

DOS NOTAS EN TEMA DE TUTELA ROMANA

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

I. "SUPER PECUNIA TUTELAVE"

1. De un precepto de la ley de las XII Tablas, que los editores modernos atribuyen a la Tab. 5. 3, se nos han transmitido tres versiones diferentes:

- a) *Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*, en *Rhet. ad Her.* 1. 13. 23 y en *Cic., de Inv.* 2. 50. 148;
- b) *Uti legassit suae rei, ita ius esto*, en *Gai.* 2. 224 (del cual dependen: *Inst.* 2. 22. pr.; *Nov. Iust.* 22. 2. pr.; *Theoph. ad leg.*) y en *D.* 50. 16. 120 (*Pomp., 5 Q. Muc.*);
- c) *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, en *Ulp.* 11. 14 y, parcialmente (pero también con corrupciones), en *D.* 50. 16. 53. pr. (*Paul., 59 ed.*).

La opinión más común¹, sancionada por todas las reconstrucciones modernas de nuestra ley², es que el precepto de la Tab. 5. 3 habría rezado como resulta de *Ulp.* 11. 14 y de *D.* 50. 16. 53. pr. Pero en torno a ello pueden considerarse serias dudas.

El punto concreto que ahora nos interesa estudiar es éste: si

¹Nos limitamos a citar las disensiones: para quienes aceptan la fórmula gayana: vid. COLI, *Scritti di Diritto Romano* (Milano 1973) 2, p. 624 n. 43, y el mismo, en *Scr.* 1, p. 96 ss.; 2, p. 624 ss.; también, GROSSO, *I legati nel Diritto romano* (Torino 1962), p. 10 ss.; SIMON, en *ZSS. r. A.* 82 (1965), p. 151 n. 106. Se inclinan por la fórmula ciceroniana: GUARINO, *La Lex XII Tabularum e la tutela*, ahora, en *Le origini quiritarie* (Napoli 1973), p. 240 ss.; LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in Diritto romano* (Firenze 1942) 1, p. 13 ss. En cambio, LEVY-BRUHL, *La tutelle des XII Tables*, en *Studi in onore di S. Solazzi* (Napoli 1948), p. 319 n. 4; ALBANESE, *La successione ereditaria in Diritto romano antico*, en *AUP.* 20 (1949), p. 434 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*² (München 1971) 1, p. 89 n. 31, manteniendo el texto de *Ulp.* 11. 14, creen que la palabra *tutela* no tenía, hacia la época de la ley, el significado técnico de *tutela impuberis* o *mulieris*, sino que el de custodia o guarda del patrimonio.

²Vid., p. ej., BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*⁷ (reimp. Aalen 1969) 1 p. 23; GIRARD, *Textes de Droit romain*⁴ (Paris 1923), p. 14; RICCOBONO, *Fontes iuris romani anteiustiniani. Leges* (Florentiae 1968), p. 37.

nuestro precepto hacía o no una mención expresa de la tutela; en las transcripciones anteriores, la tutela figura en c), pero no en las restantes. Otras diferencias, aunque importantísimas, no nos ocuparán ahora.

2. En apoyo del silencio de la norma acerca de la tutela viene D. 50. 16. 120 (Pomp., 5 Q. *Muc.*):

Verbis legis duodecim tabularum his “uti legassit suae rei, ita ius esto” latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi.

Pomponio dice que el precepto *uti legassit suae rei, i. i. e.* parece atribuir una amplísima potestad para instituir heredero, dar legados, otorgar manumisiones y constituir tutelae. Entonces, si la Ley de las XII Tab., hubiera mencionado expresamente la facultad de constituir tutelae (*uti legassit super . . . tutela suae rei*), Pomponio no habría podido indicar que parece (*videtur*) que ese precepto atribuye una *potestas* en tal sentido, pues tal facultad habría sido clara e indiscutible; si ella resultaba o aparecía de un texto, es porque la jurisprudencia, por la vía interpretativa, la dedujo del mismo, lo que supone que no figurara expresamente ahí³.

Pero esta conclusión podría quedar desvirtuada por el contenido de D. 50. 16. 53. pr. (Paul., 59 *ed.*):

Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiuntur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud veteres “adgnatorum gentiliumque” pro separatione accipiuntur. At cum dicitur “super pecuniae tutelae suae”, tutor separatim sine pecunia dari non potest: et cum dicimus “quod dedi aut donavi” utraque continemus. Cum vero dicimus “quod eum dare facere oportet”, quodvis eorum sufficit probare.

