

INFERIOR CONDICIO.
EL PUNTO DE PARTIDA CLÁSICO
DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA FEMENINA

Carmen Cortés Román
Universidad de Cádiz

RESUMEN

En estas líneas se aborda de modo preliminar el estudio de algunos escenarios jurídicos en los que la mujer se encuentra como sujeto de Derecho privado en la experiencia jurídica romana. La realidad femenina en el Derecho romano no es única, pero parte de una *inferior condicio*, la *infirmas sexus*, que la determina desde el nacimiento en todas las parcelas del Derecho privado. Sin embargo, las fuentes estudiadas permiten concluir que esas restricciones jurídicas en el Derecho de familia, tutela, capacidad negocial o Derecho sucesorio irán siendo matizadas a lo largo de la evolución jurídica romana, superando el modelo ideal femenino que las circunscribía al limitado papel de madre y esposa.

PALABRAS CLAVE: *Infirmas sexus*, mujer romana, *tutela mulierum*, madre tutora.

ABSTRACT

In the following lines, a preliminary study is made of some legal scenarios in which women are considered private law subjects in the Roman legal experience. The female reality in Roman law is not unique, but it starts from an inferior condicio, the infirmas sexus, which determines it from birth in all areas of private law. However, the sources studied allow us to conclude that these legal restrictions in family law, guardianship, business capacity or inheritance law will be nuanced throughout Roman legal evolution, overcoming the ideal feminine model that circumscribed them to the limited role of mother and wife.

KEYWORDS: *Infirmas sexus*, Roman woman, *tutela mulierum*, mother guardian.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNAS NOTAS SOBRE FILIACIÓN, MATRIMONIO Y PATRIA POTESTAD. 3. LA *TUTELA MULIERUM*, UNA INSTITUCIÓN CADUCA. 4. SOBRE LA CAPACIDAD PATRIMONIAL Y ACTIVIDAD NEGOCIAL DE LA MUJER ROMANA. 5. LA MUJER CAUSANTE Y EL *IUS TESTANDI*. 6. ¿MUJER TUTORA? EL PAPEL DE LA MADRE EN LA TUTELA DE HIJOS IMPÚBERES.

Carmen Cortés Román

1. INTRODUCCIÓN

La situación jurídica de la mujer en la antigua Roma ha centrado el interés de múltiples investigaciones en tiempos recientes, alumbrando su papel tanto en el ámbito privado, principalmente de madre e hija, como también en la esfera pública a través del estudio de personalidades excepcionales que participaron directa o indirectamente en la historia *romana*. La realidad de la mujer en Roma no es única. Es la suma de múltiples condiciones, diversas tipologías y estratificaciones que van siendo matizadas a lo largo de la extensión, tanto temporal como territorial de la experiencia romana¹. ¿Pero todas responden, o se pueden reconducir, a un único modelo ideal femenino propio de las *mores romanas*?

La *mulier romana*, condicionada desde el nacimiento por la *infirmetas sexus*, convive con las limitaciones a su capacidad jurídica y de obrar en el *ius civile*, al no ser considerada *civis optime iure*; atributo íntegramente masculino. A razón de esa debilidad biológica, se encuentran sometidas a la *patria potestas*, la *manus maritalis* o, en su defecto, a la vitalicia *tutela mulieris*. Su participación está prohibida en los *solemnia verba* y en los *virilibus officis*, y las mujeres están limitadas a hablar públicamente en el foro u otros ámbitos políticos². En definitiva, «*deterior est condicio feminarum quam masculorum*»³. No obstante, la intervención de la mujer en la esfera jurídica fue progresivamente más perceptible hasta ser reconocida *de facto* por las fuentes de autoridad, posiblemente motivada a su vez por otros factores socioeconómicos, como el aumento de transacciones mercantiles o la presencia de extranjeros en el territorio romano. Estas circunstancias propiciaron importantes

¹ L. PEPPE, *Civis romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza a dell'identità femminili in Roma antica* (Lecce 2016) pp. 60-65.

² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano 1990) p. 168. Es Ulpiano quien presenta una síntesis «casi perfecta», en palabras del romanista Peppe, del papel de la mujer entre los límites de las funciones civiles inherentes al ciudadano romano y las funciones que regulan la potestad pública: «*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*». (D. 50,17,2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.). Precisamente una configuración basada en la prudencia y la costumbre permitió desarrollar otras normas específicas como el Edicto pretorio que impone la «*postulatio, nec pro alio intervenire*», es decir, la prohibición de postular a favor de terceros. Paradójicamente ésta, junto a otras prohibiciones, se introducen en las fuentes mucho más tarde, en un contexto en el que la mujer gozaba ya de mayores libertades privadas. Quizás se tratase de un intento de frenar esos fermentos de renovación y recordar, en plena expansión imperial, los límites de las *mores maiorum* a las futuras ciudadanas romanas provenientes de otros territorios. Al respecto, L. PEPPE, *Civis romana* cit. pp. 301-306.

³ D. 1,5,9 pr. (*Pap. 31 quaest.*).

Inferior condicio. *El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina*

cambios en la práctica jurídica, entre los que se encuentran los actos de apropiación posesoria de la *traditio* frente a la transmisión formal; o la flexibilización de las rígidas solemnidades de la contratación civil, por medio de los refinados principios de la *naturalis ratio* y la *fides*. Todo ello, que se desarrollará e integrará con el sistema normativo del *ius gentium*, desempeñará un papel importante en la configuración de la capacidad jurídica de la mujer en Roma, ciudadana y extranjera, así como en la modificación de los límites impuestos en esas medidas jurídicas de pretendida defensa de sus intereses privados.

Partiendo de estas premisas, se aborda de modo preliminar el estudio de algunos de los escenarios jurídicos en los que la mujer se muestra como sujeto de derecho privado en el sistema jurídico romano. Para ello, nos centraremos en la época clásica, contextualizada en el proceso expansivo de Roma, el incremento de intercambios comerciales y su preponderancia cultural y jurídica. Como hemos adelantado, las condiciones femeninas en Roma son múltiples, por lo que sobre la base de las categorías tradicionales se deben tomar en consideración no sólo las fuentes jurídicas, sino también la casuística y la práctica jurídica a través de testimonios literarios, arqueológicos, epigráficos y papirológicos que puedan ofrecernos una visión diferente —y quizás más real— de las condiciones epocales de la mujer romana.

