

LA TUTELA EN XII TABLAS V.3*

ANGEL GOMEZ-IGLESIAS CASAL**
 Universidad de Cádiz

Con ocasión de los trabajos que estamos realizando en relación con la tutela¹, nos hemos planteado cuál fue el origen de la tutela magistratual u oficial que, al parecer, no puede retrotraerse más allá del año 210 a.C., fecha de la *lex Atilia*². Ello nos llevó a plantearnos también el tema del origen de la tutela legítima y, sobre todo, el de la tutela testamentaria.

No parece que pueda haber duda acerca de que la tutela legítima existió ya en la Ley de las Doce Tablas, pues en ella se relaciona con la herencia o sucesión legítima, según noticia de Ulpiano en D. 26. 4. 1 pr.; y además, en Ulp. 11. 3 se establece de modo explícito su origen decenviral, caracterizando a los tutores legítimos como aquellos que lo son en virtud de alguna ley; y, por antono-

* El presente trabajo es el texto de una ponencia presentada en el "Incontro di Studio sulle XII Tavole" celebrado los días 19 y 20 de marzo de 1992 en Milán, organizado por el "Istituto di Diritto Romano dell'Università degli Studi di Milano". A pesar del tiempo transcurrido, hemos preferido no alterar la literalidad de tal comunicación, salvo alguna actualización imprescindible. A pesar de tratarse de un texto concebido para su exposición oral, ya desde un principio se redactó con las notas que aquí aparecen y que sirven de referencia bibliográfica mínima.

** Dirección del autor: Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho. E-11407-Jerez de la Frontera (Cádiz)

¹ Sobre la acción contra los magistrados municipales que no han exigido convenientemente la caución tutelar, vid. nuestro artículo *La acción "subsidiaria" del Fragmento Argentoratense de Ulpiano*, en *Estudios en Homenaje al Prof. F. Hernández-Tejero 2*, en prensa (hoy: Madrid 1991 [Publ. 1994], p. 269 ss.). Una exposición de conjunto acerca de los recursos procesales que surgen o se derivan de la tutela atiliana y de la correspondiente prestación de la caución tutelar, es la que, en breve, enviaremos para su publicación bajo el título *Régimen procesal de la caución tutelar* (hoy en *SDHI*. 58 [1992], p. 43 ss.).

² GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (Pamplona 1976), p. 15 ss.

masia, los que la ley de las Doce Tablas ha establecido³ Ahora bien, lo que habría que determinar es si la ley decenviral contenía o no alguna disposición expresa acerca de esa tutela legítima. Pero de ello hablaremos más adelante.

Respecto a la tutela testamentaria, las cosas no están mínimamente claras. No hay acuerdo en la doctrina acerca del momento en que la misma aparece. Algunos autores hacen surgir la posibilidad de tal tutela precisamente del precepto de XII Tab. 5. 3 que, en la versión comúnmente aceptada⁴, dice así:

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto

Nosotros creemos que tal afirmación debe ser sometida a revisión, cosa que es el objeto de la presente comunicación.

¿Es posible pensar en la existencia, en la época decenviral, de una institución tutelar tal y como se configura en el período clásico? Y, en definitiva, ¿es genuina la referencia a la misma en este período arcaico?

Para poder contestar a estos interrogantes, habrá que partir de examinar a qué tipo de tutela podría referirse tal precepto. Es claro que, a pesar de venir establecida en la *lex XII Tab.*, no se trata de una tutela legítima, pues tal ley no haría más que establecer la licitud de una disposición *mortis causa* sobre el nombramiento de un tutor; y esa licitud vendría determinada por su concordancia con el *ius*, con lo cual se trataría de una tutela *iusta*, no legítima⁵, posible en una disposición testamentaria.

Pero, precisamente, lo que se pone en duda por la doctrina actual es la posibilidad de que una disposición testamentaria referida a la tutela fuese viable en esta época arcaica. En definitiva, y como ya hemos dicho, se duda de que el origen de la tutela testamentaria pueda ser decenviral. Incluso se ha llegado a cuestionar si sería original la referencia misma a la *tutela* en el precepto señalado. Como cuestión previa que puede arrojar luz sobre si el concepto de tutela de incapaces debió de figurar o no en XII Tab. 5. 3, debemos examinar y tratar de dar contestación a los interrogantes planteados sobre el sentido profundo del precepto.