³APPLETON, *Le testament romain* (Paris 1903), p. 59 n. 1; 96 n. 1: SCIALOJA, *Diritto ereditario romano* (Roma 1934), p. 43 n. 2. Especialmente SOLAZZI, *Scritti di Diritto Romano* (Napoli 1960) 3, p. 192 n. 80, ha criticado las expresiones *tutelae constituendi*, por su rareza, sin perjuicio de aceptar como clásica la de *tutorem-tutores constituere*. Olvida, sin embargo, D. 49. 15. 22. 1: *de . . . tutelae constituebantur*, aunque BESELER, en ZSS r. A. 45 (1925), p. 210, la considera “seltsam und undeutlich”, sin tener en cuenta D. 50. 16. 120 (!). Debemos pensar que la rareza que ve SOLAZZI tiene que hacernos más cautos en aceptar aquí una alteración. Insiste especialmente en el uso de *videtur*: VOCI, *Diritto ereditario romano*² (Milano 1967) 1, p. 5 ss.

En este texto, Paulo trata el problema de las frases disyuntivas y conjuntivas, para declarar que, a menudo, las conjuntivas se tienen por disyuntivas y que éstas por conjuntivas; y pone ejemplos. Uno de ellos es la frase *super pecunia tutelave*, que, según el texto, es un caso de *disiuncta pro coniunctis*, pues tutor *separatim sine pecunia dari non potest*.

Ahora bien, por la propia naturaleza del tema aquí tratado —conjunción o disyunción de palabras—, el ejemplo relativo a la tutela habría sido imposible de ser colocado si, efectivamente, la frase ejemplarizada no hubiese contenido al menos dos palabras sobre las cuales se discutiera su carácter conjuntivo o disyuntivo, es decir, *pecunia* y *tutela*⁴. Y entonces cabría pensar que tales palabras debían de figurar en la ley de las XII Tab., como lo demostraría Ulp. II. 14: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, i. i. e.*

Debe notarse, sin embargo, que el texto de Paulo no dice que las palabras *super pecunia tutelave suae* pertenecieran a dicha ley.

⁴BIONDI, *Scritti Giuridici* (Milano 1969) 3, p. 750 n. 2. Sin embargo, SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* (Napoli 1932) 1. p. 36, ha denunciado como espuria la frase *at cum-potest*, basándose en que, como ejemplo, está mal y prematuramente citado. Según él, esa frase quiere constituir un ejemplo de los *soluta pro separatis*, en circunstancias de que realmente es uno de *disiuncta pro coniunctis*; y, desde el primer punto de vista, debería haber estado después de la frase *at cum-continemus*, que presenta un caso de *disiuncta pro coniunctis*, pues en el enunciado general, los *soluta pro separatis* vienen luego de aquéllos. Realmente, no se comprende bien el pensamiento de SOLAZZI. El ejemplo *adgnatorum gentiliumque* corresponde a un caso de *coniuncta pro disiunctis*; luego debe venir un ejemplo de *disiuncta pro coniunctis*, y PAULO cita dos: *super pecunia tutelave suae* y *quod dedi aut donavi* (nótese que ambos ejemplos están unidos con un “*et*”, y, por tanto, quedan incluidos en el total de la frase adversativa que comienza con “*at*” la cual se opone a la anterior que contiene el ejemplo *adgnatorum gentiliumque*); finalmente, debe venir un ejemplo de *soluta pro separatis*, y dicho ejemplo es introducido con la expresión *cum vero*, y es *quod eum dare facere oportet*, respecto del cual PAULO dice: *quodvis eorum sufficit probare*. Como pide SOLAZZI, efectivamente la hipótesis de los *soluta pro separatis* debería cerrar la ejemplificación, y es esto lo que sucede. Nos parece que el error de aquél consiste en postular que, en el texto, el ejemplo *super pecunia tutelave suae* quiere ser un ejemplo de *soluta pro separatis*, siendo, en realidad, de *disiuncta pro coniunctis*; pero no hay que dudar que ese ejemplo quiere ser y es de este último tipo de frases. La evidente corrupción del texto, que da *pecunia[e] tutela[e]ve*, no es indicio para dudar de su autenticidad de fondo, y debe atribuirse al copista, quizá engañado por el genuino *suae* que allí figura. La frase *adgnatorum gentiliumque*, que también nuestro texto atribuye a los *veteres*, está reconocida por Cic., *de Inv.* 2. 50, 148 como perteneciente a la ley de las XII Tab.: *si pater familias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatorum gentiliumque esto*. La verdadera norma (Tab. 5. 4-5) está dada por Coll. 16. 4. 1. 2. y por Ulp. 26. 1: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*. Sobre esto: vid., por todos VOCI (n. 3) 1. p. 8 s.

