

LA *REGULA IURIS* D. 50,7,12 PR.,
SOBRE LA LIMITACIÓN DE DERECHOS
DE LA MUJER EN ROMA, Y SU RECEPCIÓN

Beatriz García Fueyo
Universidad de Málaga

Veritas, consuetudinem et stylum vincit

RESUMEN

En este estudio analizamos un elenco de supuestos en los que se excluye la capacidad de la mujer para actuar válidamente en la esfera pública, a la luz de D. 50,17,2 pr. (*Ulp. 1 ad Sab.*). Como es sabido, el criterio de igualdad por sexo estaba muy lejos de la mentalidad romana, incluso en tiempos de Justiniano. Así se mantuvo durante siglos, como se aprecia en autores posteriores: glosadores y comentaristas, así como como estudiosos de la Edad Moderna que analizaron esta *regula iuris*. No obstante, perdió toda significación con la Ilustración y la Revolución francesa. La evolución de los principios informantes del Derecho, aplicados a la normativa por la que se regía la mujer, ha conseguido, ya en nuestro tiempo, la equiparación entre sexos, tanto en Derecho público como privado.

PALABRAS CLAVE: Mujer, capacidad jurídica, Derecho romano, recepción del Derecho romano.

ABSTRACT

In this study, we analyse several cases in which the capacity of women to act validly in the public sphere is excluded, according to D. 50,17,2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.). Sexual equality was far from the Roman mentality, even under Justinian. It remained so for centuries, as can be appreciated in later authors: glossators, commentators, and scholars of the Modern Age who analysed this regula iuris. However, it lost all significance during the Enlightenment and the French Revolution. The evolution of the informing principles of law, applied to the regulations governing women's rights, has led in our times to equality between the sexes, both in public and private law.

KEYWORDS: Woman, legal capacity, Roman Law, reception of Roman Law.

Beatriz García Fueyo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS GENERALES DE LAS *REGULAE IURIS* Y LA *ULPIANA* DE D. 50,17,2 PR. 3. INTERPRETACIÓN DE *ACCURSIO* Y *BARTOLO* DE *SAXOFERRATO*. 4. JURISTAS DEL SIGLO XVI: *FERRARI MONTANI* Y *FILIPPO DECIO*. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Un primer ámbito de información sobre la mujer en el período clásico greco-latino es el que proporcionan las fuentes literarias, especialmente del mundo pagano latino, y la patristica de época posclásica, en las que se dibuja la realidad social y económica, además de personal, existente en aquellos siglos¹. No es una fuente primaria de referencia para conocer el régimen jurídico, pero tiene enorme importancia para documentar ese período histórico².

Resina ha trazado una síntesis, aunque no exhaustiva, de la condición jurídica de la mujer romana³, comenzando por el Derecho público en el que carecía

¹ Sirvan como testimonio las imágenes que transmite San Jerónimo, para quien la mujer es un ser dominado por la concupiscencia, con comportamiento caprichoso y fluctuante, inclinado siempre a la coquetería, un ser débil física y moralmente, frente al varón, que es símbolo de fuerza; la mujer es débil por su sexo, pero fuerte por su capacidad de sobreponerse a él. Vide M.A. MARCOS SÁNCHEZ, *La visión de la mujer en San Jerónimo a través de su correspondencia*, en AA.VV., *La mujer en el mundo antiguo. Actas de las V jornadas de investigación interdisciplinaria* (Madrid 1986) pp. 315-321. En la misma línea se manifiesta Basilio de Cesarea, quien destaca el valor de la *puclitit*, es decir, el pudor y la castidad, y para quien la mujer es un ser débil por la *imbecilitas sexus*, de carácter cambiante y necesitada de la sumisión constante a la autoridad del varón. Un ejemplo de la transmisión de esta imagen negativa de la mujer y su posición respecto del hombre hasta la Edad Moderna, puede verse en P. DU PRAT, *Lexicon Iuris civilis et canonici: sive potius commentarius de verborum quae ad utrumque ius pertinent significatione* (Lugduni apud G. Rovillium 1574) pp. 419-422.

² Vide por todos, U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho romano* (Madrid 1944) pp. 334-336; A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (Salamanca 1943) pp. 63-87. Catón el Censor (*Cato Maior* 8,4), no duda en afirmar que «todos los pueblos obedecen a los romanos, y estos a las mujeres», lo que no impide presentar rasgos tópicos, a saber: su debilidad, ser timorata, frivolidad, coquetería, incapacidad de dominarse a sí mismas, manipuladora con mayor o menor eficacia del marido, inconstancia, infidelidad, falta de fiabilidad, proclive a engañar, desvergüenza, insaciabilidad y afán de ostentación, entre otras características, como irritarse fácilmente y dejarse afectar por cosas nimias. Cfr. M. MONTERO MONTERO, *La mujer en Roma*, en AA.VV., *La mujer en el mundo antiguo. Actas de las V jornadas de investigación interdisciplinaria* (Madrid 1986) pp. 195-204. Esta autora transmite las opiniones negativas de la mujer que se pueden ver en Séneca, Juvenal, Tito Livio, entre otros autores. Con el mismo objeto, vid. A. LÓPEZ LÓPEZ, *La mujer en la sátira romana*, en A. López-C. Martínez-A. Pociña (Eds.), *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (Granada 1990) pp. 169-191, refiriendo los textos de Lucilio, Horacio, Persio y Juvenal, con visiones diferentes, porque para los dos primeros, la mujer es objeto de placer, y para el último es un cúmulo de vicios e imperfecciones.

³ P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer en Roma*, en A. López-C. Martínez-A. Pociña (Eds.), *La mujer en el mundo* cit. pp. 97-119. Vid. L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna*

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

de las cuatro atribuciones del mismo⁴: *ius honorum* o acceso a las magistraturas, *ius suffragii* o derecho de voto en las asambleas, *ius provocationis* o derecho de apelar ante el comicio y *ius legionum* o derecho a formar parte del ejército, de modo que su participación era nula en la vida política, como lo era intervenir o formar parte del Senado, añadiendo el citado romanista que tampoco integraba los tribunales de justicia, sin capacidad para ser juez, abogada, ni procuradora, además de estar alejadas de la vida administrativa en época imperial, y ni siquiera podía ejercer la tutela y curatela, que eran *officia civilia et publica*, reservados a los ciudadanos varones⁵.

La actitud protectora sobre la mujer se justifica, tanto en muchos textos literarios como jurídicos, en la debilidad mental⁶, a la que alude Valerio Máximo⁷, o a la falta de madurez en sus juicios, a criterio de Cicerón⁸ y Séneca⁹, o a la fragilidad del sexo, o a la ligereza de su espíritu, según Gayo¹⁰, lo que no impide que pueda realizar por sí misma multitud de negocios, sin menoscabo de que, en casos con-

romana in età repubblicana (Milano 1984); G. MELILLO, *Personae et status in Roma antica* (Napoli 2006); P. BALLARÍN DOMINGO (Dir.), *Las mujeres en Europa: convergencias y diversidades* (Granada 2000) p. 11: «La historia de las mujeres surge en los años sesenta en íntima relación con el feminismo contemporáneo». *Ibid.*, pp. 14-15: «Han sido las mujeres las encargadas de mantener y reproducir a lo largo de toda la historia las unidades domésticas con su trabajo, su tiempo y sus capacidades... el trabajo ha sido considerado como virtud... como algo atribuido por la naturaleza a las mujeres, tal como indica en el siglo I d.C. Columela, *De re rustica*, 12 praef.

