

LA MUJER Y LAS FUENTES DEL DERECHO EN ROMA: UNA APROXIMACIÓN CON LA AYUDA DE LA LITERATURA

Henry Campos Vargas*

A mi esposa Denia

Las mujeres siempre han constituido uno de los principales motores de los procesos de creación, reproducción y transformación del derecho en todas las culturas. El presente ensayo tiene como propósito ofrecer una aproximación a la forma como la mujer romana participó en la creación del derecho. Con este trabajo, se pretende hacer justicia a esta realidad, descuidada en numerosos estudios romanistas.

La palabra fuente procede del significante latino fons (fuente, manantial –COROMINAS 1997, 283-). De posible origen indoeuropeo (lengua hipotética que habría sido empleada por un pueblo antiquísimo del que surgirían grupos étnico-lingüísticos como el itálico, el germánico, el griego y el celta, entre otros – sobre el tema puede consultarse SEGURA 1983, 11) fons parece derivar de una raíz dhen- (ROBERTS 1997, 43), que significa correr, fluir; en una clara alusión a la imagen de la corriente de los ríos.

Propiamente, los juristas latinos no emplearon la denominación de fuentes del derecho (al respecto puede consultarse IGLESIAS 1989, 23). En su lugar, Gayo, por ejemplo, habla de la composición del derecho:

Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis,

constitutionibus principium, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.
- El derecho del pueblo romano se encuentra en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los Príncipes, en los edictos de los que gozan del poder de promulgarlos y en los dictámenes de los jurisconsultos (GAYO 1990, I, 2)

Puede apreciarse que la perspectiva asumida por los romanos es predominantemente analítica, característica que se aprecia en mayor medida en Justiniano (consúltese JUSTINIANO 1976, I, II), cuyas Instituta tomaron como modelo la obra de Gayo (JUSTINIANO 1976, Proemium). En cambio, la doctrina y la legislación modernas han desarrollado la expresión de fuentes del derecho, en sentido figurado (sobre esta posibilidad en las lenguas romances consúltese ERNOUT 1967, 245), para referirse a aquello que se considera derecho (en este sentido véanse el art. 7º la Ley General de la Administración Pública y el art. 1º del Código Civil, por ejemplo).

La doctrina distingue entre fuentes formales y fuentes materiales del ordenamiento jurídico. La denominación de fuente formal de-

*- Filólogo clásico y abogado.

signa lo que es considerado derecho en una comunidad (ley, costumbre, jurisprudencia, etc), interpretación que puede acusarse, con no poca razón, de positivista en sentido kelseniano (véase al respecto REALE 1976, 109).

Fuentes materiales son, en cambio:
los procesos o medios en virtud de los cuales las normas jurídicas se positivizan con fuerza legítima obligatoria, esto es, con vigencia y eficacia (REALE 1979, 111).

Este concepto atiende a los mecanismos de poder mediante los cuales surgen las normas. Para Miguel Reale, estas fuentes son cuatro, porque son cuatro las formas de poder:
el proceso legislativo; expresión del poder legislativo; la jurisdicción, que corresponde al poder judicial; los usos y costumbres jurídicos, que expresan el poder social, el poder decisorio anónimo del pueblo; y, finalmente, la fuente negocial, expresión del poder negocial o de la autonomía de la voluntad (REALE 1979, 112).

Aunque esta categoría abra la posibilidad del desarrollo del objeto de este trabajo, conviene aprovechar preferentemente un sentido aún más lato de fuente material, entendida como:
el estudio filosófico y sociológico de los motivos éticos y de los hechos que condicionan la aparición de las transformación de las normas jurídicas (REALE 1979, 111-112).

En Roma, la mujer no sólo contribuyó a la conservación y reproducción del derecho en el ámbito educativo del hogar, sino que fue una importante fuerza de su transformación.

