

## OTRAS DOS NOTAS EN TEMA DE TUTELA ROMANA

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO  
Universidad Católica de Valparaíso  
Universidad de Chile (Santiago)

### I. «TUTOR CERTARUM RERUM»

I. Para el derecho romano clásico, todo nombramiento de tutor, tanto testamentario como magistratual (*datio tutoris*)<sup>1</sup>, era *ad universum patrimonium*. Tal principio está sentado de modo general en D. 27. 1. 21. 2. (Marc., 2 *inst.*):

Licet datus tutor ad universum patrimonium . . .<sup>2</sup>.

Y D. 26. 2. 12 (Ulp., 38 *Sab.*) lo reitera en especial para la *datio tutoris* testamentaria:

Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus<sup>3</sup>.

Como podrá apreciarse, el primer texto afirma de manera positiva que el tutor era designado en relación con todo el patrimonio pupilar. El segundo afirma lo mismo, pero de modo negativo, pues no da por posible la designación testamentaria de un tutor para ciertos bienes o causas o trayéndole algunas cosas. Condenando, pues, la *datio tutoris ex certa re* y *detracta re*, implícitamente proclama ese texto que la misión del tutor se extiende a todo el patrimonio.

Este principio, válido para el caso de un nombramiento singular, también lo era para el caso de uno plural. Cuando el testador o el

<sup>1</sup> *Datio* en la tutela testamentaria: Gai. 2.231, 237; D.26.2. 8. 3; 26. 2. 10. 2; 26. 2. 16. 5; 29. 1. 28; en la magistratual: D. 26. 1. 6. 2, 4; 26. 5. 8. 1; 26. 5. 10; 26. 5. 17.

<sup>2</sup> Cf. *Inst.* 1. 25. 1.

<sup>3</sup> Cf. *Inst.* 1. 14. 4.

magistrado designaban a más de un tutor para un mismo pupilo <sup>4</sup>, todos aquéllos eran llamados *ad universum patrimonium*, no estando permitido que el nombramiento se hiciese para cada tutor en relación con ciertas y determinadas masas de bienes. Si aceptamos que en este caso se podía obrar en contrario, resulta evidente que se hubiera contravenido el principio que exponen D. 27. 1. 21. 2 y 26. 2. 12.

Debemos advertir, sin embargo, que dicho principio no era incompatible con la división de la gerencia tutelar entre los varios tutores designados. El edicto pretorio consagraba, dentro del capítulo *De administratione tutorum*, una cláusula que, por sus primeras palabras, llamaremos *Si parens destinaverit* <sup>5</sup>. En virtud de ella, el testador, o bien la mayoría de los tutores designados por aquél o, en fin, el pretor, podían sucesivamente encargar la administración de toda la tutela a uno solo, excluyendo a los demás tutores. Dicha cláusula edictal se refería únicamente a los tutores testamentarios; pero en virtud de una *oratio divorum fratrum* <sup>6</sup> fue extendida a los tutores que Ulpiano llama *ex inquisitione dati*, esto es, a los designados por los magistrados y a los confirmados por éste cuando el nombramiento testamentario irregular no había provenido del *pater*.

Por otro lado, la jurisprudencia aplicó este edicto, que había sido concebido para dar la administración a uno de los varios tutores nombrados, al caso de división por partes entre todos ellos <sup>7</sup>, tanto si era el testador quien había mandado la división como si el magistrado <sup>8</sup>. Se aprovechaba, así, la fuerza del edicto que permitía otorgar la gerencia, para otorgarla a varios.

II. Sin embargo, en algunas fuentes encontramos que la doctrina de la llamada universal de los tutores aparece contradicha por la posibilidad de nombramientos para partes o sectores de patrimonio: a) en el caso de nombramientos testamentarios, se presenta D. 26. 7. 3. 4 (Ulp., 35 *ed.*):

Nam et si unum pater dederit tutorem, nonnumquam ei adiunguntur curatores: nam imperator noster cum patre rescripsit, cum duos quis libertos suos tutores dedisset unum

<sup>4</sup> FV. 230. D. 26. 5. 23.

<sup>5</sup> Lenel *EP.* <sup>3</sup>, tít. XXII, § 121. Sobre esta rúbrica: GUZMÁN, *Cautión tutelar en derecho romano* (Pamplona, 1974), p. 161-174. El texto fundamental es D. 26. 7. 3. 1, 6-9.

<sup>6</sup> D. 26. 2. 19. 1: vid. GUZMÁN (n. 5), p. 235-239. En el texto citado, la expresión *de satisfactione* está interpolada, y el edicto al que ahí se alude es precisamente el edicto *Si parens destinaverit*.