testamentaria⁹ y no a la sucesión testamentaria; pero Gai. 2. 224, en cambio, pertenece al tratado de Derecho hereditario¹⁰. Es bien sabido que el anónimo autor postclásico de las *Ulpiani Regulae* siguió muy de cerca a Gayo en la composición de esa obra¹¹; y, en el presente caso, resulta claro que usó de la noticia gayana en torno al precepto de la Tab. 5. 3 para apoyar una clasificación, inventada por él¹², de los tutores en *legitimi aut senatus consultis constituti aut moribus introducti*. Dentro de tal clasificación, la tutela testamentaria es considerada legítima, de acuerdo con el criterio de que los tutores legítimos son aquellos que *ex lege aliqua descendunt*¹³. Para nuestro autor anónimo, la ley de la cual los tutores testamentarios descendían no podía ser otra que la Ley de las XII Tab.¹⁴; pero el precepto correspondiente, que, de acuerdo con la versión de Gayo, rezaba *uti legassit suae rei*, es decir, que no mencionaba a la tutela, no se prestaba para fundar la inclusión de la tutela testamentaria entre las legítimas. De ahí entonces que el autor de las *Ulpiani Regulae* se haya decidido por insertar entre *legassit* y *suae rei* las palabras *super pecunia tutelave*, con lo cual la idea de que la tutela testamentaria era legítima, porque descendía directamente de una ley, recibía un fundamento normativo expreso.

Naturalmente, esas palabras no fueron inventadas por él; fueron por él recogidas de una tradición de siglos, desde la época republicana; tradición ésta que, sin embargo, distinguía perfectamente entre cuál era la versión literal del precepto (*uti legassit suae rei*) y cuál la interpretación que había recibido (*super pecunia tutelave*). Lo primero es aquello que vemos en Gai. 2. 224 y en D. 50. 16. 120; lo segundo es aquello que observamos en D. 50. 16. 53. pr. (*apud veteres*); la fusión es, por tanto, postclásica, y concretamente, del autor de las *Ulpiani Regulae*.

⁹La exposición relativa a las tutelas propiamente legítimas comienza en Ulp. 11. 3 y llega hasta el frag. 11. 13; Ulp. 11. 14 da comienzo al estudio de la tutela testamentaria que llega hasta el frag. 11. 17.

¹⁰Que comienza en Gai. 2. 97.

¹¹Vid. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. Nocera, Firenze s. d.), p. 321 ss.; para literatura anterior, ib. p. 321 n. 5, y, además, SCHOENBAUER, "Tituli ex corpore Ulpiani" in *neuer Analyse*, en *Studi in onore di P. De Francisci* (Milano 1956) 3, p. 303 ss.; *Die Ergebnisse der Textstufenforschung und ihre Methode*, en *IURA* 12 (1961) 1, p. 117 ss.; WIFACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960), p. 58 ss.

¹²Como lo ha demostrado SOLAZZI, *Studi sulla tutela. I. La classificazione dei tutori in Ulp. 11*, ahora, en *Scr.* (n. 3) 3, p. 81 ss.

¹³Ulp. 11. 3.

¹⁴Ulp. 11. 14.

Esta nos parece ser una explicación más adecuada acerca del origen de la versión que figura en Ulp. 11. 14 que aquella sugerida por Appleton¹⁵, de que en época muy antigua, quizá ya en el tiempo de Sexto Elio y por causa de él, nuestra frase se habría introducido en el texto auténtico por un error del copista, quien habría tomado una simple glosa del jurista a la Tab. 5.3, puesta a su margen, como una indicación de que aquélla debía insertarse en el cuerpo mismo del texto. Si ello hubiera sucedido, lo más probable es que el texto así alterado habría determinado las sucesivas ediciones, y hoy no conoceríamos la versión original, que se habría perdido.

II. "DATIVUS-DATIVA"

1. No se intenta insistir aquí en algo de sobra conocido: que la terminología *tutor dativus-tutela dativa* resulta extraña a la jurisprudencia clásica, como puso de relieve Schulz¹; que de estar referida a la tutela testamentaria en algunas fuentes, aparece como indicativa de la magistratual, en otras, como Rudorff² había visto; y que este último significado parece más bien justiniano, como lo hizo notar Solazzi³. Ahora trataremos, sobre tales bases, de investigar la historia singular de nuestros términos en el Derecho romano, cuya escasez de uso ahí contrasta con el éxito que ha obtenido en las modernas codificaciones.

2. La primera vez que nos encontramos con la expresión *dativus* es en Gai. 1. 154:

Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.

Aquí, tal expresión tiene un significado técnico muy preciso: se re-

¹⁵APPLETON (n. 3), p. 59 n. 1. VOCI (n. 3) 1. p. 7 s. parece pensar en una inserción producida en tiempos de Cicerón; PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano* (Torino 1922) 3, p. 548 n. 1013 escribe: "Le parole (sc. *super pecunia tutelave*) di questo ultimo testo (sc. Ulp. 11. 14) fra parentesi quadre sono forse un glossema", con lo cual, partiendo del supuesto de que los *Tituli ex corpore Ulpiani* son una obra que pertenece a Ulpiano, da a entender que el original clásico habría sufrido la adición glosemática de *super pecunia tutelave*. Como hemos creído demostrar, se trata de una adición practicada por el autor de aquella obra a la versión de Gai. 2. 224.

