

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)
Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid
Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra
M.C. Mirow, Florida International University
José Miguel Piquer, University of Valencia
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelson, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Laura Sanz Martín, “Reflexiones doctrinales a propósito de los recursos procesales contra el *tutor impuberum*”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 19 (2022), pp. 591-618 (available at <http://www.glossae.eu>)

Reflexiones doctrinales a propósito de los recursos procesales contra el *tutor impuberum*

Doctrinal reflections concerning the procedural resources against the *tutor impuberum*

Laura Sanz Martín
Universidad Camilo José Cela

ORCID iD: 0000-0002-5173-0586

Fecha de recepción: 27.1.2022

Fecha de aceptación: 25.3.2022

Resumen

De la vetusta estructura patriarcal de la familia romana derivó una institución jurídica tendente a suplir la falta de capacidad de la que adolecían algunos sujetos. Esta institución, la tutela romana, tenía como finalidad la protección del sujeto impúber que tras muerte del *paterfamilias* se convertía en *sui iuris personae*, esto es, en sujetos jurídicamente independientes. Si bien en un principio el instituto tutelar presentaba una naturaleza que podemos calificar de egoísta, articulada en interés del propio tutor, en época clásica se transformó en una institución proteccionista del menor de edad independiente. Considerando esta plural naturaleza de la tutela romana, es de interés analizar el régimen de responsabilidad que se derivaba del desempeño del cargo de tutor en cada momento histórico y en cada especie tutelar utilizada, abordando los diferentes remedios procesales existentes en el ordenamiento jurídico romano antelas actuaciones tutelares contrarias a los intereses patrimoniales y personales de los pupilos

Abstract

From the ancient patriarchal structure of the Roman family, a legal institution was derived that tended to make up for the lack of capacity that some people suffered from. This institution, the Roman guardianship, had as its purpose the protection of the prepubescent subject who, after the death of the *paterfamilias*, became *sui iuris personae*, that is, legally independent subjects. Although initially the tutelary institute had a nature that we can describe as selfish, articulated in the interest of the tutor himself, in classical times it became a protectionist institution for independent minors. Considering this plural nature of the Roman guardianship, it is of interest to analyze the liability regimen that derived from the performance of the position of guardian in each historical moment and in each type of guardianship used, addressing the different existing procedural remedies in the Roman legal system against the actions guardianship contrary to the patrimonial and personal interests of the pupils

Palabras clave

Accusatio suspecti tutoris, *actio rationibus distrahendis*, *actio tutelae*, *tutor impuberum*, *tutor mulierum*, *fides*, infamia

Keywords

Accusatio suspecti tutoris, *actio rationibus distrahendis*, *action tutelae*, *tutor impuberum*, *tutor mulierum*, *fides*, infamy

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos configuradores de la responsabilidad del *tutor impuberum*. 3. Medidas procesales contra el tutor ante actuaciones contrarias a los intereses del pupilo. 3.1. *La accusatio suspecti tutoris*. 3.2. *La actio rationibus distrahendis*. 3.3. *La actio tutelae*. 4. Responsabilidad del *tutor impuberum versus* responsabilidad del *tutor mulierum*. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

La incapacidad de obrar de los sujetos independientes en Roma derivada de la minoría de edad¹ suponía la intervención desde antiguo de la figura de un sujeto varón a quien, bien por vía testamentaria, legítima o por actuación del magistrado, se le designaba como tutor asignándole un elenco de funciones mediante las cuales se perseguía la finalidad de evitar para el pupilo cualquier perturbación o perjuicio derivado de su incapacidad, en la medida de que le estaba vedado la administración personal de su patrimonio y la intervención en la vida pública negocial.

Si la designación del tutor suponía en todo caso la asunción de representativos poderes sobre la persona y patrimonio del menor *sui iuris* no podemos abstraernos de las obligaciones que sus actuaciones conllevaban.

Por lo que respecta a la naturaleza de estas obligaciones derivadas del desempeño del cargo de tutor, las fuentes reflejan la inexistencia *ab antiquo*, de una regulación normativa que delimitara las obligaciones propias del tutor y las dotase de contenido.

Así, el desempeño de las funciones tutelares se encuadraba en los primeros momentos del instituto tutelar, dentro de un marco pretérito de principios morales del que todo romano debía participar² en su anhelo de ser considerado como *vir bonus*³, esto es, hombre bueno, buen romano que rige su vida tanto en el ámbito público como privado por el sentido del deber. Esta diligencia entronca de plano con la idea de *fides* entendida esta como la virtud que liga al *cives* al cumplimiento de lo prometido⁴. En palabras de Padilla Sahagún⁵, refiriendo los conceptos de *vir bonus* y *civis romanus*, entiende que “el binomio *bonus vir* y *civis romanus*, se entiende inseparable: un hombre honesto y coherente en sus relaciones humanas, será un modelo para sellar tratos, para ver cumplida una promesa, para obligarse en los actos de su vida”.

El fundamento que llevó al *tutor impuberum* a asumir las consecuencias por el desarrollo de sus actos no fue en su origen, como hemos apuntado, el cumplimiento de una norma formal sino la adecuación de su comportamiento al sentir social, esto es, la *fides*, la lealtad a la palabra dada⁶.

Como apunta Fernández de Buján⁷, “la lealtad a la palabra dada no sería exigible jurídicamente como un deber jurídico basado en la ley, ni en el edicto, sino en la *fides*”, “sería el respeto a la *fides* lo que haría social y éticamente exigibles el cumplimiento de los acuerdos o pactos libres de forma y de reconocimiento legal, con anterioridad a su sanción

¹ Sobre la edad pupilar véase, Obarrio, J.A., “La edad pupilar y la mayoría de edad en la Valencia medieval”, *Anuario de Estudios Medievales* 42/2 (2012).

² Fernández Barreiro, A., “Ética social y Derecho en la tradición jurídica romano-republicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 76 (1989-1990), pp. 379 ss.

³ Sobre el tema, véase Cardilli, R., “Vir bonus e bona fides”, *Revista de Direito Civil contemporâneo*, n. 2. v. 3, (2015), pp. 267-288.

⁴ Al respecto de la *fides* véase Fernández De Buján, A., “El papel de la buena fe en los pactos, Arbitrajes y contratos”, *Revista de derecho UNED* 7 (2010).

⁵ Padilla Sahagún, G., “La buena fe como elemento de integración jurídica en América Latina”, *Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM*, (2006), p. 689.

⁶ d’Ors, A., *Derecho Privado Romano*, Navarra, 2004, p. 66.

⁷ Fernández De Buján, A., *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, 2017, p. 80.

en el edicto pretorio” siendo, por lo tanto, la *fides* como virtud romana, el fundamento de las obligaciones no formales.

Así las cosas, parece incuestionable el equilibrio existente entre *fides* y presunción de honorabilidad social, de manera que cuanto mayor estima social tuviera un sujeto en Roma, la presunción de una mayor predisposición atinente al cumplimiento de las obligaciones contraídas quedaba reforzada. Así sería entendida la *fides* como “virtud del más poderoso” siendo considerada principio inspirador de la actuación del *tutor impuberum* y, por ende, eje central para asumir el desempeño de relaciones de confianza implícitas en el cargo de tutor.

Sobre la base de esta idea atinente a la conexión entre actos propios de relaciones de confianza y el comportamiento diligente requerido para el buen desarrollo de estos, se induce a entender que la conducta reprobable de quien, asumida la tutela, no actuaba conforme a lo que la *fides* suponía, debía ser a todas luces reprobada por la sociedad romana. La cuestión en este punto se centra en determinar a qué órgano, entidad o autoridad le correspondería esta potestad sancionadora, pues si bien la doctrina tradicionalmente⁸ ha encontrado en el *consilium domesticum* indicios de una posible potestad sancionadora que bien pudiera haberse manifestado ante actuaciones de tutores fraudulentos, lo cierto es que las fuentes no avalan este pensamiento doctrinal debiendo considerarse la necesaria y obligatoria intervención de la autoridad jurisdiccional pública como órgano competente para atender los supuestos de tutores fraudulentos tal y como evidencia la ley de las XII Tablas al hacer referencia a los remedios procesales *accusatio suspecti tutoris* y *actio rationibus distrahendis*.

2. Aspectos configuradores de la responsabilidad del *tutor impuberum*

En aras a determinar la responsabilidad de los tutores que se manifiestan sospechosos de actuar sin la diligencia debida, la generalidad de la doctrina ha creído necesario tratar separadamente la responsabilidad de cada una de las clases de tutores, en atención a que, desde el punto de vista del *ius civile*, cada una de ellas presenta unas características y esencia diferentes. Así, mientras que, en origen, la tutela testamentaria tenía la naturaleza jurídica de un *munus* voluntario, la tutela legítima era entendida como un *ius* surgido de la posición familiar agnaticia y la tutela deferida por el magistrado nace ya desde un principio como un *onus*, siendo posible, a partir de la época clásica, hablar de forma genérica de la responsabilidad del tutor, en razón a que a todas las clases de tutores se les aplica los mismos criterios.

En el Derecho antiguo y preclásico, y teniendo en cuenta el carácter arcaico de la tutela (poder del tutor sobre la persona del pupilo), es comprensible que el tutor no estuviera obligado a administrar el patrimonio para conservar la condición de tutor, ni fuera responsable por sus actuaciones.

En este sentido, afirma Costa⁹ que debido a que el primitivo concepto de tutela estaba conformado sobre la *patria potestas*, era incomprendible una responsabilidad del tutor frente al pupilo de la misma manera que tampoco le era exigible al padre.

⁸ Bonfante, P., *Corso di diritto romano, I. Diritto di famiglia*, Milán, 1963, pp. 74 ss.

⁹ Costa, E., *Storia del Diritto Romano Privato, I*, Turín, 1925, p. 324.

No obstante, cabe hablar de una obligación moral, obligación que, basándose en la *fides*, determina la actuación de todo ciudadano romano y por ende de todo tutor para actuar en interés de la familia. Es posible apuntar como hipótesis que, por el carácter del instituto tutelar basado en la naturaleza de la familia romana arcaica y más concretamente en la *patria potestas* del jefe familiar de la que deriva, las primeras sanciones aplicadas al tutor infiel se desarrollaran en el ámbito familiar pudiendo ser de carácter religioso-doméstico.

3. Medidas procesales contra el tutor ante actuaciones contrarias a los intereses del pupilo

3.1. La *accusatio suspecti tutoris*

La tutela testamentaria tal y como refiere la tradición romana, se remonta a la época fundacional¹⁰, testimonio acogido por la doctrina para apoyar la afirmación de la precedencia en el tiempo de la tutela testamentaria sobre la legítima.