2. ALGUNAS NOTAS SOBRE FILIACIÓN, MATRIMONIO Y PATRIA POTESTAD

En la sociedad romana, familiar⁴, patriarcal⁵ y fuertemente estratificada, la categoría social y el sexo determinan de una forma u otra la capacidad jurídica de la persona. Frente al *paterfamilias* que ostenta innumerables *iura* —algunos

⁴ M. FUENTESECA DEGENEFTE, *Estructura del grupo familiar: ¿comunidad doméstica o jefatura única del paterfamilias?*, en J. García Sánchez (Dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo III* (Madrid 2021) p. 224: «El estudio de la organización familiar arcaica constituye el núcleo esencial a la hora de investigar la ordenación jurídica romana». En este sentido, siguiendo a G. VALLEJO PÉREZ, *Sociedad y Derecho para la mujer romana*, en M.^a J. Bravo Bosch (Ed.), *Feminización y Justicia* (Valencia 2020) p. 183: «La condición de la familia es clave para el Derecho, ya que el ordenamiento niega la capacidad jurídica (la posibilidad de ser titular de derechos y de obligaciones) a todos aquellos que están sujetos a este poder ejercido por el *pater*». Sobre el concepto de familia y su evolución: A. GUARINO, *Diritto privato romano: lezioni istituzionali sul diritto romano* (Napoli 1963) p. 225 y C.F. AMUNÁTEGUI PERELLO, *El origen de los poderes del paterfamilias*, en REHR. 28 (2006) pp. 37 ss.

⁵ A. LÓPEZ GUETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano* (Madrid 2017) p. 28; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I: Diritto di familia* (Milano 1963) pp. 5 ss. y M. GRAZIOSI, *En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio*, en *Jueces para la democracia* 30 (1997) pp. 49-56.

Carmen Cortés Román

absolutos y vitalicios⁶— la esfera privada de la mujer está marcada por su función social, establecida en la respetada costumbre inveterada y reducida principalmente al ámbito familiar. Así, se puede afirmar que «la donna romana sia stata complementare all'uomo»⁷, sometida a la *patria potestas* durante su infancia y a la *manus maritalis* del marido tras alcanzar la pubertad⁸, privada de estatus jurídico y capacidad de obrar hasta los albores del s. II a.C. En estos avatares, «las romanas debían realizarse como ciudadanas a través del matrimonio y de la procreación»⁹. Por ende, ostentan una función prioritaria en la institución jurídica de la filiación romana pues, al ser siempre cierta, determina la condición del hijo en el parto. Si es una *civis*, engendrará nuevos *cives* por nacimiento e incluso también por manumisión¹⁰. Si por el contrario, la mujer es esclava o extranjera, su descendiente ostentará el mismo *status*. Su papel, por tanto, como creadora de ciudadanos y su

⁶ E. HÖBENREICH - V. KÜHNE, *Las mujeres en Roma antigua: imágenes y derecho* (Lecce 2009) p. 33: «La *patria potestas* tiene efectos extensos que pueden llegar al derecho de vida y muerte, a abandonar a los hijos recién nacidos o vender a quienes se hallen bajo su potestad casi como objetos, o a entregarlos a la persona a la que hubieren agraviado». Respecto a los poderes del *pater*, M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano* cit. p. 119 y G. LONGO, s.v. «*Patria potestà*», en *NNDI*. 12 (1965) p. 575.

⁷ L. PEPPE, *Civis romana* cit. p. 402. Prosigue la reflexión: «non uguale, non pari, con propri specifici spazi e ruoli anche molto importanti, ma destinata a riempire quegli spazi sociali e funzionali che la società maschile le riconosceva pienamente».

⁸ E. HÖBENREICH - V. KÜHNE, *Las mujeres en Roma antigua* cit. p. 39 argumentan que «el fundamento de la *manus* —que evoca la imagen de la mano tanto protectora como punitiva— sobre la esposa, surge con la celebración del matrimonio (ése debió de ser el caso habitual en los tiempos más antiguos), pero también sucede independientemente de éste». Sobre los modos de adquisición de la *manus*, F. LAMBERTI, *La familia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica* (Torino 2014) p. 13: «Nella fase più risalente, si diceva, la *manus* nei riguardi della donna viene acquisita dal marito (se questi è *sui iuris*) o dal suocero, se il marito è, al momento del matrimonio, in *potestate patris*. A seconda dei casi la donna entra a far parte della famiglia con la qualifica giuridica di 'figlia' del proprio marito o di *neptis in potestate*, se è il suocero ad esercitare la potestà familiare sui discendenti. Le forme in cui si realizza l'acquisto della *manus 'matrimonii causa'* si svolgono per lo più secondo rituali arcaici, quali la *confarreatio*, una cerimonia di carattere esclusivamente patrizio, in base alla quale gli sposi spezzano una focaccia di pane di farro, a raffigurare la futura vita in comune; o la *coemptio*, una simbolica vendita della sposa, dal *paterfamilias* di lei al futuro marito o al *paterfamilias* di lui». Era posible adquirirla también por *usus*, una especie de usucapión de la mujer, así E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana* (Roma 2013) p. 192.

⁹ A. LÓPEZ GUETO, *Mujer, poder y derecho en Roma*, en *Revista Jurídica Pielagus* 17 (2018) p. 25. R. ESCLAPÉS, *La mujer en la Antigüedad clásica*, en *Asparkia. Investigació Feminista* 6 (1996) p. 124: «La categoría de *paterfamilias* la puede adquirir un hombre sin ser «padre». La de *materfamilias* se define fundamentalmente por su «capacidad de ser madre».

¹⁰ L. PEPPE, *Civis romana* cit. pp. 177-194. R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Nuevos modelos de familia: una mirada a la Roma Antigua*, en *RGDR*. 29 (2017) p. 10, recuerda incluso que la esposa republicana debía atenerse a una maternidad responsable.

Inferior condicio. El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina

importancia para Roma es innegable, no sólo desde el punto de vista reproductivo, sino como instrumento fundamental de transmisión de la cultura romana¹¹.

Muy relacionado se encuentra el instituto del matrimonio, que en Roma determina su legitimidad y validez el *ius conubium*, y se vincula íntimamente a la institución de la patria potestad. Únicamente los concebidos en *iustae nuptiae* serán *filiifamilias* y seguirán la condición del padre. Este modo de ordenación familiar, patrimonial y, ciertamente político de la transmisión de la ciudadanía, se enfrentará a una amplia casuística con la extensión territorial del Imperio, fruto de las uniones entre ciudadanos, latinos o extranjeros en general. Como ha expresado García Fernández, sería posible intuir que el *conubium* no fuera sólo propio de los ciudadanos romanos, sino también un derecho de los latinos provinciales —no así de los junianos— como deja vislumbrar la legislación municipal flavia¹².

Justamente, al respecto de esta problemática, recuerda Gayo (Gai. 1,78-79) que «el hijo de los que no tienen derecho de matrimonio sigue, *iure gentium*, la condición de la madre». Es decir, que en ausencia de *conubium* por regla del *ius gentium* se seguiría la condición jurídica de la madre. Una regla que fue derogada por la *lex Minicia de liberis*¹³, introduciendo una importante restricción en uniones sin *conubium* entre romanos y peregrinos, al establecer que la descendencia de las

¹¹ L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano 1984) p. 74. M. SALAZAR REVUELTA, *Estatus jurídico y social de la materfamilias en el marco de la ciudadanía romana*, en R. Rodríguez López - M.ª J. Bravo Bosch (Coords.), *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 2013) p. 210: «invertir a las madres de este delicado *officium* se convierte en una necesidad para el mantenimiento del *statu quo* oficial, pues así ellas se sienten integrantes de la *Civitas* y recompensadas en su labor con el honor que significa servir al interés y grandeza de esta».