⁴ Cf. H. RISWICH, *Paratitla et notae breves in titulum de Diversis regulis Iuris antiqui, adiectus est Liber singularis Regularum...*, item et alius Regularum seu capitum index, (Coloniae Agrippinae, apud Gualtherum Fabricium et Ioannem Gymnicum, sub Monocerote 1572) fol. 7v.

⁵ En el ámbito del Derecho privado pudo estar sometida a la *potestas* del padre, o del marido, o del tutor, sujeción que desaparece finalmente en época posclásica, y ya se debilita en el siglo I d.C. con el *ius liberorum* y la tutela optiva (Gai. 1,150-154); carecía de *patria potestas* sobre sus hijos, sin poder adoptar, arrogar, ni ser tutora, y necesitaba la *auctoritas tutoris*, siendo *sui iuris*, para contraer matrimonio; con evolución histórica se limitará este requisito a la *conventio in manum*, y en época posclásica a las menores de 25 años.

⁶ Advierte Riswich: «*mulieribus: tunc succurrendum est cum defendantur, non ut facilius calumnientur*». H. RISWICH, *Paratitla et notae breves in titulum de Diversis regulis Iuris antiqui, adiectus est Liber singularis Regularum...* cit., fol. 69r.

⁷ *Val.Max.*, *Hechos y dichos memorables* 9,1,3: ¿Para qué voy a seguir hablando de las mujeres, a quienes la debilidad de su sexo y la exclusión de las tareas importantes, les lleva exclusivamente a ocuparse de aparecer más bellas...?

⁸ Cic., *Pro Mur.* 12, 27: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestater esse vulerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.*

⁹ Sen., *Ad Marciam* pr.

¹⁰ Gai. 1,144.

Beatriz García Fueyo

cretos, la autoridad del tutor¹¹ fuera un formalismo o se prestara por el pretor contra la voluntad del titular de la tutela. No obstante, esta *auctoritas tutoris* fue obligatoria en la República, aunque se debilita mucho en el siglo I d.C.

En Derecho justiniano no existe en general, en el ámbito del Derecho privado, la discriminación de capacidad por razón de sexo, aunque seguirán vigentes algunas disposiciones de época clásica¹².

En este contexto hay que situar la regla del Derecho referida en D. 50,17,2 pr., porque su contenido dista mucho de las regulaciones propias del Derecho moderno, así como de la mentalidad de nuestro tiempo¹³, aunque es necesario recordar que se trata de una norma vigente en la antigüedad posclásica, y a la que los compiladores de Justiniano dieron fuerza legal en el siglo VI d.C.¹⁴.

¹¹ No se puede olvidar que el tutor no tenía la gestión de los negocios, sino que la mujer llevaba directamente sus negocios, conforme a Gai. 1,190, administrando por sí mismas el patrimonio personal.

¹² Como el sc. Veleyano, con la finalidad de otorgar protección a la mujer, que también vemos a propósito de la diversa valoración de la intimidación o *metus*, como vicio de la voluntad en la conclusión de un contrato, sin olvidar la distinta situación de la mujer en el ámbito sucesorio, tanto legítima como intestada, con una notoria evolución a favor de la mujer desde época clásica, con los sc. Tertuliano y Orficiano, respecto de sus hijos. En materia penal, la mujer vino, en general, equiparada al varón, con algunas peculiaridades, como el enterramiento viva de la vestal que no respetaba el voto perpetuo de virginidad, así como en las penas, y algunas figuras específicas fueron la prostitución, el rapto, la violación, el aborto, Entiende Duareno, que hay dos ámbitos de acusación legítima por parte de la mujer: si es materia que le afecta directamente y si es una acusación pública. F. DUARENO, *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera...* cit., p. 852. En pleno siglo XVI, podemos citar el criterio de F. VIVIUS, *Receptorum sententiarum, sive ut nunc loquuntur, communium opinionum iureconsultorum utriusque Iuris*, t. II... *item communes opiniones ex Benedicti de Benedictis de Capra Tractatibus, conclusionibus et regulis. Itemque Communes opiniones ex Iulii Clari alexandrini sententiarum receptorum libro quinto* (Francofurti ad Moenum 1574) p. 71, *opinio* 191.

¹³ Nótese la ausencia de la misma en las recientes monografías que refieren reglas jurídicas y principios de derecho global, como la intitulada *Principios de derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, R. DOMINGO (Coord.), 2.ª ed. rev. y aum. (Pamplona 2006); o la precedente, bajo el título *Reglas jurídicas y aforismos, con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, ed. a cargo de R. Domingo y B. Rodríguez-Antolín (Pamplona 2000) o la primera, en la parte relativa a reglas y máximas, dentro de la obra de J. IGLESIAS REDONDO, *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas* (Madrid 1986).

¹⁴ Recuerda López de Haro en su *Diccionario*, que la mujer es de igual condición legal que el hombre, salvo en las excepciones expresas: C. LÓPEZ DE HARO, *Diccionario de reglas, aforismos y principios de Derecho*, 5.ª ed. (Madrid 1982) p. 151.

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

El texto del Digesto¹⁵, en su tenor literal, es el siguiente: *Feminae¹⁶ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt¹⁷; et ideo nec iudices esse possunt¹⁸, nec magistratum gerere, nec postulare¹⁹, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere²⁰.*

A mediados del siglo XIX, se recuerda que, conforme a dicho fragmento, «las mujeres han sido alejadas de todos los oficios civiles o públicos, por lo que no pueden ser jueces, ni ejercer magistratura, ni presentarse por otro en juicio, ni salir fiadoras, ni tomar a su cargo negocios ajenos», y se aporta la siguiente explicación: «Los hombres son de mejor condición por su dignidad, y las hembras respecto de aquellas cosas en que escusa la fragilidad del sexo, pues como dice una ley de Partida (Partidas 3, 4, 4) «no sería cosa guisada que la mujer estuviese entre la muchedumbre de los omes librando pleitos»²¹.

2. ASPECTOS GENERALES DE LAS REGULAE IURIS Y LA ULPIANEA DE D. 50,17,2 PR.

A finales del siglo XV, o principios del XVI, Filippo Decio explica que la regla es una cláusula general, que se expresa brevemente, por lo que no incluye siempre todos los supuestos especiales a los que afecta²². Ello impide que pueda referirse a todos y cada uno de ellos, manteniendo, no obstante, el principio, según el cual, la regla no constituye, como nota distintiva, el derecho, «*ipsium ius*», sino que del

¹⁵ D. 50,17,2 pr. (Ulp. 1 ad Sab.).

¹⁶ Vide D. 50,16,196,1 (Gai. 16 ad ed. prov.).

¹⁷ Este término es también utilizado por Calístrato en D. 2,13,12 (Cal. 1 ed. mon): *Foeminae remotae videntur ab officio argentarii, cum ea opera virilis sit.*

¹⁸ D. 5,1,12,2 (Paul. 17 ad ed.). El fundamento en las costumbres se reitera en D. 16,1,1,1, del mismo jurisprudente: por las costumbres están excluidas las mujeres para que desempeñen oficios civiles.

¹⁹ Según D. 3,1,1,5 (Ulp. 6 ad ed.), para que las mujeres no se mezclen en causas ajenas contra el propio pudor del sexo y desempeñen oficios viriles.

²⁰ Sirva de referencia D. 3,3,41 (Paul. 9 ad ed.). El fragmento D. 50,17,2 pr. se reproduce literalmente en su integridad en la Baja Edad Media bizantina: «*Mulieres ab omnibus civilibus et publicis officiis prohibentur, neque iudicant, neque magistratum gerunt, neque postulant, neque pro aliis intercedunt neque procuratores fiunt*». K. HERMANOPULOS, *Manuale legum sive Hexabiblos*, ed. de G.R. Hembach, (Aalen 1969) pp. 156-157, libro 1, título XIII, *de mulieribus*.