En este sentido podemos considerar al tutor testamentario como aquel nombrado por el *paterfamilias* para los propios *filiifamilias* impúberes, incluidos los hijos póstumos, los *nasciturus* e incluso para el hijo desheredado y para el emancipado, esto es, para todos los sujetos sometidos a su potestad y que tengan necesidad de ser asistidos por un tutor como expone Gayo:

GAYO, 1, 144: *Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpuberibus, < femini autem sexus cuiscumque aetatis sint et tum quo> que cum nuptae sint.* 1, 145: *Itaque si quis filio filiaque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet*¹¹.

La primera acción ejercitable contra el tutor testamentario fue la *accusatio suspecti tutoris* como informan las fuentes¹²:

D. 26, 10, 1, 2: *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*¹³.

Esta acción penal de carácter popular¹⁴ cuyo origen se encuentra, según consideración de Ulpiano, en la Ley de las XII Tablas¹⁵ tenía como finalidad poner fin a la institución tutelar mediante la remoción del tutor de su cargo.

¹⁰ Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, 1, 34.

¹¹ *XII Tab. 5, 3: tutela suae rei.*

¹² Véase Solazzi, S., "Tutor suspectus", *Scritti* 2, (1957), pp. 101-146.

¹³ También, Inst. 1, 26pr

¹⁴ Mientras la mayoría de la doctrina, así Kaser, M., *Derecho Romano Privado*, trad. 5ª ed., Sta. Cruz Teijeiro, Madrid, 1968, p. 291; Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, I, p. 613; Biondi B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milán, 1965, p. 614; Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, trad. española de L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, p. 424; Iglesias, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 2008, p. 362, atribuyen a esta *actio* un carácter popular; Fuenteseca, P., *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1978, p. 411, afirma que dicha *actio* constituye una figura discutible de acusación pública.

¹⁵ D. 26, 10, 1, 2 e Inst. 1, 26pr: *Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*, si bien, algún sector de la doctrina duda sobre la procedencia decenviral de la *accusatio suspecti tutoris*, véase Guarino, A., *Diritto Privato Romano*, Nápoles, 1988, p. 607.

D. 26.1.14.4: *Praeterea si suspectus quis fueritremotus, desinit esse tutor.*

A diferencia de lo que ocurría con el tutor legítimo, el tutor testamentario, al ser un cargo de carácter voluntario, podía rehusar el desempeño del cargo mediante la *abdicatio tutelae*, ya que como dice Kaser¹⁶, el *tutor testamentarius* desempeña un oficio honroso que debe su nombramiento a la confianza que inspira al testador, y por esta razón no puede cederlo, aunque sí rehusarlo. Se convertirá en un oficio obligatorio a partir del decreto *periculo suo eos cessare* de época de Claudio, siendo sustituido el antiguo *ius se abdicandi* por un *ius se excusandi* a partir de un senadoconsulto recordado por Gayo:

GAYO, 1, 182: *Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupulli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit; de ahí que el tutor ex iusta causa fuerit excusatus*¹⁷.

Jörs-Kunkel,¹⁸ citando como fuente jurídica *Frag. Vat., 155 in fine*, entienden que esta reforma ya estaba consumada en época del senadoconsulto que Gayo menciona, siendo los cónsules los artífices de considerar al *tutor testamentarius* responsable de los daños que se produjeran por causa de rehusar el desempeño del cargo sin ningún motivo aparente.

La *accusatio suspecti tutoris* era una acción infamante, su ejercicio llevaba aparejada la nota de infamia, si bien ya en el período Justiniano, según Bonfante¹⁹, la acción no generaría siempre infamia sino solamente cuando su ejercicio se debía a una conducta dolosa del tutor. Así lo entiende el romanista italiano de la *interpretatio* que ofrece de:

D. 26, 10, 3, 18: *Sed et si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed ei adiunxerit, non erit famosus, quia non est abire tutela iussus.*

En este orden de ideas, es importante resaltar que la infamia, como remedio para sancionar más social que jurídicamente comportamientos personales deshonorosos, tendría mayor importancia en la época republicana y en la época clásica, y aunque en las épocas posteriores no desaparece, su ámbito de aplicación quedará muy reducido como se deduce del texto de Gayo:

GAYO, 4, 182: *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosis sit.*

La *accusatio suspecti tutoris* iba dirigida contra el tutor sospechoso acusado de realizar actos en contra del patrimonio del pupilo en el desempeño de su cargo. Así lo evidencian las fuentes:

D. 42, 5, 31, 1: *Sed suspectus heres non isdem modis, quibus suspectus tutor aestimatur: siquidem tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus et callida conversatio suspectum commedet, heredem vero solae facultates.*

CIC., *De off.*, 3, 15, 61: *atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus ut in tutela duodecim tabulis.*

D. 26, 10, 3, 5: *...aut ob dolum...si forte grassatus in tutela est, aut sordide egit, vel perniciose pupillo, vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus.*

¹⁶ Kaser, *Derecho Romano Privado*, p. 288.

¹⁷ Fr. Vat. 155.

¹⁸ Jörs-Kunke, L., *Derecho privado romano*, pp. 425-426 y n. 5.

¹⁹ Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, I, p. 616.

La casuística que ofrecen las fuentes lleva a considerar la postulación de este remedio procesal para aquellos casos en los que se entiende que el tutor sospechoso se ha interesado en la tutela de manera dolosa, administrándola de manera errónea o habiéndose hecho en perjuicio de los intereses del pupilo e incluso tomando algo del patrimonio pupilar. Este planteamiento evidencia claramente cómo la *accusatio suspecti tutoris* también se ejercitaba de manera genérica ante conductas dolosas y/o fraudulentas llevadas a cabo por el tutor en los casos en los que sus actos supusieran una actuación contraria a la *fides, esto es*, contraria a la conducta recta y honesta que, como hemos apuntado, todo tutor debería observar en el desempeño de las funciones propias de la gestión tutelar²⁰.

El ejercicio del cargo de tutor varió su funcionalidad *ab antiquo* donde, si en un primer momento la tutela se concebía como un interés egoísta en beneficio del tutor como nos apunta Gayo²¹, ya en tiempos de la República pasa a un plano secundario el interés propio del tutor. Ahora, la tutela es concebida como un deber (*officium*), una carga de carácter público (*munus publicum*), de manera que el tutor puede ser acusado como sospechoso desde el mismo momento en el que entra a desempeñar el cargo. Transformada, pues, la institución tutelar en una función pública, el tutor debía llevar a cabo una gestión efectiva de su cargo en la medida en que, en estos momentos, era considerado un cargo privado sometido a inspección pública de contenido no exclusivamente patrimonial.

A finales de la época clásica, las conductas perseguidas contra el tutor sospechoso no fueron solo las consideradas dolosas sino también las consideradas culposas y fraudulentas siendo, todas ellas, referidas al ámbito de la administración del patrimonio pupilar:

D. 26.10.3.1: *Liberti quoque pupillorum grate facient, si tutores vel curatores eorum male gerentes rem patronarum*

D. 26.10.3.8: *Si aulem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus si ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo, ¿quod in aliam male versalus sit?*

Las fuentes clásicas nos ofrecen un ejemplo claro de los supuestos en los que el tutor podía ser removido de su cargo cuando era sospechoso de conductas u omisiones que perjudican los intereses del pupilo. Así:

D. 26.10.3.13: *..., tutores, qui res vetitas sine decreto distraxerunt, nihil quidem egisse, verum si per fraudem id fecerunt, removeri eos oportere.*

D. 26.10.3.14: *Tutor, qui ad alimenta pupillo praestanda copiam sui non faciat, suspectus est, poteritque removeri.*

D. 26.10.3.17: *Is tutor, qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate, potest suspectus postulari.*

D. 26.10.3.18: *Qui ob segnitiam, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit...*

D. 26.10.7.1: *Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.*

D. 26.10.7.3: *Item si quis tutor datus non compareat, solet Edictis evocari novissimeque, si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum,...*

²⁰ Sobre las funciones del cargo tutelar véase, Obarrio, J.A., “Las obligaciones del tutor en el ámbito del *ius commune*”, *Revista de Derecho UNED* 8 (2011).

²¹ Gayo 1,192.

D. 26.10.3.12: *Si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit, et generaliter, si qua iusta causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reiicere eum debebit.*

Si bien en un primer momento y en atención a los actos realizados, mientras se tramitaba el juicio el tutor era suspendido de sus funciones con el objetivo de que cesara en su conducta pernicioso y no causara más perjuicios en el ámbito patrimonial del pupilo, a partir de un senadoconsulto de la época de Claudio mencionado por Gayo, el tutor sería separado del cargo definitivamente y nombrado en su lugar un tutor dativo, de manera que ni el tutor legítimo sustituiría al tutor testamentario removido, ni el tutor legítimo de segundo grado sustituiría a aquel de primer grado igualmente cesado:

GAYO, I, 182: *Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.*

A estos efectos cabe recordar que si bien, la naturaleza de la tutela testamentaria presenta en su origen diferencias importantes respecto de la tutela legítima en la que el cargo de tutor legítimo era entendido inamovible, el nombramiento del tutor testamentario requería un acto de aceptación para asumir el cargo permitiéndose renunciar a su ejercicio a través de la *abdicationis tutelae*²².

Al no presentar el cargo de tutor testamentario una naturaleza inamovible, Bonfante²³ considera que, si el tutor testamentario es suspendido de sus funciones, estas serían asumidas por un *tutor praetorius* designado por el magistrado y en ningún caso sería sustituido por el *tutor legitimus*, ni se le atribuirían sus funciones hasta la designación del tutor sustituto. Por su parte, el jurista clásico Trifonino, en cuanto al nombramiento del tutor interino, requiere también de la madre la petición del nuevo tutor bajo pena de incurrir en la sanción prevista en la Constitución de Septimio Severo²⁴:

D. 26.6.4.2: *Sed si suspecto tutore pupilli accusato decretum erit ei adiungi alios, mater eos quoque petere debet et, si non petit, incidet in sententiam constitutionis*

En este orden de ideas, Solazzi²⁵, en lo que a la sustitución del tutor removido se refiere, afirma que en los tiempos en los que se dio el senadoconsulto referido por Gayo, no se admitía aún la remoción del cargo de tutor testamentario en caso de actuación dolosa, al considerar que este senadoconsulto data de una época en la que la tutela testamentaria es considerada ya un cargo obligatorio y no voluntario como ocurría *ab antiquo*. Al respecto, Bonfante²⁶ y Solazzi²⁷ ponen el acento, igualmente, en la alteración cronológica de este senadoconsulto situándolo en un momento posterior a los tiempos de Claudio habida cuenta que, en sus disposiciones, se reconoce la posibilidad de la *excusatio* para los supuestos de tutela testamentaria.