Para ello debemos partir de unos *a priori* imprescindibles en los que fundar nuestras opiniones. Como es frecuente en las instituciones existentes en épocas tan antiguas, no podremos llegar más que a conjeturas congruentes y no contradictorias con las pocas noticias indubitadas que tenemos de tal época. No se tratará de detenernos en cada una de esas cuestiones preliminares, sino de decantarnos a favor de una de las que la doctrina baraja como posibles.

Y, en primer lugar, hemos de referirnos nada menos que al debatido tema de

³ D. 26. 4. 1. pr. (Ulp. 14 *ad Sab.*) *Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem idem tuerentur bona, ne dilapidarentur.* Ulp. 11. 3 : *Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.* Vid también Gai. 1. 155, 165 (= I. 1. 17); y Gai. 1. 166.

⁴ FIRA. 1, p. 37 s.

⁵ A.D'ORS, *Derecho Privado Romano*⁸ (Pamplona 1991), parágr. 33 y 293 n. 1.

cuál fue el primer tipo de sucesión que aparece en el ámbito romano: ¿la testamentaria o la legítima? Intimamente relacionada con la respuesta que se dé a este interrogante, estará la contestación a la siguiente pregunta: ¿existía ya en la época arcaica la posibilidad de instituir heredero mediante la expresa voluntad del *de cuius* manifestada en un testamento?

Sin entrar, como ya hemos dicho, en los problemas de fondo que cada una de esas posiciones plantea, nos inclinamos por la preexistencia de la sucesión intestada⁶. Pero consideramos que ello no es obstáculo para que tal sucesión, ya en la época de los decenviros, conviviese con un testamento de legados realizado bajo la formalidad del metal y la balanza (*per aes et libram*). Es muy probable que el antecedente inmediato de tal testamento libral fuese la ley pública acordada ante el pueblo que, reunido en los comicios curiados, atestiguaba el acto (*testamentum calatis comitiis*). Pero ninguno de estos dos "testamentos" arcaicos supondrían, como en derecho clásico, la posibilidad de instituir un heredero extraño a la familia. En efecto, en el primer caso y en virtud de la *nuncupatio* de la *mancipatio familiae*, el comprador fiduciario de la herencia (*nummo uno*) sería un mero cumplidor de los legados establecidos por el *mancipio dans*; en el segundo caso, el atestiguamiento ante los comicios consistía en colocar a una persona en la situación de un *suus*, creando así un sucesor que no era el *heres natural*⁷.

Con estas afirmaciones prejuzgamos un hecho decisivo: como recientemente ha puesto de relieve Amirante, cuando existen *heredes sui* éstos serían necesariamente herederos, sin necesidad de ninguna disposición especial⁸. Por ello, la sucesión de los *sui* sería en época arcaica algo automático y natural, y no habría ningún precepto decenviral específico indicando la preferencia de los hijos, o de los que se habían puesto en su lugar, para tener los bienes hereditarios. Así pues, celebrada una *adrogatio*, es decir, poniendo a determinada persona en el lugar del inexistente hijo (*heres suus*), cualquier forma de testamento en sentido clá

⁶ A favor de la existencia arcaica de la sucesión testamentaria se encuentran importantes romanistas como BONFANTE, *Corso di diritto romano* 1 (Roma 1925), p. 414 n. 2; o LÉVY-BRÜHL, *Heres*, en *RIDA*. 2 (1949), p. 137 ss. Y a favor de la existencia de una originaria sucesión intestada están autores de la talla de WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, en *Festschrift Siber* 1 (Leipzig 1941), p. 3 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Napoli 1989), p. 501 ss.; y KASER, *Das römische Privatrecht*. 1² (München 1971), p. 94 y n. 14.

⁷ Este acto, que quizá pueda identificarse con la *adrogatio* de un *paterfamilias* -vid. ARANGIO-RUIZ, *Istit.*¹⁴ (cit. n. 6), p. 516; VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Ursicino Alvarez Suárez* (Madrid 1978), p. 545 ss.-, no puede ser considerado como una institución de heredero, pues ésta tiene siempre una eficacia *mortis causa*.