<sup>7</sup> D. 26. 7. 3. 9.

<sup>8</sup> FV. 229; D. 26. 7. 4; 26. 7. 36; CI. 5. 52. 2. 1.

rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, curatores eis adiungendos, nec patris secuti sunt voluntatem.

El rescripto de S. Severo y A. Caracalla, al que se refiere este texto, había resuelto el caso cuando un padre, en su testamento, *tutores dedisset unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum*; con lo que debemos entender que el testador había hecho dos nombramientos, uno para los bienes de Italia y otro para los bienes de Africa, y no que había librado uno solo, con división de la administración.

b) en el caso de nombramientos magistratuales, tenemos el siguiente texto: D. 26. 5. 27. pr. (Hermog., 2 *iur. epit*):

Pupillo, qui tam Romae quam in provincia facultates habet, rerum quae sunt Romae praetor, provincialium praeses tutorem dare potest.

El texto es muy claro: si el pupilo tiene bienes en Roma y en provincias, el pretor le designa un tutor *rerum, quae sunt Romae*, y el *praeses*, otro *rerum provincialium*.

c) el siguiente pasaje se refiere indistintamente al nombramiento (*datio*) testamentario y magistratual de tutor, y afirma, en el orden de los principios, la posibilidad de designaciones de tutor *certarum rerum*. Se trata de D. 26. 2. 15 (Ulp., 38 *Sab.*):

Si tamen tutor detur rei Africanae vel rei Syriaticae utilis datio est: hoc enim iure utimur.

III. De esta manera, pues, las fuentes dan noticia de dos regímenes contradictorios en orden a nuestro asunto: por un lado, se condena la *datio tutoris certarum rerum* y por otro, se la acepta.

¿Cómo se explica esta contradicción?

Nos parece que la explicación se encuentra en el cambio operado en el modo de designar tutores por la intervención de un cierto tipo de excusas, cuyo fin consistió precisamente en limitar la extensión del nombramiento de tutor a cierta masa de los bienes pupilares.

1. Un rescripto de Marco Aurelio, transmitido a través de FV. 203<sup>9</sup>,

<sup>9</sup> FV. 203 (Ulp., *off. pr. tut.*): *Est hoc genus excusationis, si quis se dicat domicilium non habere Romae delectus ad munus vel in ea provincia, ubi domicilium non habet, idque et divus Marcus Pertinaci et Aeliano consulibus rescripsit.* Cf. D. 27. 1. 46. 2, sobre el cual: GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (Pamplona, 1976), p. 189-191.

introdujo como motivo para la excusa de una tutela el no tener domicilio en el lugar (Roma o provincia) donde el nombramiento había sido librado. De esta manera, p. ej., si un habitante de Africa era designado tutor en Roma, le favorecía el rescripto y podía excusarse.

Como en otro lugar hemos explicado, y al cual nos remitimos <sup>10</sup>, a partir de este rescripto la jurisprudencia desarrolló interpretativamente una causa de excusa distinta a aquella introducida por el citado rescripto. Este tomaba como punto de referencia el domicilio del nombrado tutor y lo relacionaba con el lugar del nombramiento; la jurisprudencia tomó, en cambio, el punto de vista de la localización de los bienes pupilares.

El rescripto partía de la base que normalmente los bienes del pupilo están situados en su domicilio, que determina el lugar del nombramiento; y quiso evitar que una persona no domiciliada en ese lugar se viese obligada a administrar dichos bienes para ella lejanos. Pero no tomó en consideración el rescripto la circunstancia, no tan normal pero posible, que el pupilo poseyese bienes en lugares distintos al del nombramiento de su tutor (es decir, al de su propio domicilio). De esta manera, si p. ej., al pupilo residente en Roma con bienes en Africa se le designaba como tutor a una persona también residente en Roma, esta última no quedaba amparada por el rescripto, porque el nombramiento se había producido en el lugar de su domicilio. Pero dicho tutor iba a quedar obligado a administrar bienes alejados del sitio de su residencia.

2. Tal consecuencia fue superada por la jurisprudencia. Tomando ella como punto de referencia el domicilio del tutor nombrado, admitió que éste pudiese excusarse para administrar los bienes localizados en una provincia distinta a la de su domicilio; o bien, en el ámbito de Italia, para administrar bienes situados en las *regiones iuridicorum*, si el nombrado vivía en Roma <sup>11</sup>.

Se dio paso, así, a una excusa llamémosla regional y parcial, pues el tutor excusado para la administración de estos bienes sitios fuera de los lugares indicados, conservaba la administración tutelar de los bienes ubicados en el lugar de su domicilio.