²² El B.G.U. 1113 del año 14 ac recoge la posibilidad de que la *abdicationis tutelae* se ejercitara en tiempos de Augusto.

²³ Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, I, p. 615.

²⁴ Sobre el tema véase, d'Ors, A., "La sanción por omitir el deber de pedir tutor para un pariente impúber en Derecho Romano", *Anales de la Universidad de Chile* 20, serie nº 5 (1989), pp. 77- 89.

²⁵ Solazzi, *Istituti tutelari*, Nápoles, 1929, pp. 226-227.

²⁶ Bonfante, P., *Corso di diritto romano* I, 1963 p. 615.

²⁷ Solazzi, "Sul Senatoconsulto di Gaio 1. 182", *Scritti* 2 (1957), pp. 285 y 286.

Por lo que a la legitimación pasiva de la *accusatio suspecti tutoris* se refiere, para Jörs-Kunkel²⁸ es probable que esta acción solo pudiera dirigirse, en un principio, contra el tutor testamentario²⁹ y aunque participan de la idea de que en el periodo justiniano también se pudo ejercitar contra el tutor legítimo, tal y como demuestran las fuentes, plantean dudas para la época clásica:

D. 26, 10, 1, 5: Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive non sit, sed alterius generis tutores; quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. qui si patronus? adhuc idem erit dicendum modo ut me mineribus patrono parcendum.

Pues bien, si atendemos a la afirmación que Ulpiano ofrece en este texto al afirmar *quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit*, es posible considerar la ampliación del ejercicio de la acción de manera que la *accusatio suspecti tutoris* no solo procedería contra el tutor testamentario, sino también contra otros tutores, y en particular contra los tutores legítimos. En este sentido, en D. 27, 3, 1, 19, se indica que la *actio rationibus distrahendis*, no se concede únicamente contra el *tutor legitimi* sino contra todos los tutores que hubieran gestionado mal los asuntos del pupilo:

D. 27, 3, 1, 19: Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes qui iure tutores sunt et gerunt tutelam.

Para concluir con este planteamiento, Jörs-Kunkel ponen de manifiesto que con ambos textos se avala la idea de la extensión de los límites primitivos de ambos medios de protección, pensamiento avalado tanto por Bonfante³⁰ como por Solazzi³¹, quienes sin embargo, entienden que la extensión del ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* a todos los tutores es admisible en época clásica, siendo finalmente en el derecho justiniano, cuando todos los tutores serán removidos de sus cargos mediante la *accusatio suspecti tutoris*, incluidos los patronos, aunque a estos se les nombraría la figura de un *curator*³².

En lo referente a la legitimación activa, cualquier persona³³ que quisiera plantear la reprobación de un tutor testamentario por presuntos actos deshonestos contra los intereses del menor *sui iuris* podía ejercitar este recurso procesal:

D. 26, 10, 1, 6: Consequens est, ut videamus qui possunt suspectos postulare: et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere.

excepto, como dice Ulpiano, directamente el pupilo:

D. 26, 10, 7 pr.: Impuberibus quidem non permittitur suspectos facere: adolescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant.

²⁸ Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, p. 424 n.9.

²⁹ En el mismo sentido Torrent, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 18

³⁰ Bonfante, *Corso di diritto romano I*, pp. 613 y 617.

³¹ Solazzi, *Istituto tutelari*, p. 207

³² Ulp., D. 26, 10, 1, 5

³³ Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, p. 424, hablan de que el carácter *quasi* público de la *accusatio* lo pone de manifiesto un texto de Ulpiano, poniendo de relieve lo sospechoso de su lenguaje que refleja el estado jurídico antiguo y el clásico romano.

En este texto, Ulpiano nos relata la incapacidad acusatoria del pupilo, pero afirma la legitimación de los adolescentes para acusar con el único requisito de contar con el asesoramiento previo de los parientes. En este mismo sentido, las Instituciones recogen la necesaria madurez de los pupilos al referir la capacidad de los menores púberes sometidos a curatela, para actuar contra sus curadores:

Inst. 1.26.4: Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Como vemos, las fuentes evidencian cómo en época clásica cualquier ciudadano se encontraba legitimado para ejercitar la acusación independientemente de si formaba parte de la comunidad familiar del pupilo a diferencia de lo que ocurría con el propio pupilo cuya deslegitimación era producto *strictu sensu* de su inmadurez por razón de edad. La legitimación general para ejercitar este tipo de acusaciones era considerada “*cuius ex populo*” tal y como recoge Ulpiano en su expresión “*omnibus patere*”, si bien las mujeres se encontraban excluidas del término general “*todos*” en atención a que estas se encontraban excluidas por razón de su género³⁴ de las actividades propias del sexo masculino³⁵. La excepcionalidad respecto a la legitimación femenina se reflejó mediante la autorización del ejercicio de la acusación popular cuando estas fueran sujeto afectado por la controversia en defensa de sus intereses³⁶.

Ya en el derecho clásico se admitirá el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* por parte de la mujer que actúe movida por el afecto de parentesco e incluso por mujeres extrañas que manifiesten un prudente afecto al pupilo. A este respecto debemos considerar el siguiente texto de Ulpiano, que Bonfante³⁷ cree interpolado desde la expresión “*et si qua alia mulier...*”:

D, 26, 10, 1, 7: Quin inmo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, ut puta mater, nutrix quoque et avia possunt, potest et soror; nam in sorore et rescriptum extat divi Severi: et si qua alia mulier fuerit, cuius praetor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere iniuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

En el derecho justiniano, la *accusatio suspecti tutoris* también puede ser ejercitada, según nos informa un rescripto del emperador Gordiano, por lo ascendientes masculino y femenino, los cognados, los afines, los extraños, la familia, el propio pupilo alcanzada la pubertad, por los infames, e incluso por el propio magistrado de oficio:

C.I. 5. 43. 6. 3: Imperator Gordianus A. Felici. Pietatis fungeris munere, qui fratris tui filios, ut necessitudo sanguinis suadet, protegere conaris. Si igitur tutores vel curatores eorum non recte administrant, suspectis eis postulatis atque ostensis, ut alii in loco eorum constituentur, facile impetrabis. Quod si nihil in fraudem egerunt, verum ita egeni sunt, ut in eorum administratione fratris tui filiorum substantia

³⁴ D. 3.1.1 pr.: *Hunc titulum praetor proposuit habendae rationis causa suaeque dignitatis tuendae et decoris sui causa, ne sine delectu passim apud se postuletur.*

³⁵ Sobre el tema véase Sanz Martín, L., “Aspectos sobre la marginalidad jurídica de la femina romana. *Optio tutoris testamentaria* y *coemptio tutelae evitandae causa*, pasos hacia su independencia jurídica”, *Revista General de Derecho Romano* 34 (2020), p.7 y 8.

³⁶ D. 47.23.6: *Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat.*

³⁷ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 613.

periclitetur, an eis iniungendus sit curator; qui idoneis facultatibus sit, rector provinciae aestimabit. Removendi autem licentia non solum parentibus utriusque sexus, sed etiam cognatis et extraneis et infamibus et ipsi cuius res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur (a. 238).

Por último, referir que las fuentes de igual forma nos informan sobre la capacidad acusatoria de los libertos de los pupilos sometidos a tutela frente a las conductas lesivas de los intereses de sus pupilos por parte de sus tutores, todo ello en atención a la especial situación de dependencia que se producía tras la emancipación del liberto.

D. 26.10.3.1: *Liberti quoque pupillorum grate facient, si tutores vel curatores eorum male gerentes rem patronorum vel liberorum patronorum suspectos fecerint: sed si patronum suum ut suspectum in tutela facere velint, melius est libertos ab accusatione repelli, ne in ipsa cognition gravius aliquid emergat, cum hoc aliis omnibus pateat.*

En términos generales, según Modestino, el acusador se presenta como *alieno nomine agens* o *populli defensor* cuando litiga frente al tutor sospechoso

D. 49.1.20 pr.: *Qui suspectum tutorem facit et qui de non recipienda tutela excusationem agitat, alieno nomine agere intellegendus est.*

siendo denominado este sujeto defensor de los intereses del pupilo en palabras de Ulpiano, como *quasi pupilli defensorem*,

D. 49.4.1.14: *Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere Iulianus libro quadragensimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem.*

En cuanto a la autoridad competente para conocer de la *accusatio suspecti tutoris*, Ulpiano nos indica, aplicando el principio de territorialidad, que cuando el proceso se sustanciaba en Roma el órgano competente para conocer la declaración del tutor sospechoso recaía en los pretores mientras que cuando se trataba de territorio provincial serían los *praeses*,

D. 26.10.1.3: *Damus autem ius removendi suspectos tutores romae praetoribus, in provinciis praesidibus earum*

El planteamiento del *iter* procedimental de la *accusatio suspecti tutoris* refiere a la *cognitio* pretoria. Esta se presenta desde la época clásica como el *modus procedendi* a seguir según recogen las fuentes,

D. 26.10.10: *Decreto Praetoris ut suspectus remotus periculum futuri temporis non timet; iniquum enim videtur; removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non esse securum.*

Este procedimiento acusatorio particular que requería una *postulatio suspecti*³⁸ para iniciar el proceso, se sustanciaba en una sola fase ante el magistrado³⁹ con el fin de determinar si el tutor sospechoso había actuado de manera fraudulenta en el desempeño de su cargo y por consiguiente entrar a valorar su condena procediendo a su remoción del cargo. Sería mediante un *decretum* del pretor como refieren las fuentes, la manera en la que se pondría fin al procedimiento acusatorio declarando culpable o inocente al tutor sospechoso. Si la declaración resolutive del pretor decretaba la no culpabilidad del tutor sometido a juicio, este sería repuesto en sus funciones de administración del patrimonio pupilar de las cuales había quedado suspendido tras el ejercicio de la acusación. Diferente sería la suerte que seguiría el tutor condenado como sospechoso, quien además de ser removido de manera definitiva y ser tachado con la nota de infamia por sus conductas contrarias a la *fides*, se le aplicarían posiblemente otras sanciones en atención a la gravedad del supuesto acaecido y al estatus social del tutor, todo ello bajo competencia del *praefectus urbi*⁴⁰:

D. 1.12.1.7: *Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia: quos probari poterit vel nummis datis tutelam occupasse, vel praemio accepto operam dedisse ut non idoneus tutor alicui daretur, vel consulto circa edendum patrimonium quantitatem minuisse, vel evidenti fraude pupilli bona alienasse.*

a través del procedimiento de la *cognitio extraordinem*,

D. 26.10.1.8: *Si quis de plebeis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud praetorem accusatus, remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus.*

En estos casos el *praefectus urbi* se presenta como el órgano legitimado para conocer de la causa cuando la actuación del tutor se consideraba grave y este era, como ya hemos visto, de baja condición social o se trataba de un liberto que había administrado fraudulentamente la tutela de los hijos de su patrono:

D. 26.10.2: *Libertus quoque si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus*

Ejercitada la *accusatio suspecti tutoris*, la separación de la condición de tutor tras ser condenado tenía diferentes consecuencias dentro de las cuales podemos apuntar, el obligatorio abandono del desempeño de las funciones inherentes al cargo tutelar y la pérdida de efectividad jurídica en lo que respecta a los actos realizados por el tutor tras su remoción, considerándose nula la *auctoritas* interpuesta en estos casos,

D. 26.8.4: (...) *et ideo puto verius esse, quod ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri: item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi.*

³⁸ Sobre la posibilidad de remover al tutor sin necesidad de utilizar la *postulatio* a través de una simple *remotio*, véase Solazzi, *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913, si bien esta idea fue abandonada por el mismo autor en “Orme di editti pretori in CI 2,12,3”, *Studia et Documenta Historia et Ius* 3 (1937), pp. 128 ss.