⁸ AMIRANTE, *Un' ipotesi di lavoro: le "sequenze" e l'ordine delle norme decemvirali*, en *Index* 20 (1992), p. 208 n. 6, que alega un expresivo texto de Paulo: D. 28. 2. 11. Esta misma idea de considerar a los *sui* como "herederos naturales", participando de la propiedad del patrimonio hereditario aún en vida del *paterfamilias*, se expone por Gayo en Gai. 2. 157.

sico sería innecesaria o inútil. Tal norma sería la manifestación de una primigenia sucesión intestada.

No creemos que pueda haber duda acerca de que las XII Tablas en su disposición 5. 3 se refieren al testamento mancipatorio, pues parece claro que los efectos expresados con la locución *ita ius esto* tienen su origen en *leges privatae* impuestas por el disponente en la *mancipatio*. De este tipo es tanto el *uti legassit* de 5. 3, como el *uti lingua nuncupassit* de 6. 1.

No parece tan clara la expresión "*intestatus*" de XII Tablas 5. 4 pues, incluso, es esgrimido como argumento a favor de la existencia de testamento con institución de heredero en la época arcaica⁹. Evidentemente, no podemos aceptar tal interpretación. La versión del texto, tradicionalmente admitida por los romanistas, es la siguiente:

Si *intestato moritur*, *cui suus heres nec escit*, *adgnatus proximus familiam habeto*¹⁰.

En primer lugar, la frase introductoria "*si intestato moritur*" no dice nada en contra de la hipótesis que hemos aceptado. Tal expresión no presupone necesariamente la existencia de la posibilidad de testar de modo semejante a como se hacía en época clásica, es decir, con institución de heredero¹¹. Por el contrario, y como ya ha puesto de relieve la doctrina, tal expresión puede ser originaria de los *decenviros* y obedecer a un concepto distinto al *intestatus* clásico¹².

En efecto, el *intestatus* no podría referirse más que a una de las dos "*testationes*" que hemos aceptado como posibles en esta época: al *testamentum calatis comitiis* y al *testamentum per aes et libram*.

Si se interpreta que el morir *intestado* supone el no haber hecho una *testatio* ante los *comicios*, para procurarse de modo "artificial" un heredero a través de una *adrogatio*, ante la falta de *sui* o herederos "naturales", de tal interpretación debe extraerse la consecuencia de que la expresión *cui suus heres nec escit* vendría a significar exactamente lo mismo que *si intestato moritur*.

Las interpretaciones que proponen la supresión de *cui suus heres nec escit*,

⁹ FRANCIOSI, L' "*heres extraneus*" e le dodici tavole, en *Labeo* 10 (1964), p. 355, para quien, si las XII Tablas no hubiesen reconocido la posibilidad de instituir a un extraño en el testamento no tendría explicación la dicotomía entre *si intestato moritur* y *cui suus heres nec escit*, pues si sólo un *suius* pudiese tener la consideración de *heres*, sería superflua la mención del *intestatus*.

¹⁰ Esta es la formulación recogida en *FIRA* 1, p. 38, donde se reproduce la versión de Ulp. 26. 1.

¹¹ Entendemos que no puede esgrimirse en contra de la hipótesis de que en las XII Tablas no era posible un testamento con institución de heredero el texto de Paulo D. 28. 2. 9. 2:... *sed et si heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam haec verba "si intestato moritur" ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur*. Paulo interpreta las palabras de la ley según el sentido del derecho clásico. Según tal interpretación se muere *intestado* bien por no haber hecho testamento válido, bien porque el heredero ha repudiado la herencia o ha premuerto.

¹² LÉVY-BRÜHL, *La tutelle des XII Tables*, en *Studi Solazzi*, p. 319, no duda de la presencia de la palabra *intestato* en el texto original, citando como precepto clave para su interpretación -referida a la tutela- D. 26.4.6 (Paul. 38 ad ed.) e I. 15.2.

tienen en cuenta la versión literaria del precepto que aparece en Cic., *de inv.* 20. 50. 148; *Rhet. ad Herenn.* 1. 13. 23:

Si <Paterfamilias> intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto.