3. Como consecuencia lógica del efecto propio de esta excusa parcial, resultaba necesaria la designación de un nuevo tutor para

<sup>10</sup> GUZMÁN (n. 9), p. 158-161.

<sup>11</sup> Que esta excusa nació de una *interpretatio* se deduce de FV. 205 (*proinde*, en relación con FV.203) y de D. 27. 1. 19 (*usitatissimum*), pero luego fue sancionada por decisión imperial: D. 27. 1. 10. 4. Vid. también FV. 232; 241; CI. 5. 62. 11 y cf. D. 27. 1. 13. 3; 30. 111.

la administración de las masas de bienes, respecto de las cuales el primero se había excusado, esto es, para los bienes de otra provincia o de las *regiones iuridicorum*.

Esto último, que aparece como intuitivo, es afirmado por dos textos:

a) D. 27. 1. 21. 2 (Marc., 2 *inst.*):

Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest [, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat nisi in [eadem] provincia pupilli patrimonium sit: et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia praesides eius <sup>12</sup>.

Evidentemente, para un jurista clásico carecía de sentido la frase *nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit*, porque el *centesimus lapis* marcaba el límite entre Roma y las *regiones iuridicorum* de Italia, no pudiendo en consecuencia, tener lugar la excepción "a no ser que los bienes estén en provincia". Y si entendemos que el texto iba referido al ámbito provincial, entonces no tiene sentido la excusa para no administrar *ultra centesimum lapidem*, que era un límite romano y no provincial. En consecuencia, se han mezclado irracionalmente en este texto dos criterios distintos, como son, por un lado, la excusa para administrar bienes sitios en otra provincia, y la excusa para administrar bienes sitios más allá del *centesimus lapis* de Roma.

En principio, tanto podríamos considerar espuria la referencia al *centesimus lapis* como la referencia a la ubicación provincial de los bienes; pero se notará que, de aceptar como espuria la primera, queda sin sentido la última parte del texto, que alude al nombramiento de nuevos tutores por los *praesides provinciae*, el cual no podía tener lugar en Italia. Además, parece más lógico suponer que lo interpolado fue la referencia al *centesimus lapis*, como manifestación del deseo de extender a toda ciudad una regulación vigente en época clásica sólo para Roma.

Aceptada, pues, esta interpolación (la que, dicho sea de paso, no incomoda demasiado al sentido del texto en orden a cuanto deseamos exponer aquí), resulta lo siguiente: un tutor puede excusarse para administrar bienes sitios en provincias, para tutelar los cuales, su gobernador designaba otro tutor.

<sup>12</sup> Vid. *Index Interp.* ad. leg.

b) CI. 5. 62. 2. (Sev.— Ant., a. 204):

Si curatores dati estis generaliter nec decreto significatum est Italicarum tantum rerum vobis munus adiunctum, adire debetis competentem iudicem, ut vos a provinciali administratione liberet. Quod si factum fuerit, petent sibi in provincia curatorea adulescentes.

Ciertamente el texto refiere la situación que trata a los *curatores* y a los *adulescentes*. No hay razón para afirmar con seguridad que tales menciones sustituyeron por interpolación unas primitivas menciones concernientes a los tutores<sup>13</sup>. Si fuera lo contrario, como se ha pensado, entonces este texto estaría en la misma línea que el anterior. Pero, aun aceptándolo en el estado actual, podemos proceder a situarlo ahí: si cuanto el pasaje afirma era válido para los curadores, con mayor razón lo era para los tutores.

De esta manera, pues, los textos analizados corroboran un régimen que a priori podríamos pensar existente; a saber, que cuando un tutor se excusaba parcialmente de la tutela, para no administrar bienes sitos en otra provincia o fuera de la urbe, debía nombrarse un nuevo tutor competente para la gerencia de dichos bienes. El primitivo tutor, designado *ad universum patrimonium*, quedaba como tutor *certarum rerum*; y el nuevo, desde el primer momento era un tutor de esta especie.

IV. El régimen precedentemente descrito ya permite explicar el muy general texto de D. 26. 2. 15: una vez que un tutor *ad universum patrimonium* resultaba liberado de administrar los bienes de Africa o de Siria, entonces recibía aplicación ese texto, en cuanto la nueva *datio tutoris rei Africanæ vel rei Syriaticæ utilis est*. Pero, en verdad, esto explica nada más que un caso de *datio tutoris certarum rerum*; y queda por explicar este otro: que, sin previa excusa, el testador o el magistrado pudieran designar tutores para masas determinadas de bienes, como resulta de D. 26. 7. 3. 4 y 26. 5. 27, textos en los cuales no se dice que el nombramiento para ciertos bienes sea consecuencia de una excusa anterior y a título de sustitución del excusado parcialmente, sino inicial.