¹SCHULZ, *Derecho romano clásico* (trad. Santa Cruz, Barcelona 1960), p. 157.

²RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft* (Berlín 1832) 1, p. 339.

³SOLAZZI, *Scr.* (I n. 3) 2, p. 23.

fiere a una especie de *tutor mulieris testamento datus*⁴, cuya nota específica viene establecida por el hecho de que su nombramiento fue *nominatim*, y en este sentido se opone al *tutor optivus*, otra especie del mismo género antes indicado, que se caracteriza porque él *ex optione sumuntur*⁵.

El siguiente texto es 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 dativi appellantur.

Pero aquí el sentido implicado por la expresión se ha ampliado radicalmente respecto del anterior pasaje: *tutores dativi* designa a toda clase de tutores testamentarios, sin más.

Una significación diferente tiene nuestra expresión en CI. 5. 30. 5. (Iust., a. 529):

Nemo neque frater neque alius legitimus in tutelam sive ingenui sive liberti vocetur, antequam quintum et vicesimum annum suae aetatis impleat... 2. Discretis itaque omnibus vel dativi vel legitimi fiant tutores vel curatores ii, qui talis aetatis sunt, cui suarum rerum administratio committitur, quorumque res possunt plenissimo iure hypothecarum teneri.

En realidad, la contraposición *vel dativi vel legitimi*, en donde no figura una mención especial a la tutela testamentaria, podría hacer sospechar que la primera expresión se refiere a ésta; pero también podría pensarse que abarca a ambas, y así lo creyó en un primer momento Solazzi⁶ aunque luego varió su juicio⁷. Realmente, no debe dudarse que *dativi* indica allí a los tutores magistratuales. Esta constitución establece la incapacidad de los menores de 25 años

⁴El texto está insertado en la exposición relativa a la *tutela mulieris*: vid. Gai. 1. 148 ss.

⁵YERRA, pues, BONFANTE, *Corso di Diritto romano* (reimp. Milano 1963) 1, p. 567 n. 1, afirmando que "nel linguaggio classico, *dativus* e più propriamente il tutore testamentario".

⁶SOLAZZI, *Scr.* (I n. 3) 2, p. 23.

⁷SOLAZZI, *Scr.* (I n. 3) 3, p. 86 n. 13.

para ser tutor, de tal manera que aquel que fuese designado no pudiera asumir el cargo⁸. Pero de Inst. 1. 14. 2:

Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamentatus tutor erit, cum compos mentis aut maior viginti quinque annis fuerit factus.

se deduce que, aun para el Derecho justiniano, el nombramiento como tutor testamentario de un menor de 25 años era válido, sólo que se suspendía su eficacia hasta que el menor alcanzara aquella edad⁹. Esto implica que el caso de un nombramiento así no quedó incluido en la incapacidad establecida por la constitución de CI. 5. 30. 5; es decir, que *dativi* tiene que aludir ahí a los tutores magistratuales.

La interpretación de CI. 1. 3. 51. pr. (Iust., a. 531), no ofrece dificultades:

Generaliter sancimus omnes viros reverentissimos episcopos nec non presbyteros seu diaconos et subdiaconos et praecipue monachos licet non sint clerici, immunitatem ipso iure omnes habere tutelae sive testamentariae sive legitimae sive dativae . . .

La gradación *sive testamentariae sive legitimae sive dativae* no permite otra conclusión si no es la de que esta última expresión quiere aludir a la tutela magistratual.

En el medio de los dos grupos de textos que hemos ya presentado (Gayo y Ulpiano, por un lado y Justiniano, por otro) aparece D. 46. 6. 7 (Mod., 7 reg.):

Dativus vel testamentarius tutor sive curator non petet satis a collega suo, sed offerre ei poterit utrum satis accipere velit an dare.

⁸Cfr. Inst. 1. 25. 13.

⁹Este principio es justiniano, porque el Derecho clásico otorgaba al menor de 25 años designado tutor por testamento, una excusa: vid. FV. 151, 182, 223; aunque la regla no valía para el menor liberto, porque los libertos no podían excusarse para asumir las tutelas de los hijos de sus patronos: vid. FV. 152; D. 27. 1. 14; CI. 5. 62. 5. De esta manera, es posible que ya el Derecho clásico hubiera aceptado lo que habría de ser un precedente del régimen justiniano, a saber: que los libertos menores quedasen temporalmente exonerados de asumir la tutela, hasta la llegada de sus 25 años, lapso en el cual se designaba un *curator impuberis* al pupilo; a este caso parece referirse D. 27. 1. 10. 7 (cfr. D. 26. 2. 32, 4, que está interpolado: vid. *Ind. Interp.* ad leg.).

En este texto, el significado de *dativus* podría tanto ser igual al de tutor testamentario como igual al de magistratual; en el primer caso, él se insertaría en la tradición de Gayo y *Ulpiani Regulae*; en el segundo, en la de Justiniano. Pero dejaremos la búsqueda de una solución para después.