Para Guarino¹³ la "supresión" de esta frase se realiza por razones de brevedad al no ser pertinente al caso examinado por Cicerón, pues se trata de la sucesión de un parricida condenado a la *poena cullei* y que no dejaba descendientes sino un *adgnatus*, al parecer un hermano menor.

Por otro lado, estima Varela¹⁴ que la no inclusión de la cláusula se justificaría porque los decenviros no la habrían incorporado, y no lo habrían hecho puesto que se daría por descontado que los *sui* eran preferidos en todo caso en la herencia del *de cuius*.

Sin embargo, y además de no ser imposible que Cicerón hubiese simplificado la cita, creemos que existe una posible interpretación que permite mantener la literalidad del texto como genuino. En efecto, como ya hemos adelantado, existe la posibilidad de interpretar el "*si intestato moritur*" como ausencia, no de un testamento comicial, sino de un testamento libral. La inexistencia de un testamento de legados (*per aes et libram*), que vincule determinados bienes del *mancipio dans* a favor de personas señaladas en la *nuncupatio*, sería imprescindible para afirmar que todo el patrimonio hereditario pasará al agnado próximo siempre que el difunto no haya dejado ningún *heres suus* (*cui suus heres nec escit*). Tal interpretación no es recogida por la doctrina, que, quizá, esté influenciada en exceso por la interpretación demasiado literal de D. 26. 4. 6 (Paul. 38 ad ed.):

...intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est...

En el texto de Paulo se lee que quien no deja tutores a sus hijos en el testamento, con respecto a la tutela, muere *intestatus*. Pero ello no podrá interpretarse en el sentido de querer equiparar siempre el *intestatus* a la falta de disposición sobre la tutela. Como ya hemos repetido, tal situación de "intestado" ha de referirse a la falta de una *testatio* que fuese posible realizar. Y en época arcaica es posible dejar, según los planteamientos que hemos asumido, no sólo un testamento comicial sino también un testamento de legados.

Pero, se admita o no la exclusión, en la redacción original, del *cui suus heres nec escit*, tal crítica no parece ser relevante para pasar al análisis de XII

¹³ GUARINO, Rec. a M^a Federica Lepri, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* 1. *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone* (Firenze 1942), en *SDHI*. 10 (1944), p. 408.

¹⁴ VARELA, en *Estudios Alvarez Suárez* (cit. n. 7), p.553.

Tab. 5. 3. En efecto, lo importante para tal análisis será partir de las siguientes premisas: a) la herencia se defería automáticamente a los *sui*, sin necesidad de disposición decenviral expresa; y b) no existía la posibilidad de dejar un testamento tal y como se entiende en época clásica, es decir, con institución de heredero.

Una vez que hemos establecido estas decisivas cuestiones previas, estamos en disposición de tratar de dar respuesta a los interrogantes que nos planteábamos al comienzo en relación con el texto que acabamos de citar: XII Tablas 5. 3. ¿Será genuina la referencia que allí se hace a la tutela? ¿Es posible pensar que se tratase, en todo caso, de la institución tutelar que es regulada por el derecho clásico? Para responder a tales interrogantes hemos de plantearnos tanto cuestiones de forma como de fondo.

Cuando se habla de "tutela testamentaria" como contenido de algún precepto de las XII Tablas, tal expresión tiene, sin duda, un sentido impropio que no puede admitirse. No existe una tutela testamentaria propiamente dicha, puesto que el *heres* asume de modo automático las funciones de *tutor*. Y esto es algo que está aceptado por la generalidad de la doctrina: que la designación de tutor testamentario es algo que en su origen está inseparablemente ligado a la institución de heredero¹⁵. Dicho de otro modo y en expresión de Lévy-Brühl, la función tutelar, la condición de tutor, está implícita en la misma noción de *heres* y por consiguiente no haría falta ninguna disposición especial para la tutela¹⁶.

En este sentido podría afirmarse que lo normal sería una tutela "hereditaria" en el sentido estricto del término, pues lo normal es que el tutor sea el *heres suus*¹⁷.