³⁹ Sobre el tema véase d’Ors, *Derecho privado romano*, p. 180

⁴⁰ D. 26.10.1.8.

Las fuentes también contemplan, por un lado, la pérdida de efectividad jurídica de los actos realizados por el tutor antes de la remoción pero que alcanzan eficacia en un momento posterior a esta⁴¹, y por otro, la pérdida de aquellos derechos que le pudieran corresponder por su nombramiento como tutor⁴² en el testamento.

No encontramos indicio alguno en las fuentes sobre si el tutor perseguido con la *accusatio suspecti tutoris* se vería obligado a resarcir al pupilo de alguna manera, quedando, por lo tanto, únicamente afectado por la nota de infamia como *actio famosa* que es, si bien Kaser⁴³ plantea como posibilidad que el magistrado en época antigua pudiera haber impuesto al tutor una pena pública. Afirma que para la época clásica las fuentes ya confirman esta imposición de pena, pero solo para los supuestos de tutores de baja condición social, como plebeyos y libertos:

D. 26, 10, 1, 8: Si quis de plebeis ob facta atrociora in tutela admissa fuerit apud praetorem accusatus, remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus.

D. 26, 10, 2: Libertus quoque si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus.

A pesar de la falta de información que las fuentes de esa época nos brindan, Varela⁴⁴ entiende que no es posible que el tutor testamentario, desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, se encontrase en una situación más ventajosa que la del tutor legítimo, al cual se le condenaría con el *duplum*⁴⁵ al incoar contra él la *actio rationibus distrahendis*. Por ello, el autor se plantea el hecho de admitir la posibilidad de ejercitar la *actio furti* contra el tutor testamentario.

Junto a esta acción que llevaba aparejada la nota de infamia para el tutor, Biondi⁴⁶ y en el mismo sentido Bonfante⁴⁷ señalan la existencia de una *postulatio suspecti tutoris* aludida en el comentario edictal de Ulpiano para los casos de negligencia e ineptitud del tutor, mediante la cual se removía al tutor de su cargo sin incurrir en infamia:

*D. 26, 10, 1 pr.: Haec cláusula et frequens et pernecessaria est: cottidie enim suspecti tutores postulantur*⁴⁸.

La existencia de este remedio se deriva principalmente del comentario edictal de Ulpiano, donde se separa a los tutores que pueden ser *suspecti postulati* de aquellos otros tutores que pueden ser simplemente removidos, así:

D. 26, 10, 4, 4: Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.

⁴¹ D. 26.10.10.

⁴² D. 27.1.32-34.

⁴³ Kaser, M., *Derecho Romano Privado*, p. 291.

⁴⁴ Varela, E., *De Contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano)*, Madrid, 1979, p. 113.

⁴⁵ Ulp., D. 27, 3, 1, 20; *Paul. Sent.* 2, 30, 1; *Trif.*, D. 26, 7, 55, 1.

⁴⁶ Biondi B., *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 614.

⁴⁷ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 615.

⁴⁸ Véase también en D. 26, 10, 4, 4; C. 5, 43, 9 y en D. 38, 17, 2, 41, donde se distingue entre sospechosos y negligentes.

Ambos medios fueron unificados por Justiniano, pero admitiendo que la remoción del cargo iba afectada de infamia solo en el caso de existir dolo⁴⁹.

También en época clásica, afirma Varela, existió la posibilidad de una simple *remotio por inertia simplicitas vel ineptia*, en cuyo caso no llevaba aparejada la infamia⁵⁰, posibilidad esta apuntada por Ulpiano,

D. 26, 10, 3, 18: Qui ob segnitiam vel rusticitatem inertiam simplicitatem vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat, sed et si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed ei adiunxerit, non erit famosus, quia non est abire tutela iussus.

Es de advertir, cómo el tutor testamentario podía ser sancionado tras el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* con la nota de infamia o bien, simplemente removido del cargo sin quedar afectado por esa nota censoria. Para aquellos casos en los que el tutor removido era declarado infame, las fuentes informan de las particularidades que debían darse para la imposición de la nota infamante, siendo necesario que la remoción del cargo fuera decretada por el magistrado por actuaciones dolosas del tutor y nunca culposas o negligentes, debiendo constar en el decreto de remoción la acción fraudulenta del tutor testamentario que había motivado la salida del cargo.

3.2. La *actio rationibus distrahendis*

Como hemos apuntado, la prevalencia otorgada por el *ius civile* a la tutela testamentaria suponía la necesidad de designar un tutor para aquellos casos en los que, extinguida la *patria potestas*, el *paterfamilias* no lo hubiera designado en su testamento para sus *filiifamilias* impúberes, varón o mujer, y para las mujeres *sui iuris* púberes. Así pues, en defecto de tutor testamentario se abriría la tutela legítima de los agnados como bien informan las fuentes:

GAYO, 1, 155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit iss ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

C. 5, 30, 1: *Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. Ad avunculos nec masculorum tutelae ex lege duocedim Tabularum deferuntur, quum solummodo patruis si se non excusaverint.*

PAUL., D. 26, 4, 6: *Intestato parente mortuo agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur, non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit.*

En defecto de los agnados, la opinión más generalizada⁵¹ es que la ley de las XII Tablas llamara a los gentiles para asumir la tutela legítima. La tutela no se difiere a los agnados sino cuando es cierto y probado que no hay ni habrá tutor testamentario y, una vez verificado esto, la tutela se deferirá a aquel o aquellos que sucederían al impúber con ocasión de su fallecimiento⁵².

⁴⁹ C. 5, 43, 9 interp.

⁵⁰ Varela, *De Contutoribus...*, p. 45; Ulp., D. 26, 10, 3.

⁵¹ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 574; Perozzi, S., "Il tutore impubere", *Scritti* 3 (1948), p. 197 n. 2; Kaser, *Derecho Romano Privado*, pp. 287 y 288.

⁵² Esta idea avala el carácter egoísta de la tutela en época arcaica. En este supuesto se entiende que el tutor legítimo tendría mayor interés en la conservación del patrimonio del pupilo.

Planteadas así la tutela legítima, la *actio rationibus distrahendis* se presenta como un recurso procesal recogido en la Ley de las XII Tablas, como nos indica Trifonino, para aquellos casos en los que el tutor hurta lo que es del pupilo:

D. 26.7.55.1: *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur. Et quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur.*

Las XII Tablas recoge, junto a la *accusatio suspecti tutoris*, la *actio rationibus distrahendis*⁵³, acción creada sobre la *actio furti nec manifesti*, para dirigirla contra el tutor legítimo por los actos de sustracción cometidos en los bienes pupilares, siendo ejercitable solo al final de la tutela⁵⁴ por el propio pupilo. Esta cuestión relativa al momento para accionar contra los tutores legítimos ha ido objeto de controversia doctrinal a pesar de contar dentro de las fuentes con un texto de Ulpiano que, de manera concisa, nos centra la cuestión del referido *tempus* para ejercitar la *actio* una vez finalizada la tutela:

D. 27.3.1.24: *Haec actio tunc competit, cum et tutelae actio est, hoc est finita demum tutela.*

Si bien esta opinión es defendida por un gran sector de la doctrina, no encuentra pleno apoyo en el pensamiento de Bonfante⁵⁵ quien considera que la *actio rationibus distrahendis* se ejercitaba en la época clásica durante la tutela siendo en el derecho justiniano cuando se ejercitaría al final de esta, convirtiéndose de este modo en una acción de rendición de cuentas. De la misma opinión se manifiesta Solazzi⁵⁶ para quien la acción de rendición de cuentas se ejercitaría en la época clásica durante el ejercicio de la tutela⁵⁷. Esta acción tenía un carácter penal tal y como nos pone de manifiesto Ulpiano:

D. 27.3.1.23: *Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.*

De carácter privado, la condena que se obtenía con su ejercicio se cuantificaba en el duplo de lo sustraído al impúber. Si bien este efecto procesal se encuentra constatado por las fuentes, también sería probable, como señala Solazzi⁵⁸, que el pretor hiciera seguir a esta condena un decreto por el que al tutor legítimo se le prohibiera la administración del patrimonio pupilar, todo ello teniendo en cuenta que este tutor era inamovible en la medida en que el magistrado no podía extinguir el título de agnación del cual difería esta tutela. En tal sentido también se manifiesta Bonfante⁵⁹, al afirmar que como en el derecho clásico el tutor legítimo era titular de un derecho, y por lo tanto inamovible, el ejercicio de la acción no producía la separación del cargo de tutor, sino la suspensión en el ejercicio del cargo, esto es, un *prohibere gerere*.

⁵³ Trifonino., D. 26, 7, 55, 1; Ulp., D. 27, 3, 1, 24; Cfr. Cic., De off. 3, 15, 61.

⁵⁴ Ulp., D. 27, 3, 1, 19 interp.; Trif., D. 26, 7, 55, 1 interp; En esta línea se manifiestan Kaser, M., *Derecho Romano Privado*, p. 291; Varela, *De Contutoribus...*p. 112; Torrent, A., *Manual de Derecho Romano*, Zaragoza, 1995, pp. 569-570.

⁵⁵ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I. p. 619.

⁵⁶ Solazzi, S., “Tra l' *actio rationibus distrahendis* e l' *actio tutelae*”, *Scritti* 2, (1957), p. 287.