3. Probablemente, fue Gayo el inventor de la palabra *dativus*. Es sintomático, en efecto, que ella (ni *dativa*) no figure jamás en algún texto anterior a Modestino, aceptando, por otro lado, que las *Ulpiani Regulae* no es una obra que deba atribuirse a Ulpiano, sino que a algún anónimo autor postclásico¹⁰; esto indica que nuestra palabra fue desconocida por la jurisprudencia clásica. Se excluye su sistemática supresión en el *Corpus Iuris* por parte de los compiladores. Podría, en efecto, pensarse que la jurisprudencia clásica hubiera usado el término con el significado gayano —*tutor mulieris testamento nominatim datus*—, y que, como los compiladores suprimieron toda referencia en los escritos clásicos a la *tutela mulieris*, con esa supresión hubo de desaparecer todo vestigio de nuestra palabra. Sin embargo, a la vista de su conservación en D. 46. 6. 7 y de su uso por dos veces en constituciones justinianas, más propio parece pensar que entonces los compiladores habrían adaptado el uso de la palabra a otro significado, precisamente, en relación con la tutela magistratual, y entonces su permanencia en el *Corpus Iuris* habría quedado asegurada.

En seguida, debe tenerse presente que la palabra *dativus* es absolutamente inidónea para expresar lo que quiere expresar, es decir, una especie de *tutor mulieris* dado nominativamente en el testamento.

En el lenguaje de la jurisprudencia clásica, *dare* y sus formas derivadas eran usados tanto para indicar el nombramiento de un tutor por testamento cuanto para el hecho por un magistrado; pero normalmente con la adición del sustantivo que indicaba la fuente concreta; así, se decía *tutor testamento datus*¹¹ y *tutor a magistratibus datus*¹². Pero la expresión *tutor dativus*, sin más explicaciones, conlleva una gran dosis de equivocidad: de sólo a ella leerla no es posible saber si indica al tutor testamentario o al tutor magistratual; y si, además, a lo que realmente quiere referirse es a una especie muy concreta de *tutor mulieris*, es decir, a aquél designado *nominatim*

¹⁰Vid. supra I n. 11.

¹¹Vid., p. ej., D. 26. 2. 3; 26. 2. 10. 3; 26. 2. 11. 3; 26. 2. 17. pr.; 26. 2. 32. pr.; 26. 2. 34; Cl. 5. 28. 1; 5. 28. 2; 5. 28. 3; 5. 28. 4; 5. 28. 6; 5. 28. 7; 5. 34. 4.

¹²Vid. la lista que trae SOLAZZI, Scr. (I n. 3) 2, p. 23 ss.

tim en el testamento, entonces la anfibología se agrava, teniendo presente al *tutor impuberis*. Difícilmente en el exacto lenguaje de la jurisprudencia clásica se habría usado un término tan equívoco; él sólo puede atribuirse a la manía clasificadora y nominadora del maestro Gayo.

En el sistema de este jurista, *dativus* va ligado a *nominatim* . . . *dantur*, porque la persona concreta del tutor era expresamente señalada en el testamento y sobre ella recaía el nombramiento; por el contrario, el *tutor optivus*, en cuanto individuo, no era mencionado allí, pues lo que el testador hacía era *optionem dare*¹³, para que la mujer escogiera, en concreto, la persona que habría de actuar como su tutor¹⁴; de esta manera, tal tutor no era propiamente *datus* sino *optatus*, que es lo que Gayo quiere decir con la forma *optivus*. Sin duda, fue esta diferencia la que indujo a ese jurista a llamar *dativus* al primer tipo de tutor, sin reparar en que introducía así una terminología del todo inadecuada.

4. Que Ulp. 11. 14 dependa de Gai. 1. 154 no es de dudar. No tanto por la presencia allí de *dativi*, que es precisamente el punto en discusión, sino más bien por el *nominatim* que figura en el primer texto y que también encontramos en Gayo, aparte la circunstancia general conocida de que las *Ulpiani Regulae* es una obra sustancialmente basada en las *Institutiones* de Gayo¹⁵.

Considerado Ulp. 11. 14 en sí mismo, la expresión *nominatim* que en él figura es superflua y desorientadora. El texto dice, en síntesis, que se llama *tutores dativi* a los que han sido nominativamente designados en un testamento; y no contrapone a aquéllos la figura de los *tutores optivi*. En Gayo, esa expresión es fundamental, porque señala precisamente la diferencia entre los *tutores dativi* y los *optivi*, en cuanto que los primeros son dados *nominatim* y no los segundos. Entonces, del hecho que en Ulp. 11. 14 no aparezcan estos últimos, resulta que el *nominatim* que ahí figura podría entenderse en el sentido de que hay tutores testamentarios que pueden no darse *nominatim*, lo que es inconcebible; esto es lo mismo que decir que, como todo tutor testamentario necesariamente debe designarse *nominatim*, esta palabra está de más en nuestro texto. Es evidente que ella no es otra cosa que un residuo de Gai. 1. 154, que el postclásico autor de Ulp. 11. 14 recortó, cuando quiso transfor-

¹³Gai. 1. 150, 152.