¹² E. GARCÍA FERNÁNDEZ, *La condición latina provincial: el derecho de «conubium» y la «lex Minicia de liberis»*, en *Gerión. Revista de Historia Antigua* 36, 2 (2018) p. 381 y J. RODRÍGUEZ GARRIDO, *Iustum matrimonium e ius conubii. Las uniones matrimoniales y el derecho de los latinos*, en *Gerión. Revista de Historia Antigua* 36-2 (2018) p. 602. Al respecto de los enlaces entre romanos y latinos, S. BRAVO JIMÉNEZ, *Sobre el matrimonio entre hispanas y romanos. Cicerón de Oratore, I,40,183*, en *Eúphoros* 7 (2004) pp. 18-19, trae a colación el caso que comenta Cicerón en *de Oratore*, I,40,183, del romano que, tras unirse con una hispana y dejarla embarazada («*cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset*»), regresa a Roma y contrae allí segundas nupcias con una ciudadana romana, de la que tiene otro hijo. Aunque escapa a este estudio, resulta interesante la problemática entorno a la validez del segundo matrimonio y la posibilidad del divorcio tácito basado en la *voluntas* del marido. Sobre ello, O. ROBLEDA, *El divorcio tácito en Roma*, en *Analecta Cracoviensia* 7 (1975) p. 8.

¹³ *Tituli ex corpore Ulpiani* 5,8: *Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo, quod ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet*. Para mayor abundamiento, P. BUONGIORNO, *Lex Minicia de liberis* (Stuttgart 2012).

Carmen Cortés Román

mismas había de seguir la peor condición de cualquiera de los padres. El porvenir de este tipo de enlaces ocasionaba graves problemas patrimoniales a sus descendientes, como reflejan las fuentes en referencia a las hijas e hijos peregrinos de ciudadanos romanos que no podían heredar de sus padres en Grecia¹⁴; situación que se evitaba, en muchos casos, por medio de costosos fideicomisos.

3. LA TUTELA MULIERUM, UNA INSTITUCIÓN CADUCA

Por otra parte, en lo que respecta a la aptitud de obrar, las mujeres —excepto las Vestales¹⁵— se veían incapacitadas a la hora de disponer de sus bienes sobre los cuales, sin embargo, sí podían llegar a ostentar el derecho de propiedad siempre que, tras alcanzar la pubertad, no se encontraran bajo la potestad de nadie (*sui iuris*)¹⁶. La condición femenina comportaba una suerte de estado patológico o *deminutio* natural con respecto al ánimo viril¹⁷ que, ideológicamente fundado en la

¹⁴ Paus. 8,43,5: *But there is also another memorial of himself left by this emperor. There was a certain law whereby provincials who were themselves of Roman citizenship, while their children were considered of Greek nationality, were forced either to leave their property to strangers or let it increase the wealth of the emperor. Antoninus permitted all such to give to the children their heritage, choosing rather to show himself benevolent than to retain a law that swelled his riches. This emperor the Romans called Pius, because he showed himself to be a most religious man.* Traducción inglesa recuperada de <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0525.tlg001.perseus-eng1:8.43.5>.

¹⁵ Gai. 1,145: *Loquimur autem exceptis virginibus Vestalibus quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberar esse voluerunt; itaque etiam lege XII tabularum cautum est.* No existe unanimidad en la doctrina sobre la fundamentación jurídica de esta exención, que se configura como un privilegio por razón de su categoría religiosa al igual que otros que la ostentaban a nivel económico. Véase también O. SACCHI, *Il privilegio dell'esonazione dalla tutela per le vestali* (Gai. 1.145). *Elementi per una datazione tra innovazioni legislative ed elaborazione giurisprudenziale*, en RIDA. 50 (2003) pp. 317 ss. y D. MATTIANGELI, *I privilegi giuridici delle Vestali e l'utilizzo sociale e politico di una funzione «religiosa»*, en F. Sturm et al. (Eds.), *Liber Amicorum Guido Tsuno* (Frankfurt am Main 2013) pp. 225-249.

¹⁶ En D. 50,6,195,5 (*Ulp. 46 ad ed.*) comenta Ulpiano que «*mulier autem familiae suae et caput et finis est*». Cantarella analiza este pasaje: «en otras palabras, no tiene ningún poder sobre los hijos: una primera y no poco importante discriminación con respecto a las mujeres». E. CANTARELLA, *La mujer romana* (Santiago de Compostela 1991) p. 10.

¹⁷ El uso en las fuentes de terminología como *infirmitas sexus, fragilitas o imbecilitas sexus* determina «una vera e propria instabilità mentale che riconduce, a sua volta, alla nozione d'infermità, ma anche a quella di perversione», afirma G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali. Una raccolta di testi* (Lecce 2000) pp. 31 ss. «Efectivamente, la élite intelectual masculina, a partir sobre todo de la Patrística decidió arbitrariamente volver a la animalidad femenina para justificar la sumisión-protección; la *auctoritas* femenina se identifica con la aceptación de la superioridad masculina. La maternidad fue la excusa para el alejamiento de lo público y de la *potestas*. *Fortitudo* masculina versus *imbecillitas* femenina. *Vir* como positivo y *mulier* como negativo informan los cuerpos normativos a partir de la leyenda de la inferioridad congénita». Vide M.ª I. NÚÑEZ PAZ, *Auctoritas*

Inferior condicio. El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina

costumbre, se perpetuó durante siglos como reflejan diversos testimonios¹⁸. Para suplir esta situación, el instituto de la *tutela mulierum*, en su vertiente legítima, se configuró bajo una pretendida necesidad de protección jurídica, resultando ser una verdadera herramienta de salvaguarda para las expectativas hereditarias de los agnados sobre el patrimonio de la mujer¹⁹. Así, entre otros ejemplos, se desprende del pasaje de Gayo (Gai. 1,191) sobre la resistencia de los tutores legítimos a prestar su *auctoritas* en la realización del testamento de la pupila: *Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt*.