Transmisora del mos maiorum (las costumbres de los antepasados), participó activamente en los procesos de cambio en Roma, hecho que atestigua el famoso historiador romano Tito Livio. En su De Urbe Condita, Livio describe, por ejemplo, la forma como las mujeres romanas se enfrentaron a Catón al saber que éste se opondría a la derogación de la Lex Oppia Sumptuaria, ley que reprimía el empleo de ornamentos femeninos lujosos (GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO 1982, 412). La economía de guerra impuesta por las Guerras púnicas exigió una vida austera. En este contexto tuvo lugar la aprobación de la Lex Oppia. Sin embargo, derrotados los cartagineses, la ley devino en obsoleta. De acuerdo con Livio, los tribunos Marco Fundanio y Lucio Valerio propusieron su derogación (MUÑOZ JIMENEZ (1992), 38). Catón, anteriormente Censor de la Urbs, se opuso vehementemente al proyecto, pero fue derrotado:

sin tener derecho al voto (las mujeres) vencieron con el voto de los hombres (MUÑOZ JIMENEZ (1992), 38)

A pesar de su fracaso, el otrora censor intervino con una alocución, que, por su gracia, me permito citar y traducir libremente:
Si in sua quisque nostrum matre familiae, Quirites, ius et maiestatem uiri retinere instituisset, minus cum universis feminis negotii haberemus; nunc domi victa libertas nostra impotentia muliebri hic quoque in foro obteritur et calcatur, et quia singulas non continuimus universas oremus - Ciudadanos, si cada uno de nosotros hubiera ordenado a la mujer en su casa conservar el derecho y la autoridad del varón, menos tendríamos que ver en este momento con todas las mujeres de este asunto; pero, ahora, vencida

en la casa nuestra autoridad por la impotencia mujeril, también aquí se la pisotea y humilla. Así las cosas, como no las contuvimos a cada una, temámosle a todas (LIVIO 34, 1-7).

Junto a esta intervención, trivial para algunos, puede citarse la participación de la mujer en la lucha por alcanzar importantes transformaciones sociales, cuyos *puntos de inflexión, que ayudan a parcelar y periodizar el largo ámbito temporal, son la secessio del mons sacrum en 494; la codificación de las Doce Tablas, en 450; las leges Liciniae Sextiae, de 367, y la citada lex Hortensia, que da fin a la lucha (ROLDÁN 1999, 74).*

La secesión del Monte Sacro consistió en la huída masiva de la plebe hacia dicho monte en señal de protesta contra los patricios. Allí amenazaron con fundar su propia ciudad, proyecto que, gracias al cónsul Menenio Agripa, no llegó a término, sino que concluyó con el regreso de los plebeyos.

En relación con las leyes Licinio-Sextias, Tito Livio describe:
La ocasión parecía oportuna para hacer cambios a causa del ingente peso de las deudas, cuyo aligeramiento las masas de la plebe no esperaban en modo alguno a menos que los suyos fueran situados en lo más alto del poder. Y una tal reflexión se debió asumir; pues con intentos y movimientos los plebeyos estaban ya a un paso de, si se esforzaban un poco más, poder alcanzar la cima y equipararse con los patricios tanto en honor como en poder (TITO LIVIO, VI, 35, citado por GARCIA MORENO 1999, 18).

No cabe duda que en esta revuelta, al igual que en todas las que tuvieron lugar en los períodos de la Monarquía y la República, las mujeres participaron en la consecución de todas y cada una de las principales vindicaciones sociales. De las conquistas plebeyas son testimonio la Ley de las doce tablas, tal y como se ha dicho antes, la elección del primer cónsul plebeyo en el 337, su primer pretor en el 314, el primer dictador en 312, la publicación del ius Flavianum, que hizo del dominio público las fórmulas procesales, la lex Ogulnia -que permitió a los plebeyos acceder a los colegios pontificiales- y, en el 287, la Lex Hortensia -que equiparó el plebiscito a la ley- (Sobre el tema puede consultarse una brillante relación y estudio en sus fuentes en GARCIA MORENO 1999, 3-129).

Contrario al pensamiento generalizado, las mujeres intervenían cotidianamente en la cosa pública y en los negocios privados. No en vano, cuatro siglos después de los eventos narrados por Livio, Gayo, jurista romano, escribió:
Feminas uero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio saussise uidetur; nam quae uulgo creditur, quian leuitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa uidetur quam uera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suma; saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur.
-Pero, en cambio, apenas hay alguna razón de pesa que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas

por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el pretor (GAYO 1990, I, 190).

La crítica gayana a la tutela es vehemente y comprueba que las mujeres no tuvieron una posición pasiva en materia negocial. Así lo confirma una comedia togata del siglo II a. C. (se llamaba comedia togata porque los personajes se vestían con togas, ropa propia de los romanos; en la comedia palliata, los personajes se vestían con el pallium, vestido de los griegos -los versos se han tomado de LOPEZ LOPEZ 1983-):

nam proba et pudica quod sum, consulo et parco mihi, quoniam comparatum est, uno ut simus contentae uiro.
-Pues dado que soy honrada y virtuosa, velo por mí misma y me cuido, ya que está dispuesto que nos conformemos con un solo marido (Epistula –La carta-, Afranio, 115 y 116 –por su orden, nombre de la comedia, autor y versos de la obra).