⁵⁷ D. 27, 3, 9, 7: *Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio.*

⁵⁸ Solazzi, S., “Sull'*actio rationibus distrahendis*”, *Scritti* 2 (1957), p. 209.

⁵⁹ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I. pp. 619-620.

Como hemos definido, si el carácter penal de la *actio rationibus distrahendis* se mantuvo durante toda la época clásica como refiere Ulpiano:

D. 27.3.1.23: *Hanc actionem sciendum est perpetuam esse et heredi similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.*

En el derecho justinianeo este carácter desaparecerá, pues como condena no solo se perseguirá el *duplum* sino también un resarcimiento. Esta transformación determinó un cambio en la naturaleza de la acción pasando de esta forma de ser considerada una acción penal a una acción de carácter mixto.

Por lo que a la efectividad de esta acción se refiere, cabe apuntar que tenía una eficacia ciertamente limitada en la medida en que el pupilo solamente estaría seguro cuando la apropiación llevada a cabo por el tutor fuera una verdadera sustracción como nos apunta Paulo:

D. 27, 3, 2pr: *Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupillis abstulerit.*

Al respecto, Bonfante, en su análisis de este pasaje de Paulo⁶⁰, entiende que el solo hurto del tutor originariamente estaba penado, idea esta que, al igual que él, encontramos significativa, pues teniendo en cuenta el carácter dominical de la originaria tutela, es relevante que en esta primera época existiera ya una acción especial para castigar la sustracción de los bienes pupilares llevada a cabo por el tutor. En este sentido se manifiesta Iglesias⁶¹ cuando puntualiza que el tutor no comete hurto cuando se apropia de las cosas del pupilo, dado que, en la administración de estas, actúa *domini loco* y el hurto requiere la *contrectatio rei alienae invito domino*.

Por lo que a la legitimación se refiere, Ulpiano plantea el ejercicio de la *actio rationibus distrahendis* contra las *species tutelarum* una vez se producía el hecho de la sustracción en el patrimonio pupilar. Así,

D. 27.3.1.19: *Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt et gerunt tutelam.*

Si bien es cierto que tanto Ulpiano como Paulo participan de esta idea en cuanto a la plural legitimación pasiva de la acción, Biondi⁶², por su parte, afirma que, si en un principio esta acción solo podía ejercitarse contra el tutor legítimo, pronto se extendió también contra cualquier tutor. Para realizar tal aseveración, nuestro autor se apoya en la propia terminología que adopta la ley, esto es, se habla de separar las cuentas del tutor de aquellas del pupilo, sin hacer referencia en ningún momento al tutor legítimo. Al respecto, Kaser cuestiona la posibilidad de que la acción pudiera ser ejercitable contra toda especie de tutores en el Derecho clásico pues, aunque así se establece en D. 27, 3, 1, 19 al afirmarse que la *actio rationibus distrahendis* no se concede únicamente contra los *tutores legitimi* sino contra todos los tutores que hubieran gestionado asuntos del menor, ciertamente duda sobre la

⁶⁰ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I. pp. 617-618.

⁶¹ Iglesias, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 2010, p. 361.

⁶² Biondi, *Istituzioni di Diritto Romano*, pp. 614-615.

autenticidad de esta fuente⁶³. Al respecto, Solazzi⁶⁴ también duda de esa extensión en época clásica al resto de los tutores ya que como indica, únicamente está probado para los tutores legítimos y ello en atención a lo siguiente:

1.- En D. 27, 3, 1, 19, se refiere a los tutores legítimos donde no se indicarían nominativamente en oposición a todos los demás, si no hubieran estado en el texto genuino de Ulpiano como únicos tutores legitimados pasivamente de la acción decenviral.

2.- El paralelismo de la *actio rationibus distrahendis* con otro instituto referido por la ley de las XII tablas, esto es, la *accusatio suspecti*.

En este sentido se manifiestan también otros autores para quienes, la *actio rationibus distrahendis* en un principio se ejerció exclusivamente contra el tutor legítimo, pero por obra de la jurisprudencia su aplicación se extendió a las demás clases de tutores. Así lo entiende Fuenteseca⁶⁵ a diferencia de Jörs-Kunkel⁶⁶ quien llega a considerar la extensión posible si bien refiere interrogantes sobre el período clásico. Finalmente, Bonfante⁶⁷ se pronuncia de manera afirmativa considerando posible la ampliación del ejercicio de la *actio*, pero limitándolo solo al período postclásico.

Por último, cabe señalar la prohibición taxativa del ejercicio de la acción contra los herederos o los sucesores de los tutores, como apunta claramente Ulpiano en D. 27, 3, 1, 23.

Como ya hemos apuntado, esta acción se crea sobre la base de la *actio furti nec manifesti*, si bien para algunos autores la *actio rationibus distrahendis* era perfectamente compatible con el ejercicio de la *actio furti*, pues como acciones penales que eran ambas, no se excluían, sino que se acumulaban⁶⁸.

Este sector de la doctrina que proclama la acumulación de la *actio rationibus distrahendis* y la *actio furti* se ampara para ello en el siguiente texto de Ulpiano:

D. 27, 3, 1, 22: Hunc tamen tutorem, qui interceptit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait: qui etsi furti teneatur, hac actione conventus furti actione non liberatur: nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes: nam et tutelae et furti obligatur.

No es de la misma opinión Ferrini⁶⁹, para quien la existencia de la *actio rationibus distrahendis* solo se justifica por una imposibilidad de aplicación de la *actio furti*. Fuenteseca⁷⁰, por su parte, abundando en la posible acumulación de la *actio rationibus distrahendis*, ve discutible la acumulación de la mencionada acción con la *actio furti*

⁶³ Kaser, *Derecho Romano Privado*, p. 291; D. 27, 3, 1, 19: *Rationibus distrahendis actio ne non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt, et gerunt tutelam.*

⁶⁴ Solazzi, "Sull' *actio rationibus distrahendis*", p.204 y "Tra l' *actio rationibus distrahendis* e l' *actio tutelae*", p. 287.

⁶⁵ Fuenteseca, P., *Derecho Romano Privado*, p. 411.

⁶⁶ Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, p.428 n.1

⁶⁷ Bonfante, *Corso di diritto romano I*, p. 619.

⁶⁸ Bonfante, *Corso di diritto romano I*, p. 618; Arias Ramos- Arias Bonet, *Derecho romano II. Obligaciones, Familia y Sucesiones*, Madrid, 1988, p. 788; Solazzi, "Sull' *actio rationibus distrahendis*", p. 205 y "Tra l' *actio rationibus distrahendis* e l' *actio tutelae*", 1920, pp. 287-295.

⁶⁹ Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milán, 1953, p. 735.

⁷⁰ Fuenteseca, *Derecho Romano Privado*, p. 411.

mientras que Varela⁷¹ afirma la posibilidad del ejercicio de la *actio furti* y la *condictio furtiva*, acción esta reipersecutoria, que se empleaba en los casos de hurto de cosas consumibles o dinero. En el mismo sentido se pronuncia Bonfante, para quien en el derecho clásico debería ser también compatible la *actio rationibus distrahendis* con la *condictio furtiva* al considerar que la acción penal es totalmente independiente de las acciones reipersecutorias.

Si como vemos, la doctrina se manifiesta mayoritariamente a favor de la posible acumulación de la *actio rationibus distrahendis* con la *condictio furtiva*, por su parte Paulo entiende y así lo expone de manera expedita, que, si con el ejercicio de una de las dos acciones se hubiera obtenido la restitución de la mayor cantidad posible, la otra acción no podría ser ejercitada,

D. 27, 3, 2, 1: Quod si furando animo fecit, etiam furti tenetur; utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollet, sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo.

Ya en el derecho Justiniano, la *actio rationibus distrahendis* será excluida en concurso con la *actio tutelae*.

3.2. La *actio tutelae*

A finales de la república con la aparición de una nueva especie tutelar, la tutela dativa, se crea una acción general de rendición de cuentas, la *actio tutelae*, para exigir del tutor dativo toda responsabilidad derivada del incumplimiento de sus funciones cualesquiera que fuera la naturaleza de estas.

El ejercicio de esta nueva acción, la *actio tutelae*, presenta una finalidad de carácter general, en la medida en que no solo pretende la persecución del tutor, en origen tutor dativo, para sancionar la obligación real y efectiva de protección que en esta época caracteriza ya la institución tutelar, sino que también se dirige contra el tutor por los actos fraudulentos realizados en su gestión y que anteriormente eran perseguidos mediante la *accusatio suspecti tutoris*. De igual manera, también cabe su ejercicio para proteger al pupilo contra su tutor por las sustracciones realizadas en el patrimonio pupilar con ocasión del desempeño de su cargo y que respecto del tutor legítimo se perseguían mediante la *actio rationibus distrahendis*.

Para adentrarnos, por lo tanto, en el análisis de la responsabilidad del tutor dativo, consideramos necesario hacer un somero recordatorio de cómo la sociedad romana de la época republicana había desterrado ya las antiguas estructuras sociales y por ende se había transformado la naturaleza de la vetusta organización familiar, institución base en la que encontraban su razón de ser las primitivas formas de tutela, esto es, la tutela testamentaria y la tutela legítima. La república se erige como un periodo de grandes cambios sociales y económicos que arrastran, en lo que a nuestro estudio afecta, a debilitar la arcaica estructura del grupo familiar⁷² en orden a dotar al Estado de una nueva autoridad que se verá reflejada en un mayor protagonismo en cuestiones privadas, ámbito exclusivo hasta entonces de la

⁷¹ Varela, *De Contutoribus...*, p. 209-210.

⁷² Sanz Martín, L., “Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XLIII (2010), pp. 197-214.

familia romana con el *paterfamilias* a la cabeza. Todo este devenir socioeconómico se traduce en la aparición de una nueva especie tutelar, la tutela dativa, la cual se presenta ya con una finalidad proteccionista, finalidad de la que carecía, como ya hemos visto, el instituto tutelar en sus orígenes al configurarse el mismo como un poder en favor del tutor con la función de vigilar el patrimonio del incapaz a modo de quién administra los bienes que pueden llegar a ser suyos. La tutela, pues, deja de ser considerada un derecho, una *potestas*, para pasar a ser un *munus publicum*, un *officium* en interés del pupilo y de contenido no exclusivamente patrimonial, amparando también su atención personal y perdiendo su carácter doméstico para tomar el de cargo público:

D. 26, 7, 12, 3: tutor non rebus dumtaxat sed etiam moribus praeponitur.

En este orden de cosas, no será la familia quien se encuentre ya afectada directamente por el cargo tutelar, sino que el tutor será designado mediante la intervención del poder público de mano de los magistrados investidos del *ius tutoris dandi*. Solo en defecto de tutor testamentario o legítimo⁷³, esto es, *si cui nullus omnino tutor sit*, era posible que el magistrado nombrara un tutor,

GAYO, 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 ex lege Iulia et Titia.