No obstante, la incorporación posterior de la tutela dativa o atiliana introducida por la *lex Atilia* en Roma (186 a.C.) y la *lex Iulia et Titia* para las provincias²⁰, al igual que otras modificaciones como la *optio tutoris*²¹ o la *coemptio tutelae evitandae causa* para el nombramiento del tutor fiduciario²², supondrán un notable cambio en la verdadera protección de los intereses privados de la mujer. Gracias a la facultad potestativa que se le otorgaba, podía elegir a un tutor de su plena confianza nombrado por el pretor urbano o el cónsul; tutor que, en muchos casos, era un cliente o un antiguo esclavo manumitido del marido. Sirvan de ejemplo algunas fuentes epigráficas, que nos permiten conocer casos como el de *Ostoria Acte* (CIL. VI, 7468) o *Furfania Satur-nina* (CIL. VI, 2650) que dedican en sus monumentos funerarios una referencia a sus tutores libertos. En esta paradójica coyuntura, a pesar de que el liberto tuviera la *auctoritas*, por *status* la pupila se encontraba en una situación de poder; anulando quizás así los impedimentos de género ante la superioridad de clase. Otro artificio más que,

y mujeres romanas, ¿Ejercicio o sumisión?, en *Arenal: Revista de historia de las mujeres* 22, 2 (2015) p. 383. También sobre el punto, E. CANTARELLA, *La mujer romana* cit. pp. 96 ss.

¹⁸ Cic. *Mur.* 12,27 y C. Th. 9.24.1. *Const. A. ad populum*.

¹⁹ P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum I, Profili funzionali* (Torino 1976) p. 107. En la misma línea, E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno* cit. pp. 199 ss.

²⁰ Gai. 1,185: *Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum lege Iulia et Titia*.

²¹ Institución que permitía a la *uxor in manu* —no a la hija *alieni iuris*— elegir tutor las veces que considerara por medio del reconocimiento de esta posibilidad en el testamento del marido (Gai. 1,150-153). G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer* (Madrid 2014) pp. 124 ss.

²² Sobre la tutela fiduciaria encontramos noticias en Gai. 1,114 y Gai. 1, 115. En palabras de G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma* cit. p. 123: «Con la salida de la tutela agnaticia y la entrada bajo la tutela fiduciaria la mujer mejora ostensiblemente su posición» pues el nuevo tutor no tendría ninguna expectativa económica sobre el patrimonio de su pupila.

Carmen Cortés Román

en palabras de Arangio-Ruiz, dota de autonomía a la mujer es el *tutor adiunctus*²³. Su nombramiento por el magistrado, previa solicitud de la interesada, se contemplaba por el Senado para casos de ausencias del tutor —incluso cortas—, incorrecta administración de bienes o remoción de un *suspectus postulatorus*²⁴.

En cualquier caso, la intervención del tutor se requería para la validez de múltiples actos formales: enajenación de *res Mancipi*, extinción de créditos por *acceptilatio*, manumisiones solemnes, *conventio in manu* por *coemptio*, constitución de dote de *res Mancipi* o para testar y adir la herencia²⁵. Paulatinamente sus funciones fueron disminuyendo, permitiendo a la mujer realizar directamente los actos que luego serían ratificados por éste con su *auctoritas interpositio*, otorgando validez jurídica al negocio. Una *auctoritas* que podía ser forzada por el magistrado (con exclusión de la legítima) llegando a considerarse así, según Gayo, una mera formalidad²⁶. En este proceso de desintegración estructural de la *tutela mulierum*, jugó un papel importante la práctica del matrimonio *sine manu* —atenuando la subordinación de la *uxor* al marido bajo un régimen de separación de patrimonios— y el *ius liberorum* de Augusto, que permitió la exención de tutela vitalicia a ingenuas y libertas que tuvieran más de 3 o 4 hijos tras contraer matrimonio, respectivamente²⁷. También los recursos a la *in iure cessio tutelae* o a la *abdicatione tutelae* para la remoción del tutor anterior y nombramiento de otro más afín. Y finalmente «la

²³ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano privato* (Napoli 1980) p. 502. También en cuanto a esta figura M.J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma* (Valladolid 1972) pp. 84 ss. y M.E. BARREIRO MORALES, *Mujer y Derecho: Tutela mulierum en la antigua Roma*, Tesis doctoral (Vigo 2022) p. 180.

²⁴ Se trata de aquel candidato a tutor que incurría en conductas inapropiadas para el cargo. Por medio de la *postulatio removendi*, la mujer, sus parientes próximos y afines o sus libertos podían solicitar su destitución. Al respecto, vide S. SOLAZZI, Tutor suspectus, en *Scritti di diritto romano II* (Napoli 1957) p. 140.

²⁵ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) pp. 534-536. Intervención prevista ya en la ley de las XII Tablas como apunta Gayo (Gai. 2,47): *Res mulieris quoque, quae in agnatorum tutela erat, /res Mancipi / usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: et ita lege XII tabularum cautum est.*

²⁶ «*Ipsae sibi negotia tractant*» (Gai. 1,190). Cuestión particularmente tratada por B. ALBANESE, *Animi levitas feminile in Gai 1.144 e 190*, en *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto della Università di Palermo* 48 (2003) pp. 11-15.

²⁷ Gai. 1,194: *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint; nam et ceterae quae alterius generis tutores habeant, velut Atilianos aut fiduciaris, trium liberorum iure tutela liberantur.* M.I. NÚÑEZ PAZ, *Antonia Minor. Más allá del exemplum matronae*, en R. Rodríguez López - M.^a J. Bravo Bosch (Coords.), *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 2013) p. 475: «Las leyes matrimoniales de Augusto, básicamente la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *lex Poppaea nuptialis*, cuyo segundo bloque legislativo se promulgó ese mismo año (18 a.C.) se presentaban como legislación renovadora, moderna y reformista».

Inferior condicio. *El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina*

abolición por la *lex Claudia* para las ingenuas, y en época de Constantino para las *libertas*» de la tutela agnaticia, el punto más débil de esta institución tutelar²⁸.

Un instituto periclitado, la *tutela mulierum*, que no lograba adaptarse al nuevo tipo de sociedad surgida dentro del mundo romano, por lo que jurisprudencia y legisladores lo abandonaron, vaciándolo de contenido jurídico frente a la cambiante realidad social²⁹. A pesar de no poderse determinar la fecha exacta de su desaparición, efectivamente la tutela se menciona por última vez en la legislación imperial en dos constituciones de Diocleciano³⁰, hasta terminar por no ser recogida en la compilación justiniana tras concederse extensivamente, por constitución de Honorio y Teodosio, el *ius liberorum* a todas las mujeres en el 410 d.C.³¹

4. SOBRE LA CAPACIDAD PATRIMONIAL Y ACTIVIDAD NEGOCIAL DE LA MUJER ROMANA

Las hijas eran herederas tras el fallecimiento de su *paterfamilias*. Las esposas casadas *cum manu* también lo eran de la herencia del marido al estar *in loco filae*. Incluso las madres, tras ser reconocida relevancia jurídica al parentesco de cognación materno filial en la sucesión intestada con el senadoconsulto Tertuliano, podían ser herederas de sus hijos premuertos sin testamento. Eso sí, si gozaban del *ius liberorum* y tras el complejo sistema de prelación *ex Tertulliano*, que las situaba en una posición prevalente cuando concurría con parientes a partir del tercer grado colateral³². En estos escenarios, y ostentando la condición de *sui iuris*, todas ellas llegaban a ser titulares de un patrimonio.