Otra comedia de Afranio, Divortium –El divorcio-, ofrece la misma vertiente:
uigilans ac sollers, sicca, sana, sobria; uirosa non sum, et si sum, non desunt mihi
-soy despierta y hábil, sobria, sana, frugal; no soy buscona, y si lo soy, no me faltan ... (50 y 51).

Una actitud semejante, se encuentra también en uno de los pocos pasajes conservados de la Tarentilla de Gneo Nevio (puede consultarse el texto en CODOÑER 1997, 29), quien también pertenece al período de la literatura latina arcaica.

Estos pensamientos claramente autoafirmativos también se encuentran en Plauto, autor de comedias palliatae, dramas que recurrían a una ambientación y personajes griegos.

Sin embargo,
aunque en las comedias de Plauto las protagonistas sean griegas, la descripción bien pudiera corresponder con las de las mujeres romanas (MUÑOZ JIMÉNEZ 1992, 36)

No debe olvidarse, en este sentido, que en Amphitruo –Anfitrión-, comedia plautina basada en el mito sobre del nacimiento de Hércules, Alcmena, madre del héroe y esposa de Anfitrión, pronuncia las palabras que en el derecho romano se empleaban, por el hombre o la mujer, para obtener el divorcio: tibi habeas res tuas -quédate con tus cosas- (PLAUTO 1994, 928).

Los propios jurisconsultos romanos procuraron interpretar el derecho de manera que los actos de las mujeres conservaran su eficacia jurídica

Item. Matrem, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes seruos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit.
- Igualmente. Fue manifiesto que la madre, que sin autorización del tutor dio por mancipación a su hijo unos esclavos a la vista por causa de donación, llevó a cabo una donación (CASTRESANA 1988, 264).

En estrados judiciales las mujeres dieron instrucciones, verdaderas órdenes, a sus abogados y tutores, formulaban interrogatorios, presentaban pruebas, impugnaban decisiones ... Disputas sobre dotes, derechos hereditarios, conflictos patrimoniales, divorcios, etc. son materias en las que, sin lugar a dudas, las mujeres intervinieron tanto mediante sus tutores como personalmente. Empero, no debe olvidarse que el Digesto consigna claramente lo siguiente:

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 (Dig. 50.17.2pr., Ulpianus 1 ad sab., Justiniano 2005: 1).
- Las mujeres han sido excluidas de toda labor civil y pública, de esta forma, no pueden ser jueces, ni ejercer una magistratura ni tampoco accionar, ni intervenir por otra persona, ni ser procuradores.

Este principio del derecho justiniano parece no haber tenido excepción a lo largo de toda la historia de Roma. Las pretensiones de alguna mujer para ejercer lo que hoy se conoce como abogacía habrían sido rápidamente reprimidas. Fuera de este límite, ningún ámbito fue legal o socialmente vedado a las romanas.

Gayo escribe sobre la mujer sui iuris, una mujer con plena capacidad de actuar gracias a las Leyes Julia y Papia Popena:

Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae uero quattuor, si in patroni liberorumue eius legitima tutela sint; nam et ceterae quae alterius generis tutores habeant,

uelut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.
- Las que nunca han sido esclavas se liberan de la tutela a causa del derecho por maternidad al tener tres hijos, y las libertas al tener cuatro, si es que estaban bajo tutela legítima del patrono o de sus descendientes, pues las que tienen otra clase de tutor, como son los tutores atilianos o fiduciarios, se liberan de la tutela con tres hijos (GAYO 1990, I, 194).

La liberación de la tutela también se extendió a las Vírgenes Vestales (ibid I, 145).

De acuerdo con lo anterior, la personificación de algunas mujeres que gozaban de autonomía en su quehacer como las Bacchides –Báquides-, en la comedia homónima, o la Lena en Cistellaria –La comedia de la cestita-, tal y como ofrece Plauto, correspondió a la realidad romana.