¹⁴Gai. 1. 150.

¹⁵Vid. supra ib. n. 10.

mar al muy especial *tutor dativus* gayano en el general tutor testamentario.

5. *Dativi* en CI. 5. 30. 5. 2 está interpolado. Esta constitución justiniana establece una incapacidad para ser tutores respecto de los menores de 25 años; pero si reparamos en el pr., observaremos que ella sólo quiso referirse a la tutela legítima: *nemo neque frater neque alius legitimus in tutelam sive ingenui sive liberti vocetur...* Por otro lado, esta ley se encuentra compilada en el título xxx de *legitimis tutelis*, del *Codex*; y, finalmente, resulta definitivo Inst. 1. 25. 13, en su parte pertinente:

Minorem autem viginti et quinque annis olim quidem excusabantur: a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare, adeo ut nec excusatione opus fiat, Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur nec adultus: cum erat incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.

De acuerdo con este texto, la incapacidad de los menores de 25 años, para asumir una tutela, se refería, pues, a una tutela legítima; es evidente que la constitución que Justiniano menciona aquí, como aquella que estableció dicha incapacidad, es la que figura en CI. 5. 30. 5, de lo cual podemos deducir que esa constitución —del año 529— no podía haberse referido a los *tutores dativi* —expresión que, como hemos antes visto, implica a los tutores magistratuales—, puesto que el propio emperador, el año 533, recordándola en Inst. 1. 25. 13, no menciona a estos tutores como incluidos en esa constitución. Verosíblemente, entonces, el año 534, al revisarse el *Codex* del año 529, los compiladores quisieron extender el ámbito de aplicación de nuestra constitución también a la tutela magistratual, y, para hacerlo, no encontraron otra palabra mejor para designar a los tutores de esta especie que *dativi*, la cual fue insertada entre *omnibus* y *legitimi*. No hicieron lo mismo respecto de los testamentarios, porque para ellos continuó vigente el régimen de validez del nombramiento como tutor de un menor de 25 años con suspensión de su eficacia hasta el cumplimiento de esa edad, según lo dice Inst. 1. 14. 2.

Es muy posible que *dativae* esté también interpolado en CI. 1. 3. 51. pr. Debe notarse la frase final del texto: *quibus tutores vel curatores a veteribus legibus dantur*, frase que si bien podría enten-

derse en un sentido general, referida al sistema jurídico que prevé, por así decir, las instituciones del tutor y del curador, cualquiera que fuese la forma como, en concreto, resulten estos designados (por la ley, por el testador, por el magistrado), mejor se refiere a los tutores y curadores legítimos.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta la regulación definitiva establecida por Nov. Iust. 123. 5 (trad.):

Deo autem amabiles episcopos et monachos ex nulla lege tutores aut curatores cuiuscumque personae fieri permittimus. Presbyteris autem et diaconis et subdiaconis iure et lege cognationis . . . ad tutelam et curam vocatis huiusmodi suscipere administrationem permittimus . . .

Esta disposición prohíbe a los obispos y monjes llegar a ser tutores *ex nulla lege*, con lo cual, reiterándose el sentido de CI. 1. 3. 51. pr., aunque con diferente técnica, esa expresión parece referirse nada más que a las tutelas *ex lege*, es decir, a las legítimas. En la segunda parte del texto modifícase lo señalado en CI. 1. 3. 51. pr., pues a los presbíteros, diáconos, subdiáconos se les permite asumir la administración de las tutelas para las que resulten llamados *iure et lege cognationis*, es decir, para las legítimas.

El régimen que se desprende de Nov. Iust. 123. 5 se explica perfectamente si pensamos que CI. 1. 3. 51. pr., se refería originalmente sólo a la tutela legítima, pues entonces, en la Novela, Justiniano aparece reafirmando (ahora bajo la forma de prohibición) la extensión para obispos y monjes, y modificando aquella respecto de los presbíteros, diáconos y subdiáconos. Antes había concedido inmunidad para la tutela legítima respecto de todos; ahora, prohíbe asumir esa tutela a los primeros y lo permite a los segundos.

Que, sin embargo, en la Novela no se haya tomado en cuenta a las tutelas testamentaria y dativa, es señal que en la política justiniana sobre la materia el punto de gravedad estaba precisamente en la legítima: cuando se trataba de conceder inmunidades o de establecer prohibiciones para asumir tutelas, respecto de los eclesiásticos, Justiniano piensa en la tutela legítima (como ya hemos visto que sucede en relación con los menores de 25 años). Esto parece demostrar que la expresión *dativae* (y también *testamentariae*¹⁶) que figura en CI. 1. 3. 51. pr., debió de ser un añadido, de aquellos que quiebran un pensamiento general y usual, una línea continua, refe-

¹⁶En CI. 35. 2. 3, la expresión *testamentarius* (referida al tutor) está interpolada: ella no figura en la versión de CTh. 3. 17. 4. 3.

rida sólo a la tutela legítima, que auna ese texto con Nov. Iust. 123. 5.