La aparición de esta tutela magistratual supuso la aparición, como hemos expuesto, de la *actio tutelae*, acción definida por la jurisprudencia como *actio bonae fidei*:

*GAYO, 4, 62: Sunt autem bonae fidei iudicia haec:...pro socio, tutelae, rei uxoriae*⁷⁴.

La *actio tutelae* así constituida, es una acción infamante, esto es, su condena lleva aparejada desde la época clásica hasta el periodo justiniano, la nota de infamia como ocurriera en su momento con la *accusatio suspecti tutoris*:

*GAYO, 4, 182: Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt. Item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi*⁷⁵.

En lo atinente al ejercicio de la acción general de tutela, las fuentes nos informan sobre el *tempus* en el que esta podía ser interpuesta para exigir al tutor dativo la rendición de cuentas por la administración llevada a cabo en el desempeño de su cargo. Así, tal y como atestigua Ulpiano, la acción de rendición de cuentas es ejercitable por el propio pupilo contra el tutor una vez finalizado el cargo:

D. 27.3.1.24: Haec actio tunc competit, cum et tutelae actio est, hoc est finita demum tutela.

⁷³ El capítulo 29 de la *lex Salpensana* y el capítulo 109 de la *lex coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis*, establecen que el magistrado defiere la tutela cuando el pupilo no tiene tutor testamentario, ni legítimo, ni fiduciario, cuando el tutor testamentario se nombró *ex die certo* o *sub conditione*, cuando el tutor dado al pupilo caía prisionero, cuando el tutor testamentario o legítimo, aunque capaz de derecho, es incapaz de hecho y cuando los tutores presentan excusas iniciado ya el cargo o eran destituidos.

⁷⁴ Véase también, *Cic., De nat. deor.*, 3, 30; *Pro Caec.*, 3; *Pro Roscio*, 6, 16

⁷⁵ Véase también, *Cic., Pro Roscio* 6, 26; *Lex Iulia mun.* 111.

Al respecto, debemos referir que, si bien es cierto que Ulpiano centra el *tempus* del ejercicio de la acción una vez finalizada la tutela, Biondi⁷⁶ basándose en Gayo, 1, 184 y Ulpiano, D. 27, 3, 9, 7, afirma que ya en el derecho clásico se podría ejercitar durante el desarrollo de la tutela:

GAYO, 1, 184: nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur; qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur.

D. 27, 3, 9, 7: Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni iniuriae, condictio.

Habida cuenta de la información que nos ofrecen las fuentes sobre el momento del ejercicio de la *actio tutelae*, una de las cuestiones que se nos plantea es determinar, cómo el poder público salvaguardaba la obligatoria protección patrimonial y personal del pupilo ante conductas atentatorias del tutor dativo, en la medida en que la *actio tutelae* solo se podía interponer contra el tutor una vez hubiera finalizado la tutela. La cuestión parece orientarse en el sentido ya expuesto por la doctrina y concretamente por el romanista italiano Bonfante para quien, en época justiniana, la *accusatio suspecti tutoris* tuvo una aplicación clara para exigir la responsabilidad de los tutores fraudulentos incluido el tutor que nos ocupa, esto es, el tutor dativo, teniendo en cuenta que este solo incurriría en nota de infamia en aquellos supuestos en los que hubiera obrado de manera dolosa.

No es cuestión pacífica entre la doctrina romanística, el planteamiento de la legitimación pasiva de la acción que nos ocupa. Si bien en principio, la *actio tutelae* se dirige contra el tutor dativo, algunos autores, como, como Kaser⁷⁷ y Fuenteseca⁷⁸, la entienden ejercitable ya en el derecho clásico contra toda clase de tutores. En el mismo sentido se manifiestan, Bonfante⁷⁹ y Schulz⁸⁰, para quienes, si en origen, la *actio tutelae* solo fue aplicable contra la actuación del tutor designado de oficio por el magistrado⁸¹, entienden que el ejercicio de la acción se extendió sin reservas contra el tutor testamentario, no siendo así en el caso del tutor legítimo. Solazzi⁸² por su parte, admite que mientras el tutor atiliano sí se encuentra afectado por esta clase de acción, el *tutor praetorius* al igual que el *tutor mulieris*, se encontraban excluidos de su ejercicio.

Para concluir con el análisis de la afectación de la *actio tutelae*, Caracalla en un rescripto del año 212⁸³ alude a cómo las actuaciones indignas del tutor contra los intereses del patrimonio del pupilo debían ser perseguidas, una vez hubiera finalizado la tutela, solo a través de la *actio tutelae* sin hacer mención expresa de la especie tutelar dativa, por cuanto se entiende la extensión del referido remedio judicial a todas las clases de tutores.

Por lo que al ejercicio de la *actio tutelae* se refiere, Jörs-Kunkel⁸⁴ entienden que esta da lugar a un *iudicium bonae fidei*, cuyo origen no deriva del simple supuesto tutelar, sino que podría derivar de la gestión de los negocios propios de la tutela, de manera que comparan

⁷⁶ Biondi, *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 615, n.30.

⁷⁷ Kaser, *Derecho Romano Privado*, p. 292.

⁷⁸ Fuenteseca, *Derecho Romano Privado*, p. 412.

⁷⁹ Bonfante, *Corso di diritto romano, I*, p. 620.

⁸⁰ Schulz, F., *Derecho Romano clásico*, Trad. Sta Cruz Tejeiro, Barcelona, 1960, pp. 169 y 170.

⁸¹ En contra de la postura mayoritaria, Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, p. 428 y n. 2.

⁸² Solazzi, "Console e pretore urbano nella "datio tutoris", *Scritti di diritto romano*, vol. II (1957), p. 309.

⁸³ C.I. 5.43.1 (a. 212).

⁸⁴ De forma similar opina Kaser, *Derecho Romano Privado*, p. 292.

la *actio tutelae* con la *actio negotiorum gestorum* y con la *actio mandati*, idea esta sostenida igualmente por Bonfante⁸⁵ y Kaser⁸⁶.

La *actio tutelae* era pues, una *actio bonae fidei*, a través de la cual se sancionaba toda actuación dolosa del tutor contraria a la *fides*, conducta esta que debía vincularle al pupilo durante toda la gestión tutelar. Jörs-kunkel⁸⁷ entienden que dado el carácter de confianza que debe tener la relación tutor-pupilo, la condena que se obtenía a través de la *actio tutelae* implicaba un menoscabo del honor civil del tutor, esto es, quedaría afectado de *infamia*⁸⁸, como se pone de manifiesto en el *Edictum Perpetuum*:

D. 3, 2, 1: Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit.

De acuerdo con lo hasta ahora apuntado, observamos que, en un principio, el tutor respondía por *dolus* en base a su "infidelidad consciente", pero dicha responsabilidad se extenderá, según Fuenteseca⁸⁹, a finales de la época clásica para acoger también los actos culposos, es decir, aquellos actos contrarios a la diligencia propia de un *bonus paterfamilias*. El tutor debía cuidar del patrimonio pupilar como si del propio patrimonio se tratase al considerarse que a ello le obliga la *fides et diligentia*, de ahí que respondiera por haber realizado actuaciones gestoras contrarias a los intereses del pupilo. Jörs-Kunkel⁹⁰, por su parte, no creen que hasta finales de la época clásica la responsabilidad abrazase también la idea de culpa, siendo esta introducida probablemente por Papiniano:

*D. 26, 7, 39, 2: Ne forte, si rem coeptam deseruerit, fraudis vel culpa causa condemnetur*⁹¹.

En esta línea doctrinal, Solazzi⁹² acepta la exposición de Jörs-Kunkel, si bien niega que Papiniano sea el autor de la idea de culpa, atribuyendo la autoría a Constantino, en atención a que en una constitución recogida en el Codex Theodosianus:

Codex Theodosianus -3, 30, 5: Quoniam per negligentiam seu prodicionem tutorum et curatorum possessiones iuris enfyteutici vitio intercedente commissi e minorum fortunis avelluntur, placet, ut tutor curatorve, cuius officio manente possessiones iuris enfyteutici vitio intercedente commissi e minorum perdiderint, tantum de facultatibus propriis censura inminente minoribus restituat, quanto rem valere potuisse constabit.

Menciona, como podemos observar, las expresiones *negligentiam seu prodicionem* como correlativas de *culpam* y *dolum*, respectivamente. De igual forma se manifiesta Kaser⁹³ al establecer que, si en un principio el tutor tras el ejercicio de la *actio tutelae* responde por *dolus malus*, en las fuentes tardías y postclásicas la responsabilidad se contrae también por culpa, así:

⁸⁵ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 620.

⁸⁶ Kaser, *Derecho Romano Privado*, p. 292.

⁸⁷ Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, pp. 428 y 429.

⁸⁸ En este sentido, Iglesias, J., *Derecho Romano*, p. 362; Varela, "La *actio tutelae* y la infamia", *Estudios Iglesias* (1988), pp. 515 ss.

⁸⁹ Fuenteseca, *Derecho Romano Privado*, p. 412.

⁹⁰ Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, p. 429.

⁹¹ Véase también, Pap., D. 26, 7, 39, 3 y 7 y 12-14.

⁹² Solazzi, S., "Tutore e *periculum culpa*", *Scritti di diritto romano IV*, (1963), pp. 1-14.

⁹³ Kaser, *Derecho Romano Privado*, p. 292.

D. 26, 7, 39: *Tutores, qui post finem tutelae per errorem officii durante rerum administrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum, quae post pubertatem adulescentis idonea fuerunt, praestare cogendi non erunt, cum actionem inferre non potuerunt.*

Ya en Derecho Justiniano se dará la responsabilidad por *dolus* y culpa y su medida se fijará por el criterio de la *diligentia quam si rebus*, la cual implicará en este caso una agravación de la responsabilidad y la necesidad de emplear la máxima diligencia.