²¹ D. C. de..., *Manual de las reglas de derecho y de la significación de las palabras, o traducción al castellano de los títulos 16 y 17 del Digesto, De verborum significatione y de regulis iuris, mandados dar en primer curso de Leyes por decreto de 1.º de octubre de 1842* (Madrid 1843) pp. 259 y 261.

²² Ph. DECIO, *In titulum Digestorum De regulis iuris* (Lugduni, apud haeredes Iacobi Iunctae, 1570), p. 1, a la rúbrica.

Beatriz García Fueyo

ordenamiento jurídico existente, «*ex iure quod est*», se obtiene la regla²³, sin que pueda contener vicio alguno, ya que en otro caso pierde su finalidad, pudiendo asumir varios significados, que en terminología de Bártolo de Saxoferrato son los de «*transitive*» e «*intransitive*»²⁴.

Mientras la regla de D. 50,17,1 (*Paul. 16 ad Plaut.*), no fue acogida en el Libro Sexto de las Decretales, a finales del siglo XIII, sí la podemos ver en el Decreto de Graciano, *prima pars*, D. 3 c. 2, así como en el proemio de la Partida 7, 34²⁵. Mans Puigarnau, al tratar de las reglas de derecho²⁶, y su concepto histórico-legal, conforme al fragmento de Paulo, no duda en entenderlas como proposiciones que exponen brevemente la cosa que es, pero el derecho no se toma de la regla,

²³ Como se indica en D. 50,17,1: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quo est regula fiat*, justificando la ubicación de este título al final de los Digestos justinianos, según el Abad Panormitano, *quia pro decisione casus concurrentis prius ad casus particulares recurritur si reperitur, et in subsidium ad communes regulas iuris*.

²⁴ Este concepto y enfoque, ya defendido por los humanistas del siglo XVI, es el que enuncia el canonista Anacleto Reiffenstuel en el siglo XVIII: A. REIFFENSTUEL, *Tractatus de Regulis Iuris*, en *Jus Canonicum universum* VI (Maceratae 1755 sed prostant Venetiis, apud Antonium Bortoli, 1755) pp. 1-2. H. RISWICH, *Paratitla et notae breves in titulum de Diversis regulis Iuris antiqui...*, cit. fols. 1r. y 4r-6r), señala dos características: brevedad y compendio. Por su parte, el italiano Cagnoli (Hier. CAGNOLI, *In titulum Digestis De regulis iuris, omnibus iurisperitis utilissima* (Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1558), fol. 1v y 3v-4r), admite que el término regla en sentido estricto es «*plurium rerum sub compendio facta traditio*», añadiendo que cualquier regla de derecho es *lex*, pero no toda *lex* es *regula iuris*, adhiriéndose al criterio del suizo Ulrico Zasius. También insiste en la distinción entre la regla «*transitive*» y la «*intransitive*», que procedía de Bártolo de Saxoferrato, que significa, en el primer supuesto, que del derecho antes vigente se obtiene por consecuencia la regla, mientras que el segundo tiene lugar cuando de la regla surge el derecho, como ocurre con la *Regula Catoniana*, sin olvidar que algunas reglas provienen de leyes que ya no están «*immerite*» en vigor en épocas posteriores, pero sirven como elemento que aglutina, por el mismo fundamento, muchos casos semejantes. En opinión de Jacques Godefroy (I. GOTHOFREDUS, *In titulum Pandectarum De diversis regulis Iuris antiqui commentarius* (Genevae, sumpt. Petri Chouët, 1653) pp. 3-6 y 10-119, toda regla es resultado del ordenamiento jurídico ya existente, de modo que la distinción entre *transitive* e *intransitive* no tiene sentido, atendiendo al contenido de la norma, que se aprueba como regla.

²⁵ En esta obra se inserta una definición de regla jurídica, a partir del mismo jurisprudente de tiempos de Augusto, y protegido del *Princeps*, Sabino, y de lo expuesto por San Isidoro, la que nos ocupa no aparece en ninguna de las fuentes bajomedievales, ni canónicas ni romanistas, lo que no impide que fuera objeto de estudio por parte de los glosadores, comentaristas y juristas de la Edad Moderna. Vide por todos, R. MENTXAKA, *Sobre el concepto de regla jurídica de Partidas 7, 34, y sus posibles fuentes*, en *Auctoritas. Mélanges offerts à Olivier Guillot* (Paris 2006) pp. 567-580.

²⁶ J.M. MANS PUIGARNAU, *Los Principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* (Barcelona 1979) p. XXXIII.

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

sino que ésta se hace del derecho preestablecido, lo cual se corresponde con la finalidad práctica que tenían en el Derecho romano²⁷.

En la regula iuris de D. 50,17,2 pr. hay dos aspectos relevantes²⁸: en primer lugar, que es parte del enunciado de entrada del precepto, pero no es un elemento final, conclusivo; en segundo lugar, esta primera parte del texto jurisprudencial trata de forma idéntica los «munera civilia» y los «munera publica», como dos términos sinónimos y sustituibles uno por otro, a través de la conjunción «vel»²⁹.

Siguiendo con el criterio expuesto por Decio³⁰, y a tenor de las fuentes romanas, los denominados «oficios civiles» son equiparables a los que se identifican como «oficios públicos», de todos los cuales las mujeres quedan excluidas, como indica paladinamente D. 50,4,18,28 (*Arc. Char. insg. de mun. civ.*). Este jurista entiende que el cargo civil es un género, bajo el cual se comprende cualquier oficio³¹, tanto público como privado, a tenor de D. 16,1,1 (*Paul. 30 ad ed.*), quien

²⁷ Porque las *regulae iuris* debían ser mero trasunto o resumen nemotécnico del derecho constituido, por lo que el enfoque era formal y práctico, como resumen *a posteriori*, por vía de recapitulación o síntesis, del derecho preexistente, aunque no faltan algunas que expresan un principio jurídico, como bien conocemos. Eran fórmulas breves, empleadas como medio de expresión de los principios inspiradores del derecho vigente.

²⁸ Advertimos previamente que no pretendemos exponer una situación jurídica general de la mujer romana, a la luz de las fuentes ya que no es el objeto de estudio. Esto no impide que tengan cabida algunas disquisiciones de la doctrina más amplias, relativas al régimen jurídico general aplicado a la mujer, relacionadas con el estudio de la regla ulpiana. Sirva como ejemplo el índice de cuestiones analizadas por canonistas ilustres del siglo XVI, P. DE DUEÑAS - B. DÍAZ DE LUCO, *Regulae iuris tam civilis quam canonici, a diversis conscriptae ac collectae, quaeque hactenus diversis libris circumscribantur* (Lugduni, apud haer. Iacobi Iuncte, 1566) pp. 341-351; Pedro de Dueñas, reglas 308 a 315: s. v. *foeminae*, pp. 473-47, y; Bernardo Díaz de Luco, *regulae* 479-483, s. v. *mulier y mulieres*.

²⁹ H. CAGNOLI, *Vercellensis, In titulum Digestis De regulis iuris...*, cit., fols. 12r-13r), advierte que esta regla de las Pandectas tiene dos partes. En la primera se expone dicha norma, pero en la segunda se sacan las consecuencias o, más bien, los supuestos concretos que la justifican. En el análisis de los motivos por los cuales la mujer debe ser excluida de los cargos civiles o viriles, «*non de aliis*», siguiendo al Abad Panormitano, como es la actividad judicial de la que son incapaces, el motivo no es porque las mujeres no tengan juicio, sino porque «*moribus et consuetudine*» así se dispuso, a tenor de D. 5,1,12,2 (*Paul. 17 ad ed.*). Entiende que hay otros cuatro motivos que explican suficientemente esa prohibición, y que anteriormente había expuesto Baldo degli Ubaldi, como son la fragilidad del consejo femenino y el carácter cambiante del mismo, sin dejar de contemplar la dificultad que presenta la mujer para guardar secretos.