En esta última obra, otra fémina, de nombre Gimnasia, explica:

Por Pólux, al precio con que nos pagan, resulta fácil frecuentar tu casa (Selenia) y ofrecer nuestros servicios: y es que nos has agasajado en tu casa con un banquete tan exquisito y succulento que no lo olvidaremos jamás (PLAUTO 1994, 9-14).

Esta mujer independiente no es una figura extraña. Lesbia-Clodia, en los términos que describe Catulo, poeta del siglo I a. C., coincide con este modelo a cabalidad (al respecto puede consultarse CATULO 1994). Igualmente, concuerda con la imagen ofrecida por la esposa de Cicerón durante el destierro de su compañero. La epistolografía ciceroniana nos muestra un Cicerón vulnerable:

tum vero cum aut scribo ad vos aut vestras lego, conficior lacrimis sic ut ferre non possim
- así, realmente cuando te escribo o leo vuestras cartas, confieso con lágrimas que no puedo sobrellevar esta situación (FROST ABBOTT 1897, 50 -traducción libre-).

Lejos de él, Terencia, su esposa, debió asumir personalmente el cuidado y la dirección de la casa, sin mediar tutor o encargado alguno, por eso se escuchan estas palabras del afamado jurista:
Cura, quod potes, ut valeas et sic existimes, me vehementius tua miseria quam mea commoveri
- Cuida, como puedas, que estés bien y así te mantengas: me conmueve mayormente tu miseria que la mía (FROST ABBOTT 1897, 53 traducción libre-).

Las mujeres no sólo vivían y aplicaban el derecho como lo demuestran las citas anteriores. Ellas constituyeron una de sus verdaderas fuentes materiales.

Aunque no se encuentre nombre femenino alguno revestido del ius publice respondendi, ni se conozca la existencia de jurisconsultas, la mujer fue causa eficiente de la creación del derecho.

Una comedia del siglo II a. C., perteneciente al subgénero cómico denominado togata, se titula Iusperita –La jurisconsulta-. Por su título parece aludir cruelmente a la transgresora idea de que una mujer interviniera en el foro.

Sin embargo, los Fragmenta vaticana – Fragmentos vaticanos- (código romano del siglo IV o V de nuestra era descubierto en un

palimpsesto en 1821 por el cardenal Angelo Mai) comprueban la existencia de numerosas respuestas de emperadores y jurisconsultos a cuestionamientos formulados por mujeres.

Estas respuestas, llamadas rescriptos (tipo de Constitución Imperial), eran fuente del Derecho en época del imperio (JUSTINIANO 1976, I, II, 6). A través de la instancia directa de las mujeres, el derecho romano se vio enriquecido y forzado a adecuarse a las circunstancias de una sociedad compleja.

Por este medio, se permitió a la mujer nombrar procurador procesal, incluso, sin autorización de su tutor:
Diui Diocletianus et Constantius Aureliae Pantheae. Actor rei forum sequi debet et mulier quidem facere procuratorem sine toturis auctoritate non prohibetur.
- Los divinos Dioclecianos y Constancio a Aurelia Pantea. El demandante debe acudir a la jurisdicción del demandado y a la mujer no se le prohíbe desde luego nombrar un procurador sin autorización del tutor (CASTRESANA 1988, 325).

En otro fragmento se conservaron los efectos de una venta realizada por una mujer:
Diocletianus et Maximus Constantius Atinae Plotianae. Si deserta praedia ... ob cessationem conlationum ... distracta uera FIDE comparasti et uenditionem sollemniter perfecisti, uenditio ... necessitate facta conuelli non debet ...
- Diocleciano y Máximo Constancio a Atina Plociana. Si adquiriste con auténtica buena fe unos terrenos abandonados ... por retraso de las contribuciones ... vendidos y llevaste a cabo

una venta, según el uso, la venta ... no debe anularse cuando se produce una necesidad (CASTRESANA 1988, 22).

