1721 *De potioribus aetatum privilegiis*. Rostock.

PIANO MORTARI, Vincenzo

1958 «Ius singulare e privilegium nel pensiero dei glossatori». *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, serie. 3, volumen 8, pp. 92, 1957-1958, 271-350.

PLOUCQUET, Wilhelm Gottfried

1779 *Vom menschlichen Alter und den davon abhängenden Rechten*. Tübingen.

PÜTTMANNUS, J. L. E

1782 *De nuptiis senum*. Halle.

REHAU, Johann (praeses) y EBNER Johann Paul (respondens)

1663 *De iure senum senectutibus privilegiis*. Strassburg.

RIVINUS, Andreas Florens (praeses) y KLÜGEL, Ernst Gottfried Christian (respondens)

1759 *De senectute non honorata*. Wittenberg.

RUDLOFF, Wilhelm August (praeses) y CREMER, Johann Wilhelm (respondens)

1769 *De iure senii in familiis illustribus*. Bützow.

SCHÄFER, Daniel

2004 *Alter und Krankheit in der Frühen Neuzeit. Der ärztliche Blick auf die letzte Lebensphase.* Francoforte.

SCHRÖTE, Johann (Praeses) y MURHARDT, Johann Philipp (respondens)

1686 *Positiones inaug. De singulari senum iure.* Erfurt.

SCHÖPFFER, Theodosius

1705 *Gerontologia seu tractatus de iure senum.* Quedlinburgi.

SCHWENDENDÖRFER, Bartholomäus Leonhard (praeses) y MELCHIUS, Johannes Henricus Melchius (respondens)

1667 *De personarum aetate juridica [...].* Lipsiae.

STRUVE, Georg Adam (praeses) y WILDT, Gottfried (respondens)

1664 *Jura ac privilegia senectutis.* Jenae.

VOLCKMAR, Heinrich (praeses) y JACOBI, Theodor (respondens)

1657 *Diss. de iure et privilegiis senectutibus.* Lipsiae.

WELTE, Manfred

1987 «Das Altern im Mittelalter und in der frühen Neuzeit». En *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte.*

WIGANDT, Franz Anton Eckenbert

1701 *De iure aetatis personarum.* Argentorati.

WILLMANN, Franz (submittit)

1711 *Disputatio Inauguralis Juridica de Jure senum.* Duisburg.

ZACCHIAS, Paulus

1666 *Quaestiones medico-legales.* Francofurti. Libro I, título 1. q. I: *Quid sit Aetas.*
Libro I, título 1. q. IX: *De senio, seu decrepitate.*