Pero nos parece que la cuestión sigue en íntima relación con el régimen de excusas.

Si el testador o el magistrado designaban un tutor, sabiendo

<sup>13</sup> Vid. *Index Interp.* ad leg.

que el pupilo iba a heredar o había heredado, según el caso, bienes sitos en varios lugares distintos, de modo que pudiera fundarse la correspondiente excusa, sin duda obraban imprudentemente. Con toda seguridad dicho tutor habría de excusarse. Hecho ello, se debía proceder a nombrar un nuevo tutor reemplazante del primitivo en la zona excusada. ¿Por qué, entonces, no prever la excusa y adelantarse a los hechos, nombrando varios tutores, uno para cada región en donde estuvieran localizados los bienes, recayendo el nombramiento en personas que estuviesen domiciliadas en las respectivas regiones? De este modo se impedía su excusa, al menos a ese título, y se evitaba todo el proceso de un nuevo nombramiento.

Tal nos parece haber sido el origen de la designación de tutores *certarum rerum*: un primer paso se dio mediante el nombramiento de tales tutores para sustituir al excusado parcialmente, en la región respecto de la cual se había excusado; un segundo y definitivo paso se dio para prever dicha excusa, nombrando directamente a varios tutores domiciliados cada uno en la región de ubicación de los bienes, precisamente para administrarlos en cada una de ellas. Habiéndose introducido la práctica de los tutores *certarum rerum* en el primer caso, la aceptación de esa práctica en el segundo quedaba ciertamente expedita.

Me parece que es esto lo que viene resumido en D. 26. 2. 15 (Ulp., 38 Sab.):

Si tamen tutor detur rei Africanae vel rei Syriaticae utilis datio est: hoc enim iure utimur.

*Hoc iure utimur* alude a un nuevo derecho introducido en la práctica y exigido por nuevas circunstancias. Todo lleva a pensar que la circunstancia nueva, consistente en la excusa parcial por la distinta localización de los bienes, fue la que condujo al uso del nombramiento de tutores *rei Africanae vel rei Syriaticae*.

Se notará que este texto pertenece al libro 38 *ad Sabinum*, del cual también fue extraído D. 26. 2. 12, en donde se afirma el principio contrario, y Lenel<sup>14</sup> une ambos textos bajo el N<sup>o</sup> 2845 de su palingenesia al comentario *ad Sabinum* de Ulpiano. Resulta así evidente que este último había expuesto el derecho vigente al menos hacia la época de Sabino (reproduciendo, quizá, sus mismas palabras) en D. 26. 2. 12, para luego señalar el derecho vigente en su propia época en D. 26. 2. 15: *hoc iure utimur*. Contradicción propia-

<sup>14</sup> LENEL, *Paling.* 2, col. 1158-1159.

mente tal, pues no hay; tan sólo distintos regímenes jurídicos vigentes en épocas diferentes, uno superando al otro.

## II. SOBRE LAS FUENTES DE INST. IUST. I. 24

En el conocido estudio de Ferrini<sup>15</sup> acerca de las fuentes de las *Iustiniani Institutiones*, los párrs. 1-4 de Inst. I. 24 vienen atribuidos a Marciano, dejando a un lado la obvia pertenencia del pr. a Gai I. 199-200, que se obtiene por cotejo textual. Esta atribución se basa en motivos estilísticos, no sin aceptar el autor algunas interpolaciones de los compiladores, en lo relativo a la extensión de los principios tutelares que contiene el título a los *curatores* y *adulescentes*.

Por su parte, Kübler<sup>16</sup>, recensionando el trabajo de Ferrini, no cree prudente pronunciarse, dejando abierta la cuestión relativa a las fuentes de los párrs. 1-4, sin perjuicio de admitir en grado más alto la intervención compilatoria.

En nuestra opinión, esto último es muy cierto; es decir, los compiladores han contribuido más a formar el texto de lo que pudiera creerse; pero todavía nos parece reconocer en la base de al menos dos fragmentos la presencia cierta de Ulpiano y Modestino, que ha escapado a Ferrini y Kübler.