Sólo habría tutela testamentaria en sentido propio cuando se admite que un *paterfamilias*, aun cuando tuviese hijos (*heredes sui*), pudiese hacer testamento en favor de otra u otras personas¹⁸. Entonces sería cuando se hace posible que ese *de cuius* disocie la figura del *heres* -que podía ser un *suus*, pero también un *extraneus*- de la del *tutor*. Se podría nombrar un *tutor* en el testamento para los hijos incapaces que fuese distinto del heredero instituido¹⁹, pero era evidente que habría que hacerlo al disponer *mortis causa* de los propios bienes (D. 50.

¹⁵ Incluso BIONDI, *Obbietto dell'antica "hereditas"*, en *IURA* 1 (1950), p. 150 s., que afirma que la antigua *hereditas* no tenía por objeto más que cosas corporales y no comporta nunca una sucesión en la *potestas* sobre las personas, admite esta identificación entre *heres* y *tutor* (p. 170), pues la situación tutelar nace *ex novo* y no como derivada de la potestad del *de cuius*.

¹⁶ LÉVY-BRÜHL, *Heres*, en *RIDA*. 2 (1949), p. 143.

¹⁷ Este argumento aparece en LÉVY-BRÜHL, *La tutelle des XII Tables*, en *Studi Solazzi*, p. 323, aunque habla de que "la delación de la tutela por vía testamentaria era lo normal", pues parte de la existencia de sucesión testamentaria en esta época.

¹⁸ Es a este momento al que parecen referirse Gayo (D. 26. 2. 1 pr.) y Paulo (D. 26. 2. 20. 1) aunque digan que la ley de las XII Tablas estableció la posibilidad de designar tutor en el testamento, lo que debería entenderse en el sentido que decimos de implicación de la tutela en la delación a favor de los agnados respecto a los bienes del difunto.

¹⁹ ARANGIO-RUIZ, *Istit.* 14 (cit. n. 6), p. 494.

16. 53 pr.: *tutor separatim sine pecunia dari non potest*) y sólo sobre los *heredes sui* (D. 50. 17. 73. 1: *Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve, si vixisset*).

No hay duda de que, para los que no admitimos, en esta época, la posibilidad de sucesión testamentaria, tal tutela separada tampoco sería posible. Por lo tanto, no tendría sentido hablar de una disposición específica sobre la misma, pues, como acabamos de decir, serían automáticamente tutores los *heredes sui*.

Pero, incluso para los que admiten que el *de cuius* puede nombrar heredero, y por tanto establecer quién va a ser el tutor de los incapaces -de *impuberes* y *mulieres*- la referencia a la tutela en XII Tablas 5. 3 no creemos que pueda ser considerada como el origen de la tutela testamentaria de los incapaces.

Nosotros estamos convencidos de que la palabra *tutela*, de ser original, no puede expresar la existencia de una tutela familiar como posible contenido de un testamento. Es más, creemos que, con gran probabilidad, la ley de las Doce Tablas no contuvo ninguna referencia explícita a tal institución.

Si, como hemos aceptado, la condición de tutor venía implícita en la de heredero, al no admitir la sucesión testamentaria, no será posible admitir tampoco la existencia de una prescripción especial sobre la tutela legítima en los términos que la reconstrucción pretende. Así, el precepto aludido por Gayo (Gai. 1. 155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII <tabularum> agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi*) no constituiría una disposición específica de la ley decenviral sobre la tutela legítima -la pretendida XII Tab. 5. 6-, sino que estaría en íntima relación con la de la sucesión intestada "*Si intestato moritur*" (XII Tab. 5. 4).