En este orden de ideas, Schulz⁹⁴ entiende que la expresión *ex bona fide* que aparece en el texto de Calistrato implicaba tanto la responsabilidad por dolo, como la *culpa in faciendo* y la omisión de diligencia. Varela⁹⁵ por su parte, afirma que el tutor respondería por culpa leve ya en el derecho clásico. En contra de esta interpretación se manifiestan algunos autores de la doctrina para quienes, siendo la *actio tutelae* una acción de buena fe cuya condena llevaba aparejada la nota de infamia, no podía ejercitarse sino en los supuestos de dolo. En este sentido, Arangio-Ruiz⁹⁶ considera que la responsabilidad solo alcanza al dolo en época clásica, extendiéndose también a la culpa en época postclásica y a la culpa *in concreto* en el Derecho Justiniano. Nuestro autor fundamenta su argumentación en el análisis del texto de Calistrato:

D. 26, 7, 33pr: *A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet.*

Y en el siguiente texto de Ulpiano:

D. 27, 3, 1pr: *In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, <praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.*

En esta misma línea limitativa de la responsabilidad del tutor a las actuaciones dolosas se manifiestan Bonfante⁹⁷ y Guarino⁹⁸, a diferencia de lo que considera, *sensu contrario*, Varela⁹⁹, quien no da fundamento a este argumento de la responsabilidad limitada al dolo por considerar que la infamia tiene su mayor vigencia en la época republicana y, aunque en las épocas posteriores no desaparece, su aplicación se encuentra muy reducida. Varela fundamenta su afirmación en que las fuentes que hacen referencia a la infamia, así Cic. *Pro Roscio*, 6, 26, *Lex Iulia* Mun 111 y Gayo, 4, 182, son de época republicana, y es en ese período republicano cuando la infamia se utilizaría más como un medio de sanción social que jurídico, aplicándose a aquellos comportamientos de personas a las cuales se les exigía una escasa responsabilidad jurídica en sus actuaciones.

Por otro lado, d'Ors¹⁰⁰ afirma que el carácter infamante de la condena de la *actio tutelae* no obliga a pensar en una limitación de la responsabilidad del tutor al *dolus malus*, puesto que, pese a existir en las fuentes alguna referencia al *dolus*, así por ejemplo en D. 26,

⁹⁴ Schulz, F., *Derecho Romano clásico*, p. 170.

⁹⁵ Varela, *De Contutoribus...*, p. 118.

⁹⁶ Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, Nápoles, 1958, pp. 55-60.

⁹⁷ Bonfante, *Corso di diritto romano I*, pp. 623-628.

⁹⁸ Guarino, *Diritto Privato Romano*, p. 574.

⁹⁹ Varela, *De Contutoribus...*, p. 118 n. 39.

¹⁰⁰ d'Ors, *Derecho Privado Romano*, pp. 354 y 355.

7, 7pr y D. 27, 3, 6, los juristas clásicos hablaban ya de *negligentia* y de culpa como se observa en D. 26, 7, 41, y los juristas postclásicos exigían la *diligentia quam in suis*¹⁰¹:

D. 26, 7, 7pr: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit, si quis igitur dolo inventarium...

D. 27, 3, 6: Si filius familias tutelam administraverit et liberatus patria potestate dolo aliquid fecerit,...ut eum dumtaxat dolum pater praestet...

D. 26, 7, 41: quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relictus, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.

Si hasta este momento hemos analizado el ejercicio de la *actio tutelae* contra el tutor sospechoso con el fin de exigirle rendir cuentas por su gestión, debemos apuntar que el mismo tutor disponía de una acción denominada en los textos justinianos, *actio tutelae contraria*, para solicitar el reembolso de los gastos realizados con su patrimonio a favor de los pupilos con ocasión de su gestión como tutor. En cierta medida la concesión de esta acción venía a estimular a los tutores para hacer uso de su propio patrimonio en favor de los pupilos, pues con ella se les hacía saber que iban a recuperar todo aquello que hubieran gastado en beneficio de la tutela. Esta acción le competía al tutor una vez finalizada la tutela independientemente de si se ejercitó o no la *actio tutelae*, pues cabe la posibilidad de que el pupilo no necesitara demandar al tutor por considerar que la gestión tutelar se hizo dentro de los parámetros que la *fides* imponía. En los casos en los que el tutor hubiera realizado un gasto excesivo teniendo en cuenta el montante patrimonial del pupilo, se entiende que, tras el ejercicio de la acción contraria, el juez debería tener en cuenta la utilidad reportada al pupilo por ese sobregasto y valorar la oportunidad de la realización del mismo, considerando así, absolver al pupilo siempre que la administración de la tutela no favoreciera a este teniendo en cuenta que el cargo de tutor supone en todo caso beneficiar y nunca perjudicar los intereses del pupilo.

Si como hemos dicho, el tutor dispone de esta acción contraria para defender sus intereses en la época justiniana, la cuestión que nos planteamos es ¿qué ocurría en el derecho clásico? Pues bien, es probable, basándonos en el texto de Ulpiano, D. 27, 4, 1pr, que el tutor en la época clásica tuviera a su disposición para la defensa de sus intereses la *actio negotiorum gestorum utilis*, acción que ya en época justiniana cambiaría su denominación por la de *actio tutelae contraria*.

Por último, consideramos de interés por lo que a la *actio tutelae* respecta, hacer referencia al caso del *tutor cessans*. Así, si se concibe la *actio tutelae* como una acción de gestión, se puede entender que no pudiera ser ejercitada contra el *tutor cessans* al no haber actuado en los asuntos del pupilo. Así lo entiende Guzmán¹⁰², para quien el presupuesto de *tutor gerens* era requisito inequívoco para el ejercicio de los remedios procesales contra el tutor, considerando por lo tanto impensable actuar contra el *tutor cessans*. Así las cosas, el autor afirma que, si el tutor no había ejercido nunca su cargo, era imposible demandarle con la *actio tutelae*, de ahí que considere la necesidad de introducir una *actio tutelae utilis* para exigir al *tutor cessans*, que nunca había entrado en el desempeño de sus funciones¹⁰³, las responsabilidades que se hubieran derivado de su *cessatio*.

¹⁰¹ D. 27, 3, 1pr.

¹⁰² Guzmán, "Sobre la responsabilidad del *tutor mulieris*", pp.10-11.

¹⁰³ D. 26, 7, 5, 7.

Para concluir, debemos apuntar que, si hasta finales del período clásico solo fue posible actuar contra el *tutor cessans* haciendo que el magistrado le compeliere a desempeñar su cargo¹⁰⁴, a partir de Marco Aurelio, el *tutor cessans* que no actuaba como el formalismo clásico requería *-tutelam gerere-*, era demandado mediante la *actio tutelae utilis*¹⁰⁵, acción que Bonfante¹⁰⁶ denomina solo *actio utilis* para diferenciarla de la *actio tutelae*, en atención a que ambas tenían maneras diferentes de ser formuladas.

4. Responsabilidad del *tutor impuberum* versus responsabilidad del *tutor mulierum*

En el contexto expuesto, hemos analizado las diferentes posturas doctrinales referidas a la naturaleza de los plurales remedios procesales recogidos en las fuentes cuya principal finalidad no es otra que la de exigir del tutor impúber responsabilidades por conductas llevadas a cabo en su gestión contrarias a la naturaleza propia del instituto tutelar en cada momento histórico.

Pues bien, si el tutor de los sujetos impúberes, fueran varones o mujeres, se encontraba sometido a esta férrea responsabilidad para mantener su gestión dentro del orden social y legal establecido, no podemos afirmar lo mismo si de la tutela del sexo hablamos.

En el derecho antiguo, si la mujer *sui iuris* se encontraba sujeta a la tutela perpetua, en el derecho clásico la *tutela mulierum* se presenta, de todas las tutelas, la que mejor y más vivamente representa el carácter no proteccionista y no altruista del instituto de manera que ya no respondía a las exigencias sociales y jurídicas del momento, siendo considerada por los mismos juristas una reliquia histórica innecesaria.

Pues si así se presenta la naturaleza de la *tutela mulierum*, teniendo en cuenta la situación jurídica de la mujer *sui iuris* púber¹⁰⁷ donde no se encuentra ninguna justificación al hecho de que mujeres púberes deban estar sometidas en términos generales a la potestad de un tutor varón todo ello debido a su ignorancia negocial y por lo tanto a su levedad de espíritu, el tutor se limitaba a interponer la propia *auctoritas* en algunos actos de disposición ya determinados por la propia ley en tanto en cuanto, no tenía ninguna potestad ni sobre la pupila ni sobre su patrimonio, siendo la mujer quien gestionaba su vida patrimonial como nos refiere Gayo al decir que las mujeres manejan sus negocios:

GAYO 1, 191: *Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; at ubi pupillarum pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt*

La mujer adulta *sui iuris* estaba capacitada para actuar por sí misma pero asistida por un tutor siendo necesaria la *auctoritas interpositio* de este. El tutor no actuaba en ningún caso como *negotiorum gestor*¹⁰⁸ y solo intervenía para prestar su *auctoritas* con la finalidad

¹⁰⁴ Ulp., D. 26, 7, 1pr.

¹⁰⁵ *Frag. Vat.* 155 ss.; *Scaev.*, D. 27, 1, 37, 1; Ulp., D. 46, 6, 4, 3; 26, 7, 5, 3; *Pap.*, D. 26, 7, 39, 11.

¹⁰⁶ Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 621.

¹⁰⁷ Para profundizar en el tema, Sanz Martín, L., “Aspectos sobre la marginalidad jurídica de la fémína romana”, *RGDR* 34 (2020).

¹⁰⁸ Iglesias, J., *Derecho Romano*, p 364.

de que los actos jurídicos o negocios de disposición patrimonial realizados por la mujer no careciesen de efectividad jurídica. Recordemos que el mismo Cicerón¹⁰⁹ reconoce que en ciertos casos los negocios realizados por la mujer sin la *auctoritas tutoris* se reconocieron *iure pretorio*, nota esta que pone de manifiesto como la desigualdad entre la *auctoritas tutoris mulierum* y la *auctoritas tutoris impuberum* fue una realidad en base a la diferente configuración de la *auctoritas* en las dos modalidades tutelares.

La función del *tutor mulierum* consistía en la integración de la voluntad de la mujer en el sentido de una co-intervención o aprobación de sus negocios jurídicos, función esta diferente en esencia a la *auctoritas* del tutor impúber, pues esta era entendida como una cooperación necesaria a la declaración del pupilo para que su actuación tuviera efectos jurídicos¹¹⁰.

Habida cuenta de que a nuestro parecer el *tutor mulierum* no tiene la administración del patrimonio de la mujer¹¹¹, no procede contra él ni el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris*, ni el de la *actio rationibus distrahendis*, a diferencia de lo que ocurre en el caso del *tutor impuberum*. Si la no afectación de estos remedios procesales a la tutela de la mujer es opinión aceptada por la generalidad de la doctrina¹¹², ¿qué ocurre por el contrario respecto a la *actio tutelae*? ¿Cabría su ejercicio contra la actuación del *tutor mulieris*?