6. La terminología justiniana relativa a la tutela magistratual distinguía entre tutores *per inquisitionem dati* y *simpliciter dati*, especialmente consagrada en CI. 5. 59. 5. pr. (Iust., a. 531):

...quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimos et simpliciter datos iubemus eo, quod fideiussionis onere praegravantur et subsidiariae actionis adminiculum speratur.

Tutores *simpliciter dati* son aquellos designados por los magistrados municipales con obligación de rendir la *satisfactio rem pupilli salvam fore*, como inequívocamente se deduce de la parte final que, a su respecto, hace referencia a la *actio subsidiaria*: ésta sólo procedía en contra de dichos magistrados cuando habían omitido exigir la caución o había ella resultado insuficiente¹⁷; por el contrario, tutores *per inquisitionem dati* eran, para Justiniano, aquellos designados por los magistrados no-municipales, sin obligación de otorgar dicha caución¹⁸.

De acuerdo con lo anterior, nos ha parecido que es posible sostener la hipótesis explicativa del uso justiniano de *dativus-dativa*, como términos equivalente a tutor-tutela magistratuales, de que se trata, con ese uso, de un intento de superación de la dicotomía entre tutores *per inquisitionem dati* y *simpliciter dati*, creada dentro del género "tutela magistratual", de modo que esas palabras habrían servido precisamente para designar unitariamente a ambas especies.

Justiniano, naturalmente, tuvo que haber conocido la acepción gayana de *dativus*; pero, consecuente con su política de eliminar todo vestigio de la *tutela mulieris*, no podía recoger de él esa palabra con tal acepción, que venía vinculada precisamente a aquella tutela. Si es que Justiniano llegó a conocer el sentido amplio de *dativus*, que aparece en Ulp. 11. 14, sinónimo de tutor testamentario sin más, tampoco podía aceptarlo porque él había conservado la terminología clásica sobre la materia: *tutor testamento datus*. Lo cierto es que usó esa palabra en el sentido de magistratual. ¿Por qué?

¹⁷Vid. D. 27. 8.; CI. 5. 75.

¹⁸Para la distinción aludida: vid. GUZMÁN, *Caución tutelar en Derecho romano* (Pamplona 1974), p. 123 ss.

7. Pareciera que la clave de nuestro problema se encuentra en D. 46. 6. 7: *dativus vel testamentarius tutor*.

Resulta claro que el *dativus* que figura en ese texto no fue escrito por Modestino, según lo expresado antes¹⁹; entonces, no restan sino que dos posibilidades, a saber: que esa palabra se hubiese filtrado en el texto durante la época postclásica²⁰, o que hubiese sido interpolada por Justiniano. En el primer caso, nosotros creemos que *dativus* debió de tener la acepción de tutor testamentario, que en la época postclásica había fijado Ulp. 11. 14: *testamento tutores dati . . . , qui dativi appellantur*, aunque D. 46. 6. 7 no habla de tutor *testamento datus* sino que de *tutor testamentarius*. En Modestino, esta última expresión no equivalía exactamente a la primera, sino que, de acuerdo con el contenido que a *testamentarius* había dado su maestro Ulpiano, ella comprendía dos clases de tutores: los propiamente *testamento dati* y los *simpliciter confirmati*²¹, es decir, los designados regularmente en el testamento paterno y los designados irregularmente por él mismo y luego confirmados automáticamente por el magistrado²²; pero este sentido de *testamentarius* seguramente se había perdido en la época postclásica, de modo que el término venía a equivaler a tutor dado en testamento, sin más, de lo que resultaba que esa palabra implicaba lo mismo que *dativus* en el sentido de Ulp. 11. 14.

La posibilidad de que Justiniano haya interpolado nuestra expresión en D. 46. 6. 7 podría parecer extraña: aparentemente, no se explicaría que este fuese el único lugar del Digesto en que asumió tal actitud, y podría echarse de menos un uso (por medio de otras interpolaciones) más difundido a través de toda la obra. Pero un examen más atento de las oportunidades de interpolación apartan esta apariencia.

Aunque D. 46. 6. 7., al ser escrito por Modestino, se refería a la descripción del momento genético de la cesión de la gerencia tutelar por parte de un tutor a otro, a cambio de una *satisdatio rem pupilli salvam fore*, para los efectos de determinar el grado de responsabilidad del cesionario²³, Justiniano aprovechó este texto para la institución creada por él de la *provocatio ad satisfactionem*²⁴,

¹⁹Vid. supra ib. 3.