³⁰ Ph. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris* (Lugduni, apud haeredes Iacobi Iunctae, 1570) pp. 13-48.

³¹ Será suficiente traer a colación el fragmento de Hermogeniano, en D. 50,4,1 y 1-4, que describe los cargos civiles, y hace un elenco de los mismos, a los que distribuye en tres grupos: patrimoniales, personales y mixtos.

Beatriz García Fueyo

recuerda que por costumbre se privó a las mujeres de los cargos civiles, y la mayor parte de ellos, si los realizaban, no eran válidos, de modo que con mayor fundamento privaron a la mujer de la *intercessio*, ya que no solamente afectaría al trabajo, y a su exclusivo ámbito personal, sino también porque ponía en riesgo los bienes de la familia³².

La primera limitación de derechos de la mujer se refiere a su falta de capacidad para actuar como juez privado³³. Tal prohibición procede de las costumbres romanas, y tiene respaldo normativo en el fragmento D. 5,1,12,2 (*Paul. 17 ad ed.*)³⁴. Lo reitera Riswich³⁵, porque el oficio de juez es un cargo *sito* entre los «*munera personalia*», y la tarea de juzgar es un «*munus publicum*». La mujer, asimismo, no puede ocupar una magistratura, tal como se dispone en D. 50,4,3,3 (*Ulp. 2 op.*): *Corporalia munera feminis ipse sexus denegat*.

La mujer tampoco puede exponer causas ante el pretor, en calidad de abogada, tal como prescribe D. 3,1,5 (*Ulp. 6 ad ed.*). Se trata de una prohibición restringida para abogar por otras personas: «*proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent*»³⁶. Asimismo se le prohíbe intervenir por otro, aunque no son sinónimos *intervenire* e *intercedere*, si bien la generalidad de la doctrina interpreta que este supuesto debe especialmente interpretarse a la luz de lo dispuesto en el sc. Velejano, a tenor del cual la mujer no podía salir fiadora de otro deudor, como dispone D. 16,1,1 pr. (*Paul. 30 ad ed.*). Por último, la regla del D. 50,17,2 pr. le prohíbe el ejercicio de procuradora, conforme a D. 3,3,54 (*Paul. 50 ad ed.*), reiterándose en CI. 2,12,18 (a. 494).

³² No obstante, en CI. 10,52(53),6 pr. (a. 321), expresamente se refiere la equivalencia entre oficios civiles y públicos, a propósito de la exención de los médicos, en el inciso: «*ab omni functione et ab omnibus muneribus civilibus vel publicis immunes esse praecipimus*». Y con el mismo significado, de género y especie, debe interpretarse la expresión de CI. 3,34, «*de servitutibus et de aqua*».

³³ Así lo recoge Duareno: «*Moribus receptum est, ut foeminae iudices non recipiantur*». F. DUARENO, *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera...* cit. p. 156.

³⁴ Es el texto normativo, transcrito literalmente en el Decreto de Graciano, Secunda pars, causa III, quaestio VI, caput I. Dicha prohibición para que la mujer sea juez es referida en el Decreto de Graciano, secunda pars, causa 33, caput 17. Vid. AE. FRIEDBERG, *Corpus Iuris Canonici. Pars prior. Decretum magistri Gratiani*, ed. lipsiensis secunda (Graz 1959) cols. 524 y 1255, respectivamente.

³⁵ H. RISWICH, *Paratitla et notae breves in titulum de Diversis regulis Iuris antiqui...*, cit. fols. 6r-7v.

³⁶ El jurista de los inicios de la Edad Moderna añade: «*in quo edicto exceptit Praetor sexum et casum*», ya que en el párrafo primero del mismo fragmento señala los tres órdenes de personas a las que prohibió el pretor abogar, entre las que se encuentran algunas a las que permitió que lo hicieran en su beneficio.

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

3. INTERPRETACIÓN DE ACCURSIO Y BARTOLO DE SAXOFERRATO

Es fácil entender que al inicio de la Baja Edad Media, y durante este período, estuvo vigente la concepción de la mujer sometida al varón³⁷, especialmente en el matrimonio, siguiendo la doctrina bíblica, con una evidente desigualdad entre hombre y mujer, de la que deriva que, conforme al Decreto de Graciano, la mujer está sometida al marido y casi es una fámula³⁸, porque ese es el verdadero sitio que correspondería a la mujer según el orden natural.

La glosa acursiana comienza por identificar el *officium civile* con el personal o particular, y el público con el que se ejerce *auctoritate* y utilidad general, como son el consulado, la pretura, la judicatura *et similia*, sin olvidar otros públicos, a causa del ejercicio *auctoritate*, pero de utilidad privados, como la tutela y curatela, que por eso mismo es al mismo tiempo civil, es decir, personal³⁹.

De todos esos cargos u oficios están excluidas las mujeres, enumerando que no pueden ser jueces, ni magistrados, ni abogadas, ni fiadoras⁴⁰, ni procuradoras, si bien estos dos últimos oficios se insertan en el fragmento compilatorio «*gratia similitudinis*», porque aunque son cargos públicos, también son cargos privados, de modo que nadie duda que no pertenecen a la utilidad pública, como salir fiador por otro ciudadano, a diferencia de los tres primeros, en los que no hay duda de que el fundamento público es evidente⁴¹.

Bartolo de Saxoferrato⁴², separa los cargos u oficios, que denomina «*realia*», de los que son «personales»⁴³, citando CI. 10,64,1⁴⁴, pues algunas cargas se imponen a las personas, atendiendo a su patrimonio, las cuales afectan a las mujeres en el lugar que los poseen, conforme a D. 50,4,6,5 (*Ulp. 4 de off. proc.*)⁴⁵.

³⁷ Vide E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, rist. anast. (Padova 1971) p. 267.

³⁸ C. 30 q. 5 c. 7: «*semper viris suis subditas esse*».

³⁹ ACCURSII, *Glossa in Digestum Novum*, en *Corpus glossatorum juris civilis*, IX (Augustae Taurinorum, ex of. Erasmiana, 1958), fol. 294r, col. b.

⁴⁰ Accursio asigna al término «*intervenire*» el significado de «*fideiubere*».

⁴¹ ACCURSII, *Glossa in Digestum Novum*, en *Corpus glossatorum juris civilis*...cit. fol. 294rv, cols. b-a.

⁴² B. A. SAXOFERRATO, *Omnium... commentaria*... T VI. In *secundam Digesti Novi partem* (Venetiis, apud Iuntas, 1615), fol. 237r: *De regulis Iuris*: D. 50, 17, 2: *faeminae*.

⁴³ «*Solutionem fateor, quod subeunt munera realia, non personalia*».

⁴⁴ En realidad se trata de CI.10,63(62),1, Imp Philippus A. Claudio.

⁴⁵ Algunos cargos son dignidades y oficios meramente personales y, en este caso, alguno es un oficio público «*auctoritate et utilitate*», que no comportan administración, en cuyo supuesto la mujer puede desempeñarlos, a tenor de D. 1,9,8 (*Ulp. 1 ad leg. Iul. et Pap.*), recibiendo la dignidad de sus

Beatriz García Fueyo

Determinado oficio es público y con autoridad, pero se crea en utilidad de los particulares, y este regularmente puede asumirlo la mujer, si tenemos presente D. 26,1,18 (*Ner. 3 reg.*), a propósito del cargo de tutor: las mujeres no pueden ser nombradas tutoras, porque es un cargo propio de hombres, a no ser que especialmente pidan al Emperador la tutela de los hijos. Este enfoque no tiene lugar en algunos supuestos, y por tanto se permite a la mujer que ejerza dicho oficio, del mismo modo que vemos en la exención de la prohibición de abogar, conforme a D. 3,1,1,11 (*Ulp. 6 ad ed.*)⁴⁶.