Esta presencia se descubre por simple cotejo:

a) El primero corresponde a:

D. 46. 6. 7 (Mod., 6 *reg.*) *Dativus vel testamentarius tutor sive curator non petet satis a collega suo, sed offerre ei poterit, utrum satis accipere velit an dare.*

Inst. I. 24. 1. *Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere en satis dare.*

Ambos textos contienen la misma idea, a saber, que un tutor no puede pedir *satisdatio* (*rem pupilli salvoam fore*) a su cotutor, pudiendo tan sólo ofrecerle la alternativa de darla o recibirla. Además de ello, está el paralelo estilístico: *non petet-non potest petere; sed offerre-sed offerre; utrum satis accipere velit an dare-utrum velit-satis accipere an satis dare.*

<sup>15</sup> FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, ahora, en *Opere di C. Ferrini* (Milano, 1929), 2, p. 307-419. La parte que nos interesa, en p. 349-350.

<sup>16</sup> KÜBLER, rec. a Ferrini (n. 15), en *ZSS.* 23 (1902), p. 513-514.

Por otro lado, hay que observar que difícilmente los compiladores encontraron en sus fuentes un texto con estas ideas en tema de obligación de dar caución. La *provocatio ad satisfationem*<sup>17</sup> fue una invención justiniana<sup>18</sup>, pues el sistema para discernir la administración unitaria de la tutela, existiendo varios tutores testamentarios no contemplaba en primer lugar el caso de ofrecimiento de caución, como da a entender Inst. 1. 24. 1. El sistema clásico consistía en entregarla al designado en el testamento; en su defecto, al elegido por la mayoría de los cotutores, o, en fin, al designado por el pretor<sup>19</sup>. Justiniano introdujo como primer criterio la *provocatio ad satisfationem*; y para configurar esa institución en el presente texto, echó mano, entre otros, a D. 46. 6. 7, que se refería originalmente a distinta materia<sup>20</sup>.

b) El segundo cotejo atañe a:

D. 27. 8. 1. 1. (Ulp., 36 ed.)  
Neque praetor neque quis alius,  
cui tutoris dandi ius est, hac  
actione tenebitur.

Inst. 1. 24. 4. Neque autem  
praefectus urbis neque praetor  
neque praeses provinciae ne-  
que cui tutor dandi ius est, hac  
actione tenebitur, sed hi tan-  
tummodo qui satisfationem  
exigere solent.

En el texto de las Inst., pertenecen a los compiladores las siguientes frases: "*neque autem praefectus urbis*", "*neque praeses provinciae*" y "*sed-solent*". El resto corresponde exactamente al texto de D. 27. 8. 1. 1., de Ulpiano, extraído de su libro 36 *ad Edictum*.

c) Aparte de estos claros paralelismos, es posible reconocer otros indicios. Inst. 1. 24. 1: *ut solus administret*-D. 26. 2. 17. pr. (Ulp., 35 ed.): *ut solus administret*. Ibid.: *sed et si ex testamento vel ex inquisitione duo pluresve dati fuerint*-D. 26. 2. 19. 1 (Ulp., 35 ed.): *sed et si ex inquisitione dati sint tutores*. Ibid.: *ille gerere debet*-D. 26. 7. 3. 1 (Ulp., 35 ed.): *illum debere gerere*. Ibid.: *ut edicto praetoris cavetur*-D. 26. 2. 17. pr. (Ulp. 35 ed.): *ut edicto cavetur*.

d) Finalmente, se tendrá presente que la expresión *datio-dare ex inquisitione* jamás aparece entre los juristas anteriores a Ulpiano: Sch. Sin. 17. 46; D. 26. 2. 19. 1; 26. 7. 3. 1; 26. 5. 18; 27. 3. 1. 7;

<sup>17</sup> Cf. D. 26. 2. 19 pr.; 26. 3. 5. 3.

<sup>18</sup> Vid. GUZMÁN (n. 5), p. 175-228; 291-298.

<sup>19</sup> Vid. supra I, I.

<sup>20</sup> Concretamente, a la cesión de la gerencia tutelar por parte de un tutor a otro, previa recepción de *satisfatio*, ya que el cedente continuaba respondiendo al pupilo: vid. GUZMÁN (n. 5), p. 265-289; esp. 281-285.

27. 3. 9. 2; 46. 3. 14. 5, en que aquella figura, son todos textos de Ulpiano. D. 26. 3. 7. 1 pertenece al postclásico Hermogeniano (2 *iur. epit.*) y D. 26. 5. 24, que es de Scaevola (2 *resp.*), no se refiere a la *datio* sino a la *confirmatio tutoris* o está interpolada<sup>21</sup>.

Con todos estos antecedentes, pareciera que Ulpiano está en la base de Inst. 1. 24. 1-4, excepto en el pasaje *itaque-an satis dare*, de Inst. 1. 24. 1, que está fundado en Modestino; y sin perjuicio de una amplia intervención compilatoria, como había visto Kübler.

<sup>21</sup> Vid. GUZMÁN (n. 5), p. 77-80.