Lejos de ello, esta legislación caducaria de Augusto, de factura tradicional, reforzó el sintomático papel procreador de la mujer y no modificó la configuración jurídica del matrimonio republicano.

²⁸ Gai. 1,157: *Sed postea lex Claudia lata est, quae quod ad feminas attinet tales tutelae sustulit*. A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones* cit. p. 118.

²⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano privato* cit. p. 206 y M.^a J. BRAVO BOSCH, *Levitas Animi*, en *Glossae* 14 (2017) p. 1014.

³⁰ FV. 325-326, donde se recoge la eliminación de la obligatoriedad de la *auctoritas interpositio* en el nombramiento de procurador para la mujer.

³¹ L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum*, en *RGDR*. 12 (2009) p. 19.

³² «El senadoconsulto Tertuliano colocó en el epicentro de su regulación al *ius liberorum* como requisito exigido a la madre que aspiraba a suceder *abintestato* a su hijo fallecido. El florecer del *ius liberorum* por el papel destacado que le otorgara el senadoconsulto Tertuliano seguramente lo hizo extenderse en el tiempo más siglos de lo que habría sido natural. Sólo con la abolición por Justiniano en el año 528 d.C. quedan por fin extendidos a todas las madres los beneficios del senadoconsulto Tertuliano», afirma A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones* cit. pp. 250-251 y 267.

Pero no sólo bajo esa condición de propietaria, la mujer participaba de la vida negocial con cierto margen de maniobra hasta, en el mejor de los casos, llegar incluso a acumular importantes fortunas³³. La *filiafamilias* en potestad del padre podía ser puesta al frente de determinados negocios³⁴ o disponer del *peculium filiae profecticio*³⁵ —que podría ser aumentado más tarde con un *peculio adventicio*— en condiciones gradualmente muy similares a como lo hacía un hijo. Incluso podría dedicarlo al ejercicio de una actividad comercial, como atestiguan las fuentes sobre las posibles acciones ejecutables a este respecto³⁶. En cambio, la situación de la *uxor in manu* ha sido extensamente discutida por la doctrina³⁷, pues los fragmentos literarios no se referencian sobre la *manus*³⁸ y los textos jurídicos mencionan legados del marido a favor de la mujer de bienes administrados anteriormente por ella, sin mayor profundidad³⁹.

Por otra parte, los límites de la intervención femenina en este ámbito se aprecian dinámicos, determinando momentos de mayor o menor libertad privada, que no siempre se presentan de forma progresiva. Un primer ejemplo de ello es la *Lex Voconia de hereditatibus mulierum* del año 169 a.C. Esta disposición limitó la institución de la mujer como heredera de aquellos ciudadanos que, en el último censo, formaran parte de la primera clase y paralelamente, promovió el desarrollo de los fideicomisos para salvar esta excepción⁴⁰. También el senadoconsulto Vele-

³³ Paradigmático es el episodio de Hortensia, del cual se puede extraer a este respecto que a mediados del s. I a.C. unas cuatrocientas mujeres ostentaban un patrimonio superior a cien mil denarios. En detalle se ocupa F. CENERINI, *La donna romana. Modelli e realtà* (Bologna 2009) pp. 73 ss.

³⁴ D. 14,3,8 (*Gai. 9 ad ed. provinc.*): *Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.*

³⁵ Por ejemplo, el *peculio* de un millón de sesteracios y cuatro millones en dote a Calpurnia, recogido en el senadoconsulto de *Cnaeo Pisone patre*, líneas 103-105: *ita ut ex omnibus bonis, quae decreto senatus publicata et concessa iis essent, n(ummum) (decies centena milia) dotis nomine Calpurniae Cn. Pisonis filiae, item peculi nomine n(ummum) (quadragies centena milia) daretur.* F. LAMBERTI, *Questioni aperte sul SC. de Cnaeo Pisone patre*, en M. Silvestrini et al. (Eds.), *Studi in onore di Francesco Grelle* (Bari 2006) pp. 143 ss.

³⁶ Entre ellas la *actio de in rem verso* en D. 3,5,13,14 (*Ulp. 10 ad ed.*), la *actio quod iussu* en D. 15,4,2,1 (*Paul. 30 ad ed.*), la *actio institoria* en D. 14,3,7,1 (*Ulp. 28 ad ed.*) o la *actio tributoria* en D. 14,4,5,2 (*Ulp. 29 ad ed.*) y en D. 15,1,27 pr. (*Gai. 9 ed. prov.*).

³⁷ M.J. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada* (Roma-Madrid 1958) p. 29, n. 61.

³⁸ Concretamente en Casina, 2,2,26, tratado por R. DEES, *Roman Law of Marriage in Plautus' Casina*, en IVRA. 39 (1988) pp. 107 ss. En Noct. Att. 17,6,1, considerado *sine manu* por M.J. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium* cit. p. 29 y G. HANARD, *Manus et mariage a l'époque archaïque*, en RIDA. 36 (1989) pp. 161 ss.

³⁹ D. 32,45 (*Ulp. 22 ad Sab.*); D. 34,2,10 (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*) y D. 34,2,32,6 (*Paul. 2 ad Vitelim.*).

⁴⁰ *Gai. 2, 274: Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.* M.^a E. ORTUÑO PÉREZ, *Una*

Inferior condicio. *El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina*

yano (hacia el 46 d.C.), que prohibió los supuestos en los que la mujer realizara una *intercessio* para un tercero⁴¹, marido inclusive, como recuerda Ulpiano, pues ya había sido objeto de prohibición expresa con anterioridad⁴². Esta prohibición, coetánea a la derogación de la tutela agnaticia, no era de aplicación cuando la mujer actuaba dolosamente⁴³ o en su propio beneficio⁴⁴, ni en situaciones que no conllevaran un riesgo para sus intereses privados⁴⁵. La casuística desarrollada por la jurisprudencia entorno a su aplicación no hace más que vislumbrar la amplia intervención de la mujer en materia de *intercessio*⁴⁶ y, como apunta Talamanca, si bien supone una clara limitación a la libertad negocial, es innegable la ventaja jurídica que también reporta a la mujer la protección de la *exceptio*⁴⁷.

Estas y otras medidas jurídicas manifiestan indirectamente un papel negocial activo de la mujer. Así sucede con la validez del mutuo contraído por la pupila sin *auctoritas tutoris*⁴⁸ o con el desempeño de la mujer como *exercitor* al frente de una nave⁴⁹. Aunque de forma directa también hay diversas muestras de su capacidad negocial. Muy reveladoras a este respecto son las *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* de Puteoli, que recogen transacciones mercantiles y financieras en ese importante

limitación de la capacidad de la mujer en el ámbito sucesorio: la lex Voconia, en R. Rodríguez López - M.ª J. Bravo Bosch (Coords.), *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 2013) p. 461.