Los decenviros habrían considerado en sus prescripciones sobre la sucesión de un *paterfamilias* los supuestos normales en los que se establecía el orden de sucesión en los bienes de aquél. La posible incapacidad, por edad o sexo, de alguno de los llamados a convertirse en herederos se solucionaría sometiéndolos a la tutela de los demás coherederos capaces. No se habría contemplado en la disposición general los casos en los que sólo existe un *heres* incapaz o varios. Ante esta situación no cabría más posibilidad que una de las siguientes soluciones: 1) que no se plantease el problema, al continuar siendo los *impuberes* y las *uxores sub manu* personas *alieni iuris*, como pretende Guarino²⁰; 2) que careciesen de tutor; o 3) que estuviese prevista una solución a ese supuesto excepcional en otra disposición de la ley. Descartando las dos primeras, nosotros estimamos que es posible que se diese una solución al problema planteado por la existencia de herederos incapaces, en otro pasaje de las XII Tablas en el que se ofreciese el poder efectivo sobre el incapaz y su patrimonio a los agnados o gentiles. Tal precepto sería XII Tab. 5. 7a, tradicionalmente referido y aplicado sólo al caso del loco:

Si furiosus escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

²⁰ GUARINO, *La "lex XII tabularum" e la "tutela"*, en *Studi Solazzi*, p. 36 s.

Según interpretación de X. d'Ors²¹, originariamente el precepto se habría referido, no al loco o demente, sino a todo tipo de *sui iuris* incapaces. Para ellos se establecía un control sobre su persona y sobre sus bienes a favor de los agnados y de los gentiles. Esta sería la manifestación de una primitiva tutela -paralela a la sucesión a falta de *sui-* que, si bien no se refiere a la protección de la persona de los incapaces, sino de su patrimonio, concedería al tutor cierta potestad sobre su persona (XII Tab. 5. 7a: "*in eo*" *pecuniaque eius* "*potestas*" esto; D. 26. 1. 1 pr.: *Tutela est, ut Servius definit, "vis ac potestas" -"ius ac potestas"* en I. 1. 13. 1- *in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*). Quizá tal disposición venga exigida también por el hecho de que los agnados y los gentiles no tuvieron la estricta consideración de *heredes*, término éste reservado a los *sui*. Como la tutela se reservaba a los *heredes*, para poder ejercitarla otras personas se necesitaría de una especial y "legítima" autorización.

Por otro lado, los decenviros tampoco habrían contemplado los casos en los que los herederos incapaces careciesen de parientes agnados y de gentiles²². En tales supuestos, al no existir el agnado próximo, o los gentiles, con expectativas hereditarias sobre los bienes del incapaz, éste quedaría sin tutela legítima pues no existiría el posible heredero para quien conservar los bienes patrimoniales. No parece que la falta de tutor, por carecer de un potencial heredero, supusiese un vacío en el ordenamiento arcaico. Tal ausencia de tutor no constituiría un problema público por lo excepcional de la situación, hasta que, como consecuencia probable de la devastación de la población en la II Guerra Púnica, la *lex Atilia* (210 a. C.) crea la posibilidad de que, a falta de tutor, pudiese nombrar uno el pretor con la mayoría de los tribunos de la plebe²³.

Así, pues, si es cierto, como parece, que la tutela surge como medio de protección, no del incapaz, sino de sus posibles herederos -lo que se deduciría tanto de la evolución posterior de la institución, como de la afirmaciones de Ulpiano en D. 26. 4. 1 pr. y en D. 26. 4. 5. 4, y de la de Gai. 1. 192-, la hipótesis que hemos expuesto sería perfectamente posible y congruente.

¿Por qué, entonces, aparece la palabra *tutela* en XII Tab. 5. 3? No falta quien intenta interpretar el precepto de forma que pueda salvarse como originaria tal expresión. Es el caso de Lévy-Brühl²⁴ que, aunque parte de la posibilidad de una tutela de incapaces separada de la institución de heredero, establece que "contrariamente a la opinión general" XII Tablas 5. 3 no se puede referir a la tutela familiar, pues parece imposible que a los incapaces se les llame *res* -

²¹ X. D'ORS, *Sobre XII Tab. V,7a: Si furiosus escit, I.- Consideraciones lexicográficas*, en *AHDE*. 50 (1980), p. 797 ss.; *II.- Consideraciones semánticas*. 1.- "*furiosus*", en *Homen. A. Otero* (1981), p. 236 ss. Cfr. también su aportación a estos "Incontri" de Milán.

²² Estos casos serían posibles si pensamos en la existencia de hijos ilegítimos, libertos sin patrono o ciertos plebeyos que podían carecer de *gens*. Cfr. GUZMÁN, *Dos estudios* (cit. n. 2), p. 71 ss.