Si se pregunta si puede la mujer ser ejecutora en un testamento, Bártolo responde que a la luz de lo expuesto precedentemente, se trata de un cargo privado en autoridad y utilidad, y caso de tener que acudir a un juicio, la mujer no podría asumirlo, tal como vimos a propósito del cargo de procuradora, pero si fuera, al margen de un juicio, es evidente que podría desempeñarlo, salvo que se afirme realizar la designación a favor de los difuntos, lo que puede tener lugar⁴⁷.

4. JURISTAS DEL SIGLO XVI: FERRARI MONTANI Y FILIPPO DECIO

Giovanni Ferrari Montani, comentando el último título del Digesto⁴⁸, no duda en señalar que todos los hombres mandan a las mujeres, añadiendo que esta autoridad se produce no solo dentro del domicilio doméstico⁴⁹, «*sed erumpens etiam in*

padres senadores, o de los maridos que tienen esa condición, pero también en virtud de un rescripto del Emperador, conforme a CI. 5,4,23,1a (a. 520-523). Hay dos supuestos en los que la mujer puede gozar de la dignidad junto con el derecho de administración, a tenor de CI. 2,55(56),6 (a. 531).

⁴⁶ Existe un oficio que es privado, en razón de la autoridad que se tiene, y se ejerce con utilidad del particular, como es el de procuradora, pero, como se ha de desarrollar su actividad con ocasión del juicio, la mujer no puede ejercerlo, aunque también tiene excepción en D. 3,3,41 (*Paul. 9 ad ed.*). En caso de que la intervención de la mujer se produjera fuera de un juicio, esta no tendría limitación alguna, conforme a D.3,5,3,1 (*Ulp. 10 ad ed.*), a excepción de la fianza, a tenor del sc. Veleyano, ya que la mujer no puede ser fiadora.

⁴⁷ En la obra, erróneamente atribuida a Bártolo, sobre las contradicciones entre el Derecho romano y el longobardo, B. DE SAXOFERRATO, *Contrarietates Iuris civilis romanotum et iuris Longobardorum... cum additionibus Julij Ferretti*, ravennatis (Venetiis 1543), destacan los fols. 5rv; 9v-10r, y 11v, en los cuales el autor se limita a citar las fuentes romanas, sin ulterior comentario, de modo que traza una semblanza parcial del régimen legal aplicado a la mujer romana, vigente en época posclásica, ya que no alude al período clásico.

⁴⁸ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris integer commentarius* (Lugduni, s. e., 1533) pp. 10-21, ley 2, *foeminae.*, p. 11. comienza por sentar un principio general: «*veteres non inconsiderate voluerunt ut mulieres in nulla alia re viris suis, quam in his quae ad lanificium pertinent operam navarent, eisque de via honores ergo cederetur, ut auctor est Plutarchus*».

⁴⁹ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. p. 12.

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

publicum et ad plerasque nationes promanavit», aunque, según Platón, las mujeres no tenían prohibido el estudio de la Filosofía⁵⁰.

En su criterio⁵¹, las mujeres no pueden ser jueces, pero no porque no tengan juicio, «*cum nonnullis id pro sexus humanitate acerrimum sit datum*», sino porque así se ha recibido por la costumbre, en razón de la cual no pueden desempeñar cargos civiles, conforme a D. 5,1,12,2 (*Paul. 17 ad ed.*)⁵². Tampoco pueden acceder a la magistratura, porque el sexo les impide su desempeño, ya que la naturaleza obstruye que sean hábiles para este oficio, asumiendo las cargas que conlleva, «*corpore praestanda*»⁵³, aunque existen diversas especies de magistrados, y se les asignan diferentes funciones a los cargos.

Las mujeres no pueden abogar, porque esta tarea es contraria al pudor de su sexo, al tener que mezclarse con los hombres en las causas de otros sujetos. *Postulare* tiene varios significados, pero, en el fragmento jurisprudencial de Ulpiano, indica el deseo de la mujer, o de un amigo, de comparecer «*in iure*» ante el magistrado que tiene jurisdicción, exponiendo la controversia, o por deseo ajeno contradiciéndolo, según D. 3,1,1,2 (*Ulp. 6 ad ed.*): *pro se Praetor permittit allegare, pro alio prohibet*. Este oficio es de varones⁵⁴.

⁵⁰ Los romanos imitaron al mundo helenístico respecto de la exclusión de las mujeres, de modo que «*civilia officia moribus sunt adempta foeminis, atque viris relicta*». Por este motivo, las mujeres fueron excluidas de los oficios civiles o públicos, no solo conforme a la naturaleza, sino también al ordenamiento jurídico, ya que se puso la dignidad en el sexo del varón, tal cual recuerda D. 1,5,9 (*Pap. 31 quaest.*) y D. 1,9,1 (*Ulp. 62 ad ed.*), aduciendo este último jurisconsulto algunos ejemplos, de los cuales «*regulam iureconsultus diducit*».

⁵¹ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. pp. 13-14.

⁵² En virtud de una norma singular, no se permite a las mujeres formar parte del tribunal, sin embargo, si existe otro fundamento, nada impide que cese la regla: «*foemina regia aut iure haereditario*», que nada tiene que ver con el Derecho romano.

⁵³ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. pp. 15-16. Por este motivo, Ulpiano habla de «*corporalia*», en D. 50,4,3,3 (*Ulp. 3 op.*), y los comentaristas se refieren a los cargos que pertenecen a una función pública que importa «*dignidad cum administratione*». La autoridad pertenece también a los que ejercen la jurisdicción, y Ulpiano no solamente excluye a las mujeres de los juicios, sino también niega que puedan ser magistrados, siguiendo a CI. 10,32(31),2 (s. a.).

⁵⁴ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. p. 17. Por ello, en su edicto, el pretor prohíbe que lo ejerzan las mujeres, o que acepten a favor de otros el patrocinio «*in iure*», respecto del caso controvertido, refiriendo lo ocurrido con Calpurnia, citada en D. 3,1,1,5 (*Ulp. 6 ad ed.*), de modo que, en el capítulo segundo del edicto prohibitorio *de postulando*, se prohíbe a la mujer abogar, por razón del sexo.

Beatriz García Fueyo

Las mujeres no pueden salir fiadoras de otros deudores, ni tampoco pueden «*intervenire*», es decir, para Ferrari Montani significa «*intercedere vel fideiubere*»⁵⁵, a pesar de que su consejo o ayuda, abandonando la propia comodidad, pueden ser muy provechosos para otra persona⁵⁶. Tampoco pueden ser procuradoras⁵⁷, ya que es un oficio civil, y está excluido de la mujer en razón de su sexo⁵⁸. A pesar de la prohibición general, las mujeres instan acciones, y contradicen las que les han puesto, si se refieren a un negocio suyo personal, y a una utilidad privada, tal como dispone la regla jurídica de D. 3,3,41 (*Paul. 9 ad ed.*), y la constitución imperial CI. 2,12,4 (a. 207)⁵⁹.

Resulta de mucho interés, por la meticulosidad de los casos examinados, y por la repercusión favorable que tuvo en otros contemporáneos, y juristas posteriores, la doctrina de Filippo Decio⁶⁰, quien enumera aspectos muy distintos de la materia, pero conexos extrínsecamente, por la terminología o por las personas que pueden verse afectadas de modo similar en la regulación, o por la excepción a la regla, conforme a la mentalidad de los nuevos tiempos⁶¹.