⁴¹ D. 16,1,2,1 (*Ulp. 29 ad ed.*). Abarca tres supuestos de intercesión diferentes: la cumulativa o prestación de garantía real o personal y obligación *in solidum*; la privativa o asunción de obligaciones del deudor extinguiéndose las; y la tácita o asunción de obligaciones en beneficio de la persona que debía haber sido obligada. G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma* cit. pp. 161 ss.

⁴² D. 16,1,2 pr. (*Ulp. 29 ad ed.*). Augusto estableció mediante un edicto la prohibición expresa de que la mujer pudiera salir fiadora de su marido; edicto que posteriormente fue promulgado por Claudio.

⁴³ D. 16,1,2,3 (*Ulp. 29 ad ed.*).

⁴⁴ D. 16,1,13 pr. (*Gai. 9 ed. prov.*).

⁴⁵ Como sucede cuando la mujer actúa por delegación del acreedor (D. 16,1,24 pr.) o realiza el pago de una deuda con dinero recibido anteriormente (D. 16,1,22) o con posterioridad (D. 16,1,2,21 pr.).

⁴⁶ Sirvan para ilustrar la afirmación D. 16,1,2,2 (*Ulp. 29 ad ed.*), D. 16,1,16 pr. (*Iul. 4 ad Urs.*). Al respecto, E. CARRELLI, *L'intercessio della dona e la 'restitutio in integrum' del creditore*, en *SDHI* 3 (1937) pp. 305-335.

⁴⁷ Aunque la doctrina está dividida entre los que contemplan el fin protector del senadoconsulto y los que defienden su finalidad limitadora de la capacidad negocial de la mujer, Talamanca se sitúa en una posición intermedia considerando ambas finalidades complementarias en el pensamiento clásico. M. TALAMANCA, *La storia del SC. Velleiano*, en *Labeo* 4 (1958) pp. 99 ss.

⁴⁸ *Gai.* 2,81-82.

⁴⁹ D. 14,1,1,16 (*Ulp. 28 ad ed.*). Parece que Ulpiano no se cuestiona siquiera la necesidad de la *auctoritas tutoris*, G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma* cit. p. 158.

puerto comercial⁵⁰. La presencia femenina se registra en 23 negocios jurídicos⁵¹. Entre ellas, *Domitia Lepida*, matrona de la alta aristocracia senatorial⁵², aparece mencionada como propietaria de un almacén en el *fundus Barbatianus* sobre el que había celebrado un contrato de arrendamiento para el depósito de trigo, objeto de la garantía de un préstamo con *Anni Seleuci* (TPSulp. 46, 53 y 79)⁵³. También *Lollia Saturnina*, de clase senatorial⁵⁴, es nombrada en dos *chirographa* (TPSulp. 54, 73 y 109) respecto a un contrato de mutuo con estipulación de intereses (*fenus*) y una *fideiussio* establecida mediante una *stipulatio*⁵⁵. En ambos interviene su liberto, *Marci Lolli Philippi*, actuando como una especie de gestor de negocios; práctica habitual entre la clase aristocrática⁵⁶. Otras como *Marcia Aucta* (TPSulp. 90-93) entrega a su esclava como garantía de un préstamo, vendida finalmente en subasta por el acreedor al vencer la deuda. O *Patricia Erotis* (TPSulp. 82), liberta que enajenó mercancía en una subasta por valor de 19.500 sestercios.

Además, otras fuentes epigráficas permiten conocer diferentes actividades comerciales de mujeres propietarias dedicadas a la explotación de canteras de arcilla y a la producción de materiales de construcción (CIL. XV, 263-264) o de socias mercantiles en negocios con sus maridos (CIL. VIII, 152)⁵⁷. Más tardíos son los numerosos res-

⁵⁰ Descubiertas en 1959 y realizadas por la familia de los *Sulpicii* entre los años 35 y 55 d.C., un total de 127 tablas han sido reconstruidas por G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (TPSulp.): *edizione critica dell'Archivio Puteolano dei Sulpicii* (Roma 1999).

⁵¹ E. JAKAB, *Financial transactions by women in Puteoli*, en P.J. Du Plessis (Ed.), *New Frontiers: Law and society in the Roman world* (Edinburg 2013) p. 131.

⁵² Mujer *sui iuris*, probablemente casada *sine manu* e investida del *ius liberorum*. No cabe duda de que «desde el punto de vista económico fue una mujer muy rica cuya fortuna no sólo le vino por su origen, sino que también se vio incrementada por las diferentes herencias de sus maridos», en M.E. ORTUÑO PÉREZ, *Análisis de algunas prácticas negociales en Puteoli a principios del siglo I d.C. y la gestión de los intereses de los Sulpicios y de Domitia Lepida*, en RGDR. 31 (2018) p. 10.

⁵³ Para un análisis detallado de las referidas tablas, M.^a E. ORTUÑO PÉREZ, *Análisis de algunas prácticas negociales en Puteoli* cit. pp. 11 ss.

⁵⁴ E. JAKAB, *Financial transactions by women in Puteoli* cit. p. 131.

⁵⁵ Con mayor profundidad, M.^a E. ORTUÑO PÉREZ, *La actividad negocial de Lollia Saturnina*, en M.^a J. Bravo Bosch et al. (Eds.), *No tan lejano: una visión de la mujer romana a través de temas de actualidad* (Valencia 2018) pp. 427-439.

⁵⁶ «*Exercere negotiationes per servos arque libertos*» en D. 40,9,10 (Gai. 1 *res cott.*). Hay también referencias de esta praxis en D. 26,7,58 pr. (Scev. 11 *dig.*); D. 14,3,19,1 (Pap. 3 *resp.*) y D. 26,7,37,1 (Pap. 11 *quaest.*). Específicamente, F. CENERINI, *La donna romana* cit. pp. 165 ss.

⁵⁷ S. MEDINA QUINTANA, *Mujeres y economía en la Hispania romana: oficios, riqueza y promoción social* (Oviedo 2012) p. 118 y M.H. GALLEGO FRANCO, *La mujer hispanorromana y la actividad socioeconómica: las profesiones*, en *Minerva: Revista de filología clásica* 7 (1993) p. 117.

Inferior condicio. *El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina*

cripta de la Cancillería imperial, situados entre Adriano y Diocleciano. Sin necesidad de *auctoritas tutoris* para su validez, casi 600 rescriptos sobre materias de Derecho privado fueron impulsados por mujeres en el desarrollo de sus prácticas negociales como comerciantes, mutuantes o constructoras de naves⁵⁸.