²³ GUZMÁN, *Dos estudios* (cit. n. 7), p. 76 ss.

²⁴ LÉVY-BRÜHL, *La tutela* (cit. n. 17), p. 319 n. 4.

tutela rei suae-. Sin embargo, mantiene la literalidad del precepto decenviral dando una explicación que no debe ser rechazada sin más: *tutela rei suae* se relacionaría con la *mancipatio familiae* en la cual la *familia -res familiares-* se coloca bajo la guardia o protección *-tutela-* del adquirente fiduciario.

De todos modos, existen argumentos bastante convincentes para respaldar una reconstrucción del precepto distinta de la que incorpora la palabra *tutela*. En efecto, como ya hemos adelantado, los testimonios existentes para tal reconstrucción no son coincidentes. Podríamos agruparlos del siguiente modo:

a) Textos jurídicos que han servido para reproducir la prescripción arcaica según es generalmente admitida como Ulp. 11. 14:

Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto: qui tutores dativi appellantur.

También D. 50. 16. 53 pr. (Paul. 49 ad ed.):

...at cum dicitur "Super pecuniae tutelave suae", tutor separatim sine pecunia dari non potest.

b) Textos jurídicos que se apartan de la reconstrucción anterior, pero que coinciden esencialmente entre sí como Gai. 2. 224; I. 2. 22 pr. y D. 50. 16. 120 (Pomp. 5 ad Q.Muc.):

Uti legassit suae rei, ita ius esto.

También Nov. 22. 2 pr.:

Uti legasset quisque de sua re, ita ius esto.

Y Paraph. Theoph. 2. 22 pr.

Uti legassit suae rei quis ita ius esto

o bien, dependiendo de las ediciones,

Uti quisque legassit suae rei ita ius esto.

c) Textos literarios que no coinciden con ninguno de los otros dos grupos en su reconstrucción del precepto decenviral; así, Cic. *de invent.* 2. 50. 148 y *Reth. ad Herenn.* 1. 13. 23:

Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit ita ius esto

Según esto, la noticia más antigua es la de las fuentes literarias, que hablan de *familia pecuniaque sua*; después tendríamos la reconstrucción de los juristas de la última época clásica que, al parecer, abrevian la expresión reseñada para referirse al posible contenido de las disposiciones del *de cuius* en la solemnidad *per aes et libram: suae rei*; y por último tendríamos el testimonio atribuido a dos juristas epigonales que es el único que incorpora la palabra *tutela: pecunia tutelave rei suae*. ¿Cuál sería la redacción originaria?, ¿por qué cambian los testimonios sobre ella a lo largo del tiempo?

Estimamos que entre las dos primeras formas no hay contradicción, y refle-

jaría el sentido original de la disposición de las XII Tablas, aunque con una adaptación, la segunda, al derecho clásico. En efecto, el *familia pecuniaque sua* designa lo que puede ser objeto de legado por el *paterfamilias* en ese primer "testamento de legados". Parece que esta endiádis, para referirse a todo lo que puede formar parte del patrimonio de una persona, es aceptable para esta época²⁵.

Una vez que, en época clásica, se pierde el sentido originario de *familia*, Gayo y Pomponio -y más tarde las Instituciones de Justiniano- utilizarían la expresión más genérica de *suae rei*, citando de este modo al sentido la prescripción decenviral, sin que ello suponga una traición directa al tenor literal primitivo, aunque permita incluir en tal expresión contenidos que quedarían excluidos originariamente. ¿Por qué aparece algo más tarde la expresión *pecunia tutelave*?