Al respecto Schulz¹¹³, en relación al ejercicio de la *actio tutelae*, entiende que si bien pudo haberse dado contra el *tutor mulierum* para hacer efectiva la responsabilidad que pudiera derivarse de su negligencia en la prestación del consentimiento, realmente no considera haber sucedido así, y no solo entiende que no se contempló esta posibilidad, sino que incluso fue eximido de toda responsabilidad que pudiera derivarse de la *auctoritas interpositio*, por lo que el tutor podía prestar el consentimiento a todos aquellos actos de la mujer que lo necesitaran con la seguridad de que en ningún caso se derivaría un perjuicio para él. En el mismo sentido se manifiesta d'Ors¹¹⁴ al afirmar que, como la mujer podía administrar su propio patrimonio a diferencia del varón impúber, era habitual la negativa a poder ejercitar contra el tutor la *actio tutelae*.

Así pues, la *tutela mulierum* no comportaba responsabilidad alguna para la persona del tutor, de ahí que Gayo afirme *nullum ex tutela iudicium mulieri datur*¹¹⁵.

¹⁰⁹ Cicerón, *Ad Fam.* 7, 21.

¹¹⁰ Varela, *De Contutoribus...*p. 65. se opone a este pensamiento al entender que en la época más antigua de la *tutela mulierum*, la intervención de este tutor interponiendo su *auctoritas* perseguía el mismo efecto que la *auctoritas interpositio* del tutor del impúber, esto es, integrar la declaración de voluntad manifestada por la mujer.

¹¹¹ En este sentido, Schulz, *Derecho Romano clásico*, p. 180. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, p. 558. Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, p. 430, matizan que, si bien pierde toda clase de facultades en materia de administración del patrimonio de la mujer, le queda un derecho de co-intervención o aprobación de los negocios jurídicos de la mujer.

¹¹² Para el caso de la *tutela mulierum* legítima, Guzmán, A., "Sobre la responsabilidad del *tutor mulieris*", p. 9, considera que cabría pensar en el ejercicio de una acción extraordinaria o en la *actio ex stipulatu* nacida de la *cautio rem pupilli salvam fore*, caución a la que estarían obligados los tutores agnados.

¹¹³ Schulz, *Derecho Romano clásico*, p. 180.

¹¹⁴ d'Ors, *Derecho Privado Romano*, p. 356.

¹¹⁵ Gayo, 1, 191: *Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; at ubi pupillarumve negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt.*

Mientras que el tutor del impúber es siempre responsable, se hiciera o no *auctor*, el tutor de la mujer no lo era nunca, y menos cuando era obligado a interponer su *auctoritas* por mandato del magistrado: *saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*:

D. 26, 8, 10: Tutor, qui per valetudinem, vel absentiam, vel aliam iustam causam auctor fieri non potuit non tenetur.

En contra de esta opinión se manifiesta Guzmán¹¹⁶, quien defiende la idea de la responsabilidad del *tutor mulierum* incluso para una época anterior a la del jurista Gayo, al considerar que el principio de irresponsabilidad del *tutor mulierum* enunciado por el jurista, es fruto de un profundo equívoco, pues “*aunque los tutores mulierum realmente no manejasen los negocios de las sometidas a sus tutelas ni actuasen como negotiorum gestores, puesto que interponían la auctoritas*”, entiende que “*gestionaban la tutela, y ello bastaba para que se considerase existente el presupuesto sobre el cual estas acciones de la tutela, descansaban*”. Ante el planteamiento expuesto por Guzmán, nosotros nos inclinamos a considerar que en el supuesto de la tutela de la mujer púber y en atención a su especial naturaleza y justificación, la *auctoritas tutoris* es entendida como un mero requisito formal y en ningún caso como elemento esencial para la validez de la declaración de la mujer, es decir, la mujer administra su patrimonio como pone de manifiesto Gayo sin atribuir su actividad de gestión al designado tutor,

GAYO, 1, 190: mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tranctant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam.

Si bien es cierto que Gayo, 1, 121, pone en duda esta cuestión, no lo es menos que a continuación, en 1, 122, vuelve a señalar la posible obligatoriedad del tutor en cuanto a la prestación de su autorización,

GAYO, 2, 121: An autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.

GAYO, 2, 122: feminis..., quae alterius generis tutores habent, qui eiam inviti coguntur auctores fieri.

Así las cosas, aunque no podía existir un juicio de rendición de cuentas entre el *tutor mulierum* y la mujer, esta circunstancia no excluye la posibilidad de ejercitar contra este tanto la *actio doli* como la *actio mandati*, o la *actio negotiorum gestorum*¹¹⁷. Otros autores como Schulz¹¹⁸, hablan de la *actio legis Aquiliae*, además de la *actio doli*, como acciones ejercitables contra el *tutor mulierum*.

Por su parte Solazzi¹¹⁹ afirma, basándose en un texto de *Scaevola*, que acabada la *tutela impuberum*, el *iudicium tutelae* si podía tener lugar contra el tutor que se convertía en *tutor mulierum*, ya que como sabemos el tutor designado por el *paterfamilias* en el testamento para la mujer impúber, siempre que no se presentara ninguna voluntad en contra, se entendía otorgado para toda su vida la mujer, esto es, tanto para el periodo en el que se encontraba sometida a la *tutela impuberum* como para el de la *tutela mulierum*:

¹¹⁶ Guzmán, “Sobre la responsabilidad...”, ya citado.

¹¹⁷ Bonfante, *Corso di diritto romano, I*, p. 558, n. 2.

¹¹⁸ Schulz, *Derecho Romano clásico*, p. 180.

¹¹⁹ Solazzi, “Studi sulla *tutela mulierum*”, *Scritti di Dirritto romano* 3, n.28 (1960), p. 99.

D. 26, 7, 58, 3: *Pupillo herede instituto filiae exheredatae duo milia nummorum aureorum legavit eosdemque tutores utrisque dedit: quaesitum est, an ex eo die quo duo milia (potuerunt a substantia hereditatis et) in nomina collocare neglexerint, usurarum nomine pupillae tutelae iudicio teneantur.*

Matizando esta idea, Sitzia¹²⁰, en su recensión crítica a Zannini y basándose en D. 26, 5, 13, nos dice que el tutor dativo de la mujer impúber no se transforma en *tutor mulierum* cuando esta alcanza la pubertad, opinión que no compartimos ciertamente si traemos a colación la vetusta estructura jurídica de la familia romana proyectada en el rígido *status familiae* identificador de la capacidad tanto jurídica como de obrar de las personas consideradas *alieni iuris* y *sui iuris*.

Apéndice bibliográfico

- Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, Nápoles, 1958.
- Arias Ramos- Arias Bonet., *Derecho romano II. Obligaciones, Familia y Sucesiones*, Madrid, 1988.
- Biondi, B., *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán, 1965.
- Bonfante, P., *Corso di diritto romano, I. Diritto di famiglia*, Milán, 1963.
- Cardilli, R., “*Vir bonus e bona fides*”, *Revista de Direito Civil contemporâneo*, n. 2. v. 3. (2015).
- Costa, E., *Storia del Diritto Romano Privato, I*, Turin, 1925.
- d’Ors, A.:
- “La sanción por omitir el deber de pedir tutor para un pariente impúber en Derecho Romano”, *AUCh* 20, 5º serie (1989).
 - *Derecho Privado Romano*, Navarra, 2004.
- Fernández Barreiro, A., “Ética social y Derecho en la tradición jurídica romano-republicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 76 (1989-1990).
- Fernández De Buján, A.:
- “El papel de la buena fe en los pactos, Arbitrajes y contratos”, *Revista de derecho UNED*, núm. 7, (2010).
 - *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, 2017.
- Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, Milán, 1953.
- Fuenteseca, P., *Derecho Romano Privado*, Madrid, 1978.
- Guarino, A., *Diritto Privato Romano*, Nápoles, 1988.
- Guzmán, A., “Sobre la responsabilidad del *tutor mulieris*”, *AHDE*, XLVI, (1976).
- Iglesias, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 2008.
- Jörs-Kunkel, *Derecho Privado Romano*, trad. española L. Prieto Castro, Barcelona, 1937.
- Kaser, M., *Derecho Romano Privado*, trad., Sta. Cruz Teijeiro, Madrid, 1968.
- Obarrio, J.A.:
- “Las obligaciones del tutor en el ámbito del *ius commune*”, *Revista De Derecho UNED* 8, (2011).
 - “La edad pupilar y la mayoría de edad en la Valencia medieval”, *Anuario de Estudios Medievales*, 42/2 (2012).
- Padilla Sahagún, G., “La buena fe como elemento de integración jurídica en América Latina”, *Instituto de investigaciones Jurídicas*, UNAM, (2006).
- Perozzi, S., “Il tutore impubere”, *Scritti* 3, (1948).
- Sanz Martín, L.:
- “Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la familia en el Derecho Romano arcaico”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII, (2010).

¹²⁰ Sitzia, F., “Recensión a P. Zannini, Studi sulla tutela mulierum, I. Profili Funcionali”, *IURA* 30 (1979), p. 177.

- “Aspectos sobre la marginalidad jurídica de la fémima romana. *Optio tutoris testamentaria* y *coemptio tutelae evitandae causa*, pasos hacia su independencia jurídica”, *RGDR* 34, (2020)

Schulz, F., *Derecho Romano clásico*, trad. Sta Cruz Tejeiro, Barcelona, 1960.

Solazzi, S.:

- *La minore età nel diritto romano*, Roma, 1913.
- *Istituti tutelari*, Nápoles, 1929.
- “Orme di editti pretori in CI 2,12,3”, *SDHI* 3 (1937).
- “Console e pretore urbano nella *"datio tutoris"*”, *Scritti* 2 (1957).
- “Sull' *actio rationibus distrahendis*”, *Scritti* 2 (1957).
- “Sul Senatoconsulto di Gaio 1. 182”, *Scritti* 2 (1957).
- “Tra l' *actio rationibus distrahendis* e l' *actio tutelae*”, *Scritti* 2 (1957).
- “Tutor suspectus”, *Scritti* 2 (1957).
- “Studi sulla *tutela mulierum*”, *Scritti* 3 (1960).
- “Tutore e *periculum culpa*”, *Scritti* 4 (1963).

Sitzia, F., “Recensión a P. Zannini, Studi sulla *tutela mulierum*, I. Profili Funcionali”, *IURA* 30 (1979).

Torrent, A.:

- *Manual de Derecho Romano*, Zaragoza, 1995.
- *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005.

Varela, E.:

- *De Contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano)*, Madrid, 1979.
- La *"actio tutelae* y la infamia”, *Estudios Iglesias*, (1988).