5. LA MUJER CAUSANTE Y EL *IUS TESTANDI*

Respecto al patrimonio de la mujer, la situación de los *bona materna* ante la escena sucesoria abre un panorama complejo. Desde la Ley de las XII Tablas hasta los Antoninos, la sucesión intestada de la madre romana responde a la prevalencia de las expectativas de los agnados en absoluta coherencia con la configuración del matrimonio *cum manu*⁵⁹. Empero, con el progresivo recurso a las uniones *sine manu*, la pertenencia a distintas familias y el régimen económico de separación patrimonial, se hacen necesarias reformas para adaptar el sistema sucesorio a las nuevas necesidades sociales. En este escenario, el senadoconsulto Orficiano de Marco Aurelio (178 d.C.) solventa la sucesión de los hijos no circunscritos únicamente al matrimonio *in manu* y reconoce el derecho de hijos e hijas —pues no hay constancia de su discriminación en las fuentes— a la sucesión de la madre, con llamamiento preferente frente a los agnados. Esta disposición es aplicable extensivamente a los nietos respecto a su abuela. Era, por tanto, relevante para su aplicación que la mujer causante fuera *sui iuris* y que existiera cognación entre madre e hijo, fruto de justas nupcias, incluso en hijos de distintos matrimonios como sugiere Modestino⁶⁰.

Por otro lado, en época clásica, la mujer *sui iuris* tanto casada *sine manu* como soltera, ostentaba la *testamentifactio* activa y, al carecer de *heredes sui*, su libertad de disposición en cuanto a contenidos era absoluta⁶¹. De este modo podía otorgar *testamentum per aes et libram* contando con la autorización tutelar, de la cual

⁵⁸ E. HÖBENREICH, *Andróginas y monstruos. Mujeres que hablan en la antigua Roma*, en *Veleia: Revista de prehistoria, historia antigua, arqueología y filología clásicas* 22 (2005) p. 175 y M.A. MOLLÁ NEBOT, *Actuaciones procesales de la mujer en Roma. Prohibición edictal y literatura jurídica*, en *AFDUC*. 23 (2019) p. 220.

⁵⁹ A. LÓPEZ GÜETO, *Mater intestata. La herencia de la madre desde la etapa arcaica al Gobierno de Marco Aurelio*, en M.^a T. Duplá Marín - P. Panero Oria (Coords.), *Fundamentos del derecho sucesorio actual* (Madrid 2018) p. 414.

⁶⁰ D. 38,17,4 (Mod. 9 reg.): *Matris intestatae defunctae hereditatem ad omnes eius liberos pertinere, etiamsi ex diversis matrimoniis nati fuerint, iuris est.*

⁶¹ C. LÁZARO, *Redescubriendo a las mujeres de la antigua Roma: los derechos sucesorios de la mujer soltera en el Derecho romano arcaico y preclásico*, en *RIDROM*. 23 (2019) p. 267.

Carmen Cortés Román

estaría exenta si gozaba del *ius liberorum*⁶². Precisamente, obtener la cooperación del tutor se antojaba complicado cuando se trataba de *adgnatus proximus*, por lo que se hizo necesaria una herramienta para eludir las expectativas hereditarias de éste y poder disponer libremente. Así, en el s. II a.C. el nuevo instrumento de la *coemptio testamenti faciendi gratia* permitió, no sólo instituir un nuevo tutor fiduciario —cosa que se podía hacer a través de la *coemptio tutelae evitandae causa*—, sino también abandonar el grupo agnaticio⁶³. Sin embargo, sin un mecanismo jurídico que obligara al tutor a prestar su *auctoritas*, poner en marcha la *coemptio* abría una nueva problemática, parcialmente solventada con la derogación de la tutela agnaticia por la *lex Claudia*. Aun así, la *coemptio* mantuvo su utilidad para romper la relación parental más allá del ámbito tutelar y obtener el *ius testandi*⁶⁴. Recuerda Gayo que será a partir de un senadoconsulto de época adrianea, cuando las mujeres púberes adquieran la capacidad de testar con la *auctoritas* del tutor, sin necesidad de la preventiva *coemptio fiduciae causa*⁶⁵.

6. ¿MUJER TUTORA? EL PAPEL DE LA MADRE EN LA TUTELA DE HIJOS IMPÚBERES

Un último punto que nos permite seguir perfilando la subjetividad jurídica de la mujer romana es el papel de ésta en la tutela de hijos impúberes. A rasgos generales, se puede observar que, con anterioridad a la *lex Atilia*, la madre viuda y sus parien-

⁶² Gai. 3,44: *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere prospexit, ut pro numero liberorum, quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur; ergo ex bonis eius, quae omnia... (2, 5)... hereditas ad patronum pertinet*. Más tarde fue contemplada la misma exención por concesión del *principis* (P.S. 4,9,9) hasta finalmente ser extendida sin previa solicitud (C. 8,58,1). Al respecto, G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma* cit. pp. 113-114.

⁶³ Gai. 1,115a: *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remanicipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit*. M.^a SALAZAR REVUELTA, *Hacia el ius testandi de la mujer: el complejo instrumento de la coemptio testamenti faciendi gratia*, en J. García Sánchez (Dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo VIII* (Madrid 2021) p. 675.

⁶⁴ Otra confirmación más de la existencia del *ius testandi* de la mujer es la facultad de atacar la inoficiosidad del testamento del padre y de la madre en caso de preterición, en Séneca, *De clem.* 1,9 y en D. 5,2,5 (*Marc. 3 dig.*), aunque su posición seguía siendo de clara desventaja frente al varón. G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma* cit. pp. 24-26.

⁶⁵ Gai. 2,112: *...ex auctoritate divi Hadriani senatus consultum factum est, quo permissum est sui iuris feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum xii, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent*.

Inferior condicio. El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina

tes asumirían *de facto* la gestión del patrimonio del impúber, ante la falta de tutor testamentario o *adgnatus proximus*. Pero no *de iure*, porque precisamente el oficio tutelar, dice Gayo, «*virile officium est*»⁶⁶. Un oficio que no asumirá formalidad, como tradicionalmente acepta la doctrina, hasta la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del 390 d.C.⁶⁷, confirmada después por Justiniano y extendida a la madre natural (C. 5,35,3). La realidad es que, en la práctica jurídica de aquellos siglos, se evidencian diversos mecanismos que permitían la gestión del patrimonio del hijo. Y en paralelo a lo que venía sucediendo desde los ss. I-II d.C. en el Egipto romano, con la admisión en el derecho local de la *ἐπίτροπος* (también *φροντίστρια*) o mujer tutora; lo que, sin duda, iba en contra de las leyes romanas, recuerda Papiniano⁶⁸.

Quizás este creciente papel de la mujer en el oficio tutelar deja sus primeros rastros en un pasaje de Livio (Liv. 39,9,2), que narra años después de la *lex Atilia* el primer testimonio conservado sobre la injerencia de una madre en la actividad del tutor oficial⁶⁹. Así, en etapa clásica se pueden encontrar referencias que revelan que la madre asistía y aconsejaba al tutor, en virtud del sentimiento de *pietas* entre madre e hijo⁷⁰. Igualmente se atestiguan otras praxis que, si bien formalmente no constituyen tutela, en la práctica generaban efectos similares. Es el caso del

⁶⁶ D. 26,1,16 pr. (*Gai. 12 ad ed. provinc.*).