⁵⁵ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. p. 18.

⁵⁶ Esto se justifica a causa de la «*infirmitas foeminarum*», no de la «*calliditas*», fundándolo en el rescripto, que cita Ulpiano, de los emperadores Severos, ya que el sc. Veleyano protege no a las mujeres que engañan, sino a las que han sido engañadas.

⁵⁷ IO. FERRARI MONTANI, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. p. 19.

⁵⁸ Las mujeres son poco aptas para esta función, ya que no pueden hacer valer el mandato, así como las garantías, o *satisfactiones*, que se les permiten en pocas situaciones. No obstante, la mujer puede ser procuradora a favor de sus padres, impedidos a causa de una enfermedad, o por su longeva edad, si no tienen otra persona próxima que sea idónea para su ejercicio.

⁵⁹ Hay cierta diferencia entre el procurador y el defensor, porque el primero actúa en virtud de un mandato, mientras el segundo gestiona el negocio sin mandato ajeno, conforme a D. 3,3,1 pr. (*Ulp. 9 ad ed.*) y D. 3,3,51 (*Ulp. 60 ad ed.*). En su análisis IO. FERRARI MONTANI, Ioannis, *Ad titulum Pandectarum De regulis iuris...* cit. p. 20, no solamente se circunscribe a las limitaciones que enumera la regla estudiada, sino que hace su propio elenco: «*officium arbitri, tutelae, executoris, atque id genus alia viris solum exposita*», para añadir la realidad jurídica de su tiempo, ajena al Derecho romano y regla de Ulpiano, advirtiendo a la mujer, a la hora de asumir alguna tarea: «*Caeterum si foemina huiusmodi officium, quod virile est, habere inveniatur sive hoc sit ex iure scripto, sive ex consuetudine, sive ex Principis beneficio, id citra regulam sit, atque exceptionibus commodabit*».

⁶⁰ Ph. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 16-48.

⁶¹ En criterio del estudioso citado, son equiparables, en el fragmento, lo relativo a «*officia civilia et publica*», si bien este último es el género, que comprende el resto de cargos u oficios. En su opinión, la capacidad de juzgar de la mujer no solamente puede provenir de la costumbre, sino también del estatuto, así como esa función puede otorgársele mediante privilegio del *princeps*, siguiendo a Bártolo de Saxoferrato y a la glosa. Ph. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. p. 18.

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

Al tratar de la incapacidad de la mujer para ejercer una magistratura, aparte del fragmento que impide a la mujer desempeñar oficios corporales, Decio, añade, que procede también en el cargo «*seu in dignitate cum adinstratione*»⁶², ampliando la imitación del texto de Ulpiano, con la excepción: «*nisi ex certa scientia principis sibi concederetur*»⁶³.

Según Decio, la mujer puede participar como asesora en el tribunal regio, porque esto no lo tiene prohibido, ya que la prohibición se refiere a abogar, pero no consultar, al igual que sucede con el profesor de una Facultad jurídica, que siendo doctor tiene prohibido abogar, y sin embargo puede hacer de consultor en el tribunal del Rey, o Príncipe, en consonancia con el criterio del Abad Panormitano, de Angelo degli Ubaldi y de Bártolo de Saxoferrato⁶⁴.

A propósito de la incapacidad de la mujer para ser juez, Decio advierte que esto está vigente salvo que tenga esta capacidad por derecho hereditario⁶⁵, porque entonces puede tanto juzgar como ejercer la jurisdicción⁶⁶. La mujer no puede abogar por otro, aunque puede hacerlo en favor suyo, así como por ciertas personas que se enumeran en D. 3,1,1,11 (*Ulp. 6 ad ed.*)⁶⁷. La mujer no puede «*inter-*

⁶² Para su afirmación se apoya en el criterio del comentarista Bártolo de Saxoferrato, aunque no precisa la intervención favorable del Príncipe, si la dignidad no conlleva administración, porque a través de un simple rescripto imperial, o del Príncipe, se obtiene esta dignidad, que corresponde a la mujer a través de la persona del padre, según previene D. 1,9,8 (*Ulp. 6 fideic.*), atribuyendo la dignidad no solamente a las hijas de senadores, sino también a las esposas de estos, por razón del matrimonio. PH. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. p. 19.

⁶³ Cf. CI.12,1,13 (a. 392), constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio.

⁶⁴ El motivo de la excepción está justificado en D. 3,1,5 (*Ulp. 6 ad ed.*), cesando si la mujer no acude ante el juez, de modo que la prohibición de abogar debe interpretarse restrictivamente, limitándose a ser abogada ante el juez, pero no se prohíbe que lo haga ante su legado, a tenor de D. 48,19,9 pr. y 1-3 (*Ulp. 10 de off. proc.*).

⁶⁵ En el mismo sentido, RISWICH cit. fol. 6: *Nisi iure haereditario, privilegio principis aut consuetudinis hoc ei competit.*

⁶⁶ El motivo de tal excepción está justificado en D. 3,1,5 (*Ulp. 6 ad ed.*), cesando si la mujer no acude ante el juez, pero no se prohíbe que lo haga ante su legado, a tenor de D. 48,19,9 pr. y 1-3 (*Ulp. 10 de off. proc.*). PH. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...*, cit., p. 20. Sigue en este planteamiento a Ángelo degli Ubaldi, quien refiere cómo la Reina Juana se sentaba en el trono regio y pronunciaba sentencias, y esta facultad judicial está reconocida por Inocencio IV y el Abad Panormitano, comentando X 1,43,4, además de X 1,3,36 y X 1,33,13, en consonancia con la doctrina de Alejandro Tartagna. Aunque la costumbre permite que la mujer sea juez, esta capacidad puede verse eliminada si hay costumbre en contrario.

⁶⁷ Así lo advirtió la glosa, aplicándose en el supuesto de que la mujer presente algo ante el juez, debiéndose advertir que en este período no hay distinción entre magistrado jurisdiccional y juez, sino que son la misma persona.

Beatriz García Fueyo

venire», es decir, salir fiadora, en criterio de Decio, a favor de otro, u obligarse por otro, conforme a lo dispuesto en el sc. Veleyano, en D. 16,1 1 pr. (*Paul. 30 ad ed.*)⁶⁸.

La mujer no puede ser nombrada procuradora, a tenor de la *regula iuris* que nos ocupa, pero también, si nos atenemos a lo dispuesto en D. 3,3,54 (*Paul. 50 ad ed.*), así como en CI. 2,12,18 (a. 293), lo que se aplica igualmente para intervenir en un juicio⁶⁹. A pesar de ello, la mujer puede ser nombrada procuradora en causas extrajudiciales, como señalaron Bártolo de Saxoferrato, Alberico de Rosate, y los juristas en general⁷⁰.

La mujer no puede asumir un compromiso, conforme a CI. 2,55(56),6 (a. 531), porque igual que la mujer no puede juzgar, tampoco debe ser árbitro, puesto que los arbitrios se construyen a imagen de los juicios⁷¹.

También se excluye a la mujer del ejercicio del cargo de tutor, conforme a D. 26,1,18 (*Ner. 3 reg.*), reiterándolo una constitución del año 224⁷², salvo que solicitaran del emperador la tutela de los hijos, en cuyo caso tenía lugar, no existiendo tutor legítimo o testamentario, y otros supuestos que enuncia la norma recogida en CI. 5,35,2,3 (a. 390)⁷³.