También se encuentran consejos sobre la forma de proceder en determinadas situaciones y recomendaciones de profesionales en la materia:
Diocletianus et Maximus Constantius Tannoniae Iuliae. Usum fructum locari et uenumdari posse a fructuario nulli dubium est. Proinde si, uendente filio tuo possessionem, etiam tu certo pretio usu fructu proprio cessisti, quem testamento mariti tui tibi relictum esse proponis, quando quidem emptorem contractus fiden commemores minime custodire, aditus Aelius Dionysius uir clarissimus amicus noster id tibi faciet repraesentari, quod te constiterit iure deposcere. Proposita VI id. Mart. Carthagini Fausto II et Gallo cons.
- Diocleciano y Máximo Constancio a Julia Tanonia. Nadia duda de que el usufructuario puede arrendar y vender el usufructo. por consiguiente sí, al vende tú hijo la posesión, tú también por un precio determinado hiciste cesión de tu propio usufructo, que según dices, se te dejó a ti por el testamento de tu marido, puesto que efectivamente recuerdas que el comprador no observa en absoluto la buena fe contractual, Elio Dionisio, hombres ilustrísimo, amigo nuestro, que una vez que hayas acudido a él, hará que se te pague lo que determine que puedes reclamar legalmente.

Propuesta el día 6 de los idus de marzo, en Cartago, en el consulado de Fausto por segunda vez y Galo (CASTRESANA 1988, 41).

Estos pasajes muestran la gran variedad de materias que fueron tratadas y reguladas gracias al interés de las mujeres. En igual sentido, la jurisprudencia romana, a través de su iniciativa se vio enormemente enriquecida.

Cabe destacar, además, que algunas mujeres, como Teodora, esposa del emperador Justiniano, conquistaron altos reconocimientos. Esta emperatriz mereció ser citada en numerosos documentos legales:
Cuando Justiniano tuvo el imperio, dice Juan Zonaras, no hubo un poder solo, sino dos, porque su mujer mandaba no menos, sino más que él. En más de una ocasión le cedió el cetro, que él debía empuñar dando leyes a su instancia, y citándola en sus constituciones como un consejo que lo auxiliaba en el gobierno: los títulos, los triunfos, las inscripciones en los monumentos públicos, y hasta el juramento de los empleados, eran comunes tanto a una como a otro (JUSTINIANO 1976, 14).

Contrario al pensamiento generalizado, las mujeres contribuyeron considerablemente al derecho romano. Groso modo, las líneas anteriores han tratado de mostrar al lector varios de sus múltiples aportes en una línea de investigación que ha dado sus primeros pasos en años recientes.

BIBLIOGRAFÍA

CASTRESANA HERRERO, Amelia, 1988, Fragmentos Vaticanos (Edición bilingüe), Editorial Tecnos, S. A., Madrid.

CATULO, 1996, Poesías, 4ª reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid.

CODOÑER, Carmen, 1987, Géneros literarios latinos, 1a. edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

COROMINAS, Joan, 1997, Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 8ª reimpresión, Editorial Gredos, S. A., Madrid.

ERNOUT, A., et MEILLET, A, 1967, Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots, Librairie C. Klincksieck, Paris.

FROST ABBOTT, Frank, 1897, Selected letters or Cicero, The Athenaeum Press, Boston.

GAYO, 1990, Instituciones, edición bilingüe, reimpresión de la 1ª edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid.

GARCIA MORENO, Luis, 1999, Historia del mundo clásico a través de sus textos, 2. Roma, 1ª Edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid.

GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, 1982, Diccionario de Derecho Romano, 3a. edición, Reus, S. A., Madrid.

IGLESIAS, Juan, 1989, Las fuentes del

IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. 2005. Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17). 1a edición. UNAM. México.

JUSTINIANO, 1976, Instituciones de Justiniano, edición bilingüe, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires.

LOPEZ LOPEZ, Aurora, 1983, Fabularum togatarum fragmenta, 1a. edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

MUÑOZ JIMENEZ, Ma. José, (1992), Roma ludens: reflejos de humor en la literatura latina, Estudios Clásicos, No. 101, Tomo XXXIV, España.

PLAUTO, 1994, Comedias I, 4a. edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.

PLAUTO, 1995, Comedias II, 1ª. Edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.

REALE, Miguel, 1976, Fundamentos del derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

REALE, Miguel, 1979, Introducción al derecho, reimpresión de la 3ª edición, Ediciones Pirámide, S. A., Madrid.

ROBERTS, Edward A., 1997, Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española, 3ª reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid.

ROLDÁN, José Manuel, 1999, Historia de Roma, Tomo I, La República Romana, 5ª Edición, Ediciones Cátedra, S. A. Madrid.

derecho romano, 1ª Edición, Editorial Civitas,
S. A., Madrid.

40

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, 1983, Latín
2º, Ediciones Anaya, S. A., Madrid.

Revista Judicial, Costa Rica, Nº 104, Junio 2012

* Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ex-asistente de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría de Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público. Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.