Sería posible pensar, como lo ha hecho la doctrina, en una corrupción material del texto debido a la sustitución de *familia* por *tutela*; o, más bien, en una adaptación jurisprudencial al contexto jurídico de su época por medio de una interpretación actualizada, ahora también en la forma. Creemos probable que se hubiese operado esta actualización del siguiente modo. Como acabamos de decir, los juristas clásicos hacen referencia al "*suae rei*", pero interpretando estas palabras, no en el sentido restringido que sería propio de la época de las XII Tablas, sino del modo más amplio que permite la capacidad del *de cuius* en cuanto al contenido del testamento. Esto lo ilustra de modo bien patente el texto de Pomponio antes citado y que ahora leemos en su integridad en D. 50. 16. 120 (Pomp. 5 ad Q.Muc.):

Verbis legem duodecim tabularum his "uti legassit suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertatis dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

El jurista atribuye a las palabras de las XII Tablas un sentido amplísimo citando disposiciones testamentarias como la institución de heredero, legados, manumisiones y designación de tutores. Se trataría de una acomodación a lo que venía siendo cosa habitual en derecho clásico: que el testador dispusiese tanto de

²⁵ Cosa distinta sería el establecer qué es lo que se contiene bajo la denominación de *familia*, y qué bajo el nombre de *pecunia*; aunque de modo general se admite que *familia* designa lo más importante -identificado por alguno con las *res mancipi*-, y *pecunia* los bienes destinados al cambio. Sobre esta identificación de la *pecunia* vid. DILIBERTO, *Studi sulle origini della "cura furiosi"* (Napoli 1984), en especial p. 94 ss. No parece posible admitir la hipótesis de M. F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano* etc. (Firenze 1942), para quien la *familia* estaría constituida por el elemento humano de la sociedad doméstica, es decir, por las personas sometidas a la *manus* del *paterfamilias*. Tal idea iría en contra de la explicación que de la expresión *adgnatus proximus familiam habeto* da Ulpiano en D. 50. 16. 195. 1. En todo caso, el uso oscilante en varios pasajes del texto decenviral de las palabras *familia* y *pecunia* exigiría un estudio en profundidad de estas expresiones y su utilización; pero tal estudio excedería los límites de esta comunicación

su patrimonio como de la sucesión en la potestad a ejercer sobre los incapaces de la familia. Incluso llega a decir, o al menos a insinuar, que tal era el sentido originario y que tal sentido fue recortado en virtud de la ley *vel auctoritate iura constituentium*. Paulo, y el autor de *Epitome Ulpiani*, acogerían esta idea y con una formulación más cercana a la original, en cuanto a la forma, al hablar de la tutela citarían este precepto pero añadiéndole el *pecunia tutelave*, pues es posible que les resultase violento alegar un texto referido a la tutela que hablase sólo de *suae rei*, que parece hacer mención de un contenido estrictamente patrimonial.

Aunque, como ya hemos dicho, no debemos descartar de modo tajante la explicación de Lévy-Brühl para mantener la redacción que nos transmiten las fuentes jurídicas, quizás sea preferible aquí la versión literaria²⁶. Los argumentos tradicionales a favor de tal versión -mayor proximidad en el tiempo al original y coincidencia de las dos fuentes (Cicerón y el *Auctor ad Herennium*)- hacen que la misma sea atendible y a tener seriamente en cuenta, pero no, como pretenden algunos, con una presunción absoluta de certeza. Pero, aunque no se admita la reconstrucción que posibilita la tradición literaria del texto -prescindiendo de la palabra *tutela*-, debe admitirse que, en el tema de la sucesión arcaica del *paterfamilias*, se da una confluencia coincidente de cuestiones de fondo, al menos según nuestra versión, con otras estrictamente formales. Ello debe llevarnos a la conclusión de que los decenviros jamás se plantearon la posibilidad de hablar de tutela de incapaces en XII Tab. 5.3.

²⁶ Mayoritariamente se ha admitido como mejor, como más respetuosa con el texto original, la versión de las fuentes jurídicas. Vid. por todos VOCI, *Diritto ereditario romano* 1² (Milano 1967), p. 6 ss., según el cual el inciso *cui sui heres ...* de la ley 5. 4 debía figurar necesariamente en la misma; y, según su opinión, es preferible también la versión de XII Tablas 5. 3 transmitida por Gayo y por Pomponio: *uti legassit suae rei ...* La misma opinión había mantenido COLI, *Il testamento nella Lege delle XII Tavole*, en *IURA* 7 (1956), p. 34 ss. acerca del *uti legassit suae rei...*, aunque para este autor, tal expresión decenviral va más allá de la mera facultad de disponer por legados, y se refiere a una mucho más amplia capacidad para testar por medio de la *mancipatio familiae*.