⁶⁸ Se dispuso claramente en el sc. Veleyano que las mujeres no fueran fiadoras a favor de nadie, careciendo de eficacia el consentimiento del padre. A pesar de ello, dicha disposición normativa romana no tiene aplicación en múltiples supuestos, tal como ya advirtió la glosa, y lo recuerdan tanto Alejandro de Ímola, como Angelo Aretino, debiendo advertir que este último lo comenta al analizar IJ. 4,13,5, en cuyo lugar indica los casos en los que no tiene aplicación.

⁶⁹ Como observa Riswich, solamente en el supuesto de tener que intervenir en un juicio. H. RISWICH, *Paratitla et notae breves in titulum de Diversis regulis Iuris antiqui...* cit. fol. 7r.

⁷⁰ Aunque la mujer, con arreglo a la norma estatutaria, no puede obligarse, sin embargo, puede acceder al oficio de procuradora, para atender negocios ajenos, como advierte Ángelo degli Ubaldi. Igualmente, la mujer tiene capacidad de participar en un juicio de jurisdicción voluntaria, según Baldo degli Ubaldi, mientras la abadesa puede ser nombrada procuradora de su monasterio, según X 2,30,4. Si es una materia relativa a la salvación del alma, la mujer puede ser procuradora, porque en tal caso no están en juego los soportes básicos del ordenamiento.

⁷¹ Vistos los supuestos enunciados más arriba, en los que la mujer no puede ser juez, por el mismo motivo no puede actuar como árbitro, y resolver un compromiso de las partes, tal como defendieron algunos autores bajomedievales, sin olvidar el criterio del Abad Panormitano, que diferencia entre ser árbitro y el *arbitrator*.

⁷² La administración de la tutela es un cargo viril, y tal oficio está por encima del sexo de la debilidad femenina.

⁷³ En virtud del derecho de las Novelas, especialmente la regla prevista en la Novela 118, *caput 5*, recogida como la *Authentica ut mater et aviae*, en CI. 5,35,3 (a. 530), se permite que la madre y la abuela, por este orden, se encarguen de la tutela con preferencia a los agnados, y era la normativa vigente en Europa desde la Baja Edad Media. Como advierte Baldo degli Ubaldi, este derecho de la madre, y de la

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

Tampoco puede la mujer ejercitar el cargo de ejecutor testamentario, si dicho oficio debe desempeñarse en juicio, como sostiene Bártolo de Saxoferrato, aunque si fuere *extra iudicium*, por ejemplo, ejecutora de una última voluntad, nada lo impediría⁷⁴. La mujer no puede ser nombrada *curator bonorum*, lo que sería acertado, a no ser que se trate de la madre, ya que igual que puede recibir la tutela de los hijos, también podrá asumir la curatela de los hijos, y de los bienes, conforme al criterio de Bártolo⁷⁵.

La mujer no puede ser testigo en un testamento, según D. 28,1,20,6 (*Ulp. 1 ad Sab.*)⁷⁶, al contrario de lo que sucede con los codicilos, según la glosa y todos los intérpretes posteriores, si bien Decio entiende que la prohibición hecha para el testamento se extiende a los codicilos⁷⁷. La mujer no puede testificar en una causa criminal, al menos por Derecho canónico⁷⁸, porque así lo dispone el Decreto de Graciano⁷⁹, afirmando Nicolás de Tudeschi que es opinión común.⁸⁰

abuela, no puede ser suprimido por el padre, aunque Bártolo de Saxoferrato opinaba lo contrario, matizando Decio que tal tutela competía, por consiguiente, eficazmente a la madre.

⁷⁴ En esto concuerdan Pedro de Ancharano, Juan Andrés, Bártolo o Baldo. No obstante, hay dos supuestos en los que la mujer es admitida indistintamente al cargo de ejecutora: si no fuere meramente ejecutora y defendiera su propio interés, y cuando la materia afecta a las *piae causae*, como pone de relieve Angelo degli Ubaldi. Ph. DECIO, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 21-22.

⁷⁵ Otros aspectos que analiza Decio sobre la capacidad o no de la mujer son estos: la mujer no puede ser nombrada recaudadora de impuestos, tal como afirma Lucca de Penna, comentando CI.10,64(63),1 (s. a.), e igualmente viene inadmitida en el cargo de banquero, conforme a D. 2,13,12 (*Cal. 1 ed. mon.*): *feminae remotae videntur ab officio argentarii, cum ea opera virilis sit*. También está prohibido a la mujer delatar a otra persona ante el Fisco, a tenor de D. 49,14,18 pr. (*Marcian. Lib. Sing. de delat.*): *deferre non possunt mulieres propter sexum infirmitatem*, salvo que se trate de la *annona*: D. 48,2,13 del mismo jurisprudente clásico (*Marcian. 1 de pub. iud.*), o D. 48,12,3,1 (*Papir. Iust. 1 de const.*), y de modo similar puede ser encargada para denunciar los delitos de las mujeres, ya que, como afirman Lucca de Penna y Juan de Platea, la mujer es la que mejor conoce esta situación. Las mujeres están excluidas del ejercicio de la acción popular, a tenor de D. 47,23,6 (*Ulp. 25 ad ed.*): *mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat*.

⁷⁶ Según F. VIIVIVUS, *Receptorum sententiarum...* cit. p. 153, *mulier potest esse executrix, non solum in negotiis, sed etiam in ultimis voluntatibus ad pias causas, ut dicit Baldus*.

⁷⁷ A tenor de CI. 6,36,8,1 (a. 424). De modo análogo, a lo que se afirma de la mujer en el testamento, en el que no puede ser testigo, no tiene lugar cuando la última voluntad se refiere a las causas pias, aunque Decio no entiende el motivo de admitir a la mujer como testigo en este testamento, ya que no sería testigo legítimo, tal como exige el Derecho canónico, aunque no lo exija el Derecho civil.

⁷⁸ Ph. DECIO, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 23-24.

⁷⁹ C. 33 q. 5 c. 17.

⁸⁰ Según el criterio de Decio, esta conclusión no se fundamenta en derecho, ya que en dicho capítulo se afirma, de modo tajante, que la mujer no puede ser testigo, con referencia más a la causa criminal que a la civil, si bien dicho texto normativo parece que lo prohíbe, si la mujer no tuviera el

Beatriz García Fueyo

La mujer no puede participar en la elaboración de las leyes o estatutos, conforme a D. 1,3,1 (*Pap. 1 def.*), tal como lo interpretan Bártolo de Saxoferrato y Baldo degli Ubaldi y, por consiguiente, «*non potest legem condere*». Por el mismo motivo, las mujeres no pueden generar costumbres, según Cyno de Pistoia, Bártolo y Nicolás de Tudeschi. Si las mujeres contratan con personas prohibidas, no derogan el estatuto, salvo que se trate de una condesa o reina, porque tendría derecho, *iure hereditario*, de hacer estatutos, según Angelo degli Ubaldi⁸¹. Decio no se olvida de recordar que hay muchos supuestos en los cuales la mujer tiene mejor condición que el varón. Por la debilidad (*fragilitas*) de la mujer, se la protege más que al varón, conforme a CI. 5,4,3 (a. 196)⁸².

consentimiento del marido, por lo que si este se produce, podrá la mujer ser testigo, tanto en causa criminal como civil, máxime porque en Derecho civil, la mujer está admitida en las causas criminales, según D. 22,5,18 (*Paul. 2 de adult.*). Porque la *lex Iulia de adulteriis* prohíbe que la mujer condenada preste testimonio, se deduce que las mujeres tienen derecho a prestar testimonio en un juicio. Dicha normativa parece que no se contradice expresamente en el Derecho Canónico, a tenor de la X 5,40,10, pues dispone que el testimonio de las mujeres no tiene tanta autoridad como el de los varones, porque es muy cambiante, al ser «*varium et mutabile*». Este argumento vale tanto para la causa civil como para la criminal, aunque en general la mujer testifica en todas las causas, si bien dicho testimonio tiene menor crédito que el dado por el varón, siguiendo el criterio del Abad Panormitano y de Baldo degli Ubaldi.