²⁰Al parecer, el *Liber Regularum*, de Modestino, del cual fue extractado D. 46. 6. 7, sufrió reelaboración postclásica: vid. SCHULZ, *Storia* (I n. 11), p. 326.

²¹Vid. GUZMÁN (ib. n. 18), p. 65 ss.

²²D. 26. 3. 1. 2.

²³Vid. GUZMÁN (ib. n. 18), p. 281 ss.

²⁴Sobre el origen justiniano de la *provocatio ad satisfactionem*: vid. GUZMÁN (ib. n. 18), p. 175 ss., 291 ss.

como se demuestra por su uso en Inst. I. 24. 1. La *provocatio ad satisfactionem* era especialmente aplicable a los *tutores testamentarii*²⁵ y a los *tutores ex inquisitione dati*²⁶, porque, ni los primeros, ni, según Justiniano, los segundos, tenían obligación de dar caución: así, la *provocatio*, como modo de señalar al administrador, habiendo pluralidad de tutores, servía para que, al menos en ese caso, tuviesen que otorgar dicha caución. Los tutores *sine inquisitione dati* tenían, en cambio, la obligación de otorgar la *satisfactio* en todo caso²⁷, de manera que, en principio, un régimen como la *provocatio* resultaba superfluo. Sin embargo, en el texto interpolado de D. 26. 4. 5. 2-3, Justiniano les hace aplicable también la *provocatio* (suponiendo una serie de situaciones en que la caución inicialmente no les había sido pedida, es decir, como remedio al defecto original de aquella):

2. *In legitimis et in his qui a magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit . . .* 3. *An ergo et provocare se invicem* (se refiere, aparte los legítimos, a los dados por magistrados municipales, es decir, a los *sine inquisitione* o *simpliciter dati*) *secundum superiorem clausulam* (sc. *de provocatione*) *possint? et magis est, ut . . . posse dici etiam in his, quo casu cautum non est, admittendam provocationem*. En seguida se presenta D. 46. 6. 7, que, como hemos recordado, para Justiniano alude a la *provocatio ad satisfactionem*: en él, dicha institución aparece desde luego referida al *tutor testamentarius*, lo que se conformaba al pensamiento justinianeo; pero también resultaba necesario referirla a los *ex inquisitione dati* y a los *sine inquisitione* o *simpliciter dati* (es decir, a todos los magistratuales), a los que separadamente se había referido en D. 26. 2. 19. 1 y 26. 4. 5. 3; nosotros creemos, pues, que *dativus* cumple en ese texto dicha función, o sea, la de servir de término comprensivo de ambas categorías de tutores. Si Justiniano la encontró ya filtrada en el texto, le cambió su sentido; y si la interpoló, lo hizo entendiéndola en el sentido que hemos indicado²⁸.

Que, no obstante, no encontremos utilizada nuestra palabra en otros lugares del Digesto, creemos que puede explicarse por la circunstancia de que el uso genérico de *dativus* está determinado por el uso de las especies que envuelve. En Justiniano, la dicotomía *tutor ex inquisitione datus-tutor sine inquisitione* o *simpliciter datus* tiene importancia en relación con un efecto bien específico, a saber:

²⁵D. 26. 2. 17; 26. 2. 19. 1.

²⁶D. 26. 2. 19. 1.

²⁷Cl. 5. 59. 5. pr.

²⁸Podría echarse de menos, en D. 46. 6. 7, a los tutores legítimos, a quienes también Justiniano hizo aplicable la *provocatio* en D. 26. 4. 5. 3. No sabríamos cómo explicar este defecto.

si existe o no obligación de dar caución tutelar; se trata por tanto, de categorías específicas y bien determinadas, de modo que también la categoría del *tutor dativus* conservaba dicha característica: en efecto, Justiniano la usa en D. 46. 6. 7 a propósito de un problema de caución, respecto del cual no era procedente establecer la distinción, porque ahí la *provocatio* resulta aplicable a ambas especies. Podemos, pues, afirmar que, en este ámbito, no hay otra "oportunidad" para usar el término *dativus*.

Sin embargo, en CI. 1. 3. 51. pr., y en 5. 30. 5. 2., *dativi* y *dativae* aparecen utilizados no a propósito de la caución, sino como expresivos de una categoría general: tutores dados por los magistrados, de cualquier especie que estos fuesen. Se diría que el año 534 esos términos han madurado definitivamente; maduración que no resulta extraña, porque si bien las categorías *ex inquisitione-sine inquisitione* fueron concebidas para el solo efecto de la caución, sustantivamente significan: tutores dados por los magistrados no-municipales y tutores dados por los magistrados municipales, respectivamente. El momento que se aprovechó para introducirlas en dicho nuevo sentido general, es decir, el de la revisión de una obra ya confeccionada (el *codex* del 529) impidió un mayor aprovechamiento de las posibilidades de esos términos.