⁶⁷ C. 5,35,2 pr.: *Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis sacramento praestito ad alias se nuptias non venire*. Por esta constitución, se reconoció que las viudas pudieran asumir la tutela de hijos y nietos ante la falta de tutor legítimo y testamentario, con la condición de no contraer nuevas nupcias.

⁶⁸ D. 26,2,26 pr. (*Pap. 4 resp.*): *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*. Este pasaje se puede situar antes del 212 d.C. e ilustra con claridad la dificultad de los gobernadores provinciales por su *imperitia* de aplicar correctamente el Derecho romano. E. MATAIX FERRÁNDIZ, *Las mujeres y la tutela impuberum durante el reinado de Diocleciano*, en *Glossae* 14 (2017) p. 553.

⁶⁹ Liv. 39,9,2.: *P. Aebutius, cuius pater publico equo stipendia fecerat, pupillus relictus, mortuis deinde tutoribus sub tutela Duroniae matris et vitrici T. Sempronii Rutili educatus fuerat. Et mater dedita viro erat, et vitricus, quia tutelam ita gesserat, ut rationem reddere non posset, aut tolli pupillum aut obnoxium sibi vinculo aliquo fieri cupiebat*. L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre επακολοθήτρια: osservazioni sul rapporto tra diritto romano e diritti delle province orientali*, en *Index* 40 (2012) p. 438.

⁷⁰ D. 3,5,30(31),6 (*Pap. 2 resp.*): *Quamquam mater filii negotia secundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat, tamen ius actoris periculo suo litium causa constituendi non habebit, quia nec ipsa filii nomine recte agit aut res bonorum eius alienat vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat*. D. 26,7,5,8 (*Ulp. 35 ad ed.*): *Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit. non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere, tametsi neque liberatio tutoris neque voluntas patris aut intercessio matris tutoris officium infringat*. C. 5,31,6 (*Alex., a. 224*): *Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes, sed*

Carmen Cortés Román

testamentum per aes et libram Antonii Silviani Equitis (FIRA. III, 129-132), en el que el testador dispuso un encargo fideicomisario a la madre del heredero instituido: guardar y transmitir los bienes al hijo una vez fuera púber⁷¹. Ya en edad epiclásica, el tutor llegó a conceder la administración a la madre mediante una *stipulatio* y, eventualmente, una garantía pignoraticia en caso de negligente administración. De hecho, el pupilo podía actuar directamente contra la madre mediante la *actio negotiorum gestorum*. El tutor, en cambio, debía hacerlo con la *actio ex stipulatu*⁷². Parece aceptado socialmente, por tanto, el hecho de que la madre administrara y, aunque siguiera necesitando un tutor oficial para sus hijos, la carga de la tutela se traducía en la esfera procesal⁷³.

No obstante, un pasaje de Ulpiano⁷⁴ genera interrogantes, al menos para parte de la doctrina, acerca de la existencia de un procedimiento imperial previo al 390 para la asunción de la gestión tutelar por la madre, que vendría a confirmar su intervención ante la ausencia de tutores legítimos o testamentarios. Esta interpretación se reafirmaría en otros fragmentos de Gayo y Neracio que documentan, desde la mitad del s. II d.C., esta práctica mediante procedimiento imperial⁷⁵. A la luz de todo ello, es comprensible que las fuentes recuerden la intervención

et observare, ne quid secus quam oportet in re filii pupilli agatur. petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est, cum puberes minores anno vicesimo quinto ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant.

⁷¹ V. SÁIZ LÓPEZ, *La relación materno-filial por consanguinidad y su naturaleza jurídica, del derecho romano a la tradición romanística medieval*, en RIDROM. 7 (2011) p. 319-366.

⁷² C. 5,51,9 (Diocl. et Maxim., a. 293): *Tutorem quondam, ut tam rationem quam si quid reliquorum nomine debet reddat, apud praetorem convenire potes. quamvis enim matrem tuam susceptis bonis vestris indemnitate pro hac administratione tutori se praestituram promisisse proponatur, tamen adversus tutorem tibi tutelae, non adversus matris successores ex stipulatu competit actio.* También hay testimonios en D. 16,1,8,1 (Ulp. 29 ad ed.): *Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitate eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem;* C. 4,29,6 pr. (Alex., a. 228): *Si mater, cum filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit et fideiussorem praestiterit vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti auxilio neque ipsa neque fideiussor ab ea praestitus neque res eius pignorate adjuvantur;* y PS. 2,11,2: *Mater, quae filiorum suorum rebus intervenit, actione negotiorum gestorum et ipsis et eorum tutoribus tenebitur.*

⁷³ E. MATAIX FERRÁNDIZ, *Las mujeres y la tutela impuberum durante el reinado de Diocleciano* cit. p. 564.

⁷⁴ D. 38,17,2,25 (Ulp. 13 ad Sab.): *Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat.* Se trata de un caso en el que el padre había dispuesto (se entiende que por vía testamentaria) que no fuera nombrado un tutor para sus hijos impúberes y que la administración de su patrimonio fuera realizada por la madre.

⁷⁵ Lo analizan en detalle G. CIFRO, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, en BIDR. 6 (1964) p. 110; L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre ἐπακολούθητρία* cit. pp. 433 ss. y V. SÁIZ LÓPEZ, *La relación materno-filial por consanguinidad y su naturaleza jurídica* cit. pp. 328 ss.

Inferior condicio. El punto de partida clásico de la subjetividad jurídica femenina

imperial de Septimio Severo para excluir del beneficio que otorgaba el senado-consulta Tertuliano a aquellas madres que, sin haber solicitado un tutor para sus hijos impúberes, hubieran gestionado los bienes sin nombramiento formal. De esta excepción quedaban liberadas por razón de su juventud o de ausencia de patrimonio que administrar⁷⁶. En consecuencia, la madre estaba obligada a pedir el nombramiento del tutor si había personas idóneas para ello y, a falta de ellas, podía pedirla para sí misma, convirtiéndose en tutora legítima por *confirmatio imperial*⁷⁷. A este respecto, como ya hemos mencionado, el fideicomiso se utilizó como subterfugio legal y mecanismo cautelar para permitir que la madre se convirtiese en administradora del patrimonio de sus hijos. De esta forma, a través de un acto de autonomía privada del padre por el que desheredaba a los hijos e instituía a la madre como heredera fiduciaria del patrimonio hasta su pubertad, lograban evadir la limitación jurídica y evitaban perder el beneficio *ex Tertulliano*.

⁷⁶ D. 38,17,2,26 (*Ulp. 13 ad Sab.*), D. 38,17,2,45 (*Ulp. 13 ad Sab.*), D. 38,17,2,46 (*Ulp. 13 ad Sab.*) y C. 2,34,2 (*Diocl. et Maxim.*, 294). Afirma Gagliardi que la carencia de patrimonio es la razón que explica la ausencia del tutor varón y permite la presencia madre tutora *de facto*. L. GAGLIARDI, *La madre tutrice e la madre επακολουθήτρια* cit. pp. 433-434.

⁷⁷ *Ibid.* p. 434.