⁸¹ En criterio de Decio, aunque las mujeres no tengan voz a la hora de redactar los estatutos, o las leyes, sin embargo, pueden aportar un consejo, ya que el mismo emperador romano Justiniano reconoce que ha creado la ley, pero ha sido partícipe su esposa con su consejo, confirmando lo anteriormente expuesto relativo a la tutela, en la que la mujer puede participar con su consejo. Por lo mismo, a la mujer no se le debe someter a tortura, «*quia timidior videtur*», y es más temerosa y débil. La mujer se presume muerta antes que el varón, según D. 34,5,9,3 (*Trif. 21 disp.*), presunción si no se prueba lo contrario, y al contrario, se presume que el varón nació antes que la hembra, según interpreta la glosa y advierte Bártolo de Saxoferrato, en el comentario a D.1,5,16 (*Ulp. 6 disput.*). Concurriendo la mujer con el varón para el desempeño de cualquier cargo, prevalece este último, como reconoce D.1,9,1 (*Ulp. 62 ad ed.*). Ph. DECIUS, Philippus, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 24-26.

⁸² En primer lugar, puede hacer más pronto el testamento, ya que llega a la pubertad a los doce años, frente a los 14 del varón, de D. 28,1,5 (*Ulp. 6 ad Sab.*). En segundo lugar, antes puede contraer matrimonio por razón de edad. En tercer lugar, puede solicitar la «*venia aetatis*» con anterioridad, ya que lo puede realizar al llegar a los 18 años, mientras el varón debe esperar a los 20: CI. 2,44,2, pr. y 1 (a. 321). En cuarto lugar, la mujer no puede ir a la cárcel, a tenor de CI. 1,48,1 (a. 316), y Novela 134, cap. 9, inserta en CI. 9,4,3 (a. 340), *Hodie novo iure*, lo cual tiene aplicación en las mujeres honestas, porque las prostitutas pueden ser detenidas y encarceladas, salvo que se trate de mujer casada, a causa del *honor matrimonii*, aunque viva deshonestamente, porque no es posible llevarla a la cárcel, como advierte el canonista bajomedieval Juan Andrés. En quinto lugar, la mujer no puede ser obligada a comparecer personalmente, al menos en todas las causas por las que los varones pueden serlo, como advierte Baldo degli Ubaldi al comentar CI. 2,12, relativo a los procuradores. Ph. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 28-31. La mujer, finalmente, no tiene ninguna prerrogativa por encima del varón, salvo que expresamente se recoja en la normativa jurídica. No obstante, se presume mayor y más fácil

La regula iuris d. 50,7,12 Pr., sobre la limitación de derechos de la mujer en Roma, y su recepción

Se afirma en diversos fragmentos de las fuentes, tanto del *Ius Romanum* como del Canónico, que la mujer tiene peor condición que el varón, a causa de la debilidad o *fragilitas sexus*, a la que se refieren D. 16,1,2,2 (*Ulp. 29 ad ed.*), que literalmente habla de «*propter sexus imbecillitatem*», o CI.4,29,22 (a. 530), «*suae fragilitatis*», y reproduce este término X. 5,33,13. Una muestra de que la mujer tiene peor condición que el varón se puede observar en la obligación de la viuda de guardar luto por el marido difunto, CI.5,9,1-2 (a. 380-381), al contrario de lo que sucede con el marido en caso de muerte de la esposa, según D.3,2,9 (*Paul. 5 ad ed.*): *uxores viri lugere non compelluntur. Sponsi nullus luctus est*⁸³.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Justiniano, dando valor legislativo al comentario de Ulpiano a Masurio Sabino, enumera dos limitaciones de la mujer en el ámbito de su titularidad jurídica en Derecho público, que son la judicatura y la magistratura. Asimismo, refiere tres de Derecho privado: tutela, si bien tiene matices de público, abogacía y procuraduría, restricciones siempre vinculadas a la incapacidad de la mujer para intervenir en el proceso civil ordinario. Para *Accursio* la distinción se explica porque los tres primeros oficios son ejercidos *auctoritate et utilitate communitatis*, mientras que los dos últimos lo son *auctoritate et utilitate privatorum*, aunque se equiparan *gratia*

ignorancia del derecho en la mujer, porque a la mujer y al habitante del campo se presume ingenuidad u honradez, no obstante un juramento, ya que este último es engañoso: D. 38,1,48,2 (*Hermog. 2 iuris epit.*). El privilegio otorgado a un sujeto, a favor suyo y de sus hijos, varones y hembras, no alcanza a la hija casada, a pesar de mantener el origen y familia del padre, aunque, según Decio, este principio jurídico es objeto de debate doctrinal. Ph. DECIUS, Philippus, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 32-33. Filippo Decio saca como conclusión, y regla afirmativa, que el término masculino incluye al femenino, conforme a D. 32,1,81 (*Mod. 9 dif.*), en cuyo *responsum* se afirma que el nombre común incluye a ambos sexos, lo cual procede igualmente, según la interpretación de los Gramáticos, tal como sostiene Paulo de Castro; esta extensión se puede ver igualmente en la ley divina y cf. CI. 6,28,4 (a. 531), aplicándose la regla en materia indiferente, salvo que hubiera diferencia entre varón y mujer. Ph. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 42-47.

⁸³ La mujer no tiene hijos bajo *potestas*, conforme a IJ. 2,19,3 e IJ. 1,11,10, así como tampoco sustituir al pupilo, a tenor de D. 28,6,2 pr. (*Ulp. 6 ad Sab.*) y D. 28,6,33 pr. (*Afr. 2 quaest.*). Igualmente, no puede otorgar un tutor al hijo, como refieren IJ. 1,13,3 y D. 26,2,4 (*Mod. 7 dif.*). La mujer no puede adoptar salvo que se lo otorgue, acogiendo su petición, el emperador, como disponen las IJ. 1,11,10; D.5,2,29,3 (*Ulp. 5 op.*) y CI.8,47(48), 5, (a. 291), y adiciona Decio: «*Et illud etiam hodie procedit, ut tradit Angelus Aretinus*», desde la Baja Edad Media. Según Baldo, la mujer no puede legitimar, ni instituir heredero al póstumo, a tenor de D. 28,2,4 (*Ulp. 3 ad Sab.*), reconociendo el derecho al varón. La mujer no puede solicitar la *bonorum possessio contra tabulas*, conforme a D. 37,4,4,2 (*Paul. 41 ad ed.*). Ph. DECIUS, *In titulum Digestorum De regulis iuris...* cit. pp. 27-30.

Beatriz García Fueyo

similitudinis. Esta distinción es acogida y desarrollada por Bártolo de Saxoferrato, señalando algunas excepciones específicas, contenidas en las fuentes justinianas. Los juristas del siglo XVI, como Ferrari Montani, ponen el acento en el origen de la prohibición; en unos supuestos ha sido la costumbre, en otros el esfuerzo físico que exige su desempeño, o los valores que representa la mujer. Uno de los más representativos es su pudor, que se vería afectado si comparece en juicio junto a los hombres. No obstante, el régimen legal imperante en esa centuria presenta numerosas peculiaridades, como es el caso de los oficios constituidos *in dignitate cum administratione*, que recoge Filippo Decio, de los que la mujer está excluida, y la especial protección del poder político para legitimar su ejercicio en casos concretos, los cuales expone singularmente.