



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho.

LA TUTELA DE LOS IMPÚBERES EN ROMA

Presentado por:

Luis Álvarez-Touchard Almodóvar

Tutor:

Dr. Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 16 de Julio de 2021

RESUMEN	4
PALABRAS CLAVE	5
1.INTRODUCCION	6
2.ORIGEN Y EVOLUCION DE LA TUTELA.	8
3.TUTELA DE LOS IMPUBERES EN ROMA	13
3.1 Concepto	13
3.2 Personas Sujetas a tutela	16
3.3 Clases de Tutela	17
<i>3.3.1 Introducción: Delación y Constitución de la Tutela Romana.</i>	17
<i>3.3.2 Tutela testamentaria</i>	18
<i>3.3.3 Tutela Legítima</i>	21
<i>3.3.4 Tutela Dativa</i>	23
3.4 Incapacidades y excusas	25
<i>3.4.1 Requisitos de capacidad</i>	25
<i>3.4.2 Abdicatio Tutelae</i>	26
<i>3.4.3 In iure cesio tutelae</i>	27
<i>3.4.4 Potioris nominatio</i>	28
3.5 Régimen Jurídico	30
<i>3.5.1 Contenido personal</i>	31
<i>3.5.2 Auctoritas Interpositio</i>	31
<i>3.5.3 Negotiorum Gestio</i>	33
<i>3.5.4 Limites al ejercicio de la tutela</i>	33
<i>3.5.5 Tutela de los infans</i>	35
3.6 Responsabilidad del tutor	36
<i>3.6.1 Actio Suspecti Tutoris</i>	36
<i>3.6.2 Actio Rationibus Distrabendis</i>	38
<i>3.6.3 Actio Tutelae</i>	39
<i>3.6.4 Actio Tutelae Contraria y Protutela.</i>	40
3.7 Extinción de la tutela.	41
4. La Tutela en el derecho actual	43
4.1 Concepto y función de la tutela.	43
4.2 Delación y constitución	45

4.3 Ejercicio de la tutela	47
4.3.1 <i>Garantías previas</i>	47
4.3.2 <i>Contenido personal</i>	47
4.3.3 <i>Contenido patrimonial</i>	48
4.3.4 <i>Limites y responsabilidad</i>	49
4.4 Extincion y rendición de cuentas.	50
5. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA REGULACIÓN DE LA TUTELA EN ROMA Y EL DERECHO ACTUAL	52
6. Conclusiones	56
7. Abreviaturas frecuentemente utilizadas	60
8. Índice de Fuentes.	61
9 Bibliografía.	66

RESUMEN

La figura de la tutela ha estado presente a lo largo de la historia en todas las sociedades, debido a que, por necesidad, se ha tenido que dar solución al problema que plantea la incapacidad de algunos sujetos, ya fuese ejercida como un poder sobre el tutelado o como un deber ejercido en favor del pupilo. Como analizaremos en este estudio, la tutela, ha evolucionado a lo largo del tiempo, comenzando en la época romana como una extensión del poder del pater familias y finalizando en el derecho vigente como una tutela de autoridad, siendo una institución de derecho de familia que garantiza las garantías propias de las instituciones actuales.

ABSTRACT

The figure of the guardianship has been present throughout history in all societies, because, by necessity, a solution had to be given to the problem posed by the incapacity of some subjects, whether exercised as a power over the ward or as a duty exercised in favor of the ward. As we will analyze in this study, the guardianship, has developed over time, It began in Roman times as a extension of the power of the pater familias and ending in the current law as a guardianship of authority, being a family law institution that guarantees the guarantees of current institutions.

PALABRAS CLAVE

Tutela, alieni iuris, pupilo, impúber, officium, pater familias, patria potestas, tutor, actio, derecho romano.

KEYWORDS

Guardianship, alieni iuris, impúber, officium, pater familias, custody, guardian, actio, roman law.

1.INTRODUCCION

La tutela es una institución que surge a raíz de la necesidad de suplir las incapacidades de los sujetos, variando estas incapacidades a lo largo de la historia, todo ello motivado por la realidad social del momento y el sistema jurídico de cada pueblo. Así unas situaciones que pueden ser encontradas como merecedoras de una protección especial, pueden en un momento posterior carecer de tal causa ya por haber desaparecido o por no ser considerada digna de dicha protección.

Si bien el origen de la tutela es incierto, sabemos que la tutela no surge en los tiempos más arcaicos, esto se debe a que a la muerte del *paterfamilias* las personas sujetas a su potestad eran protegidas por uno nuevo, resultando pues la tutela innecesaria para la época, si bien a medida que la unidad familiar de la antigua Roma se desvanece y se rompe al fallecer el *paterfamilias*, los impúberes y las mujeres, los cuales eran incapaces de actuar en la vida jurídica en Roma, empiezan a requerir un cuidado especial que consiga suplir dicha falta de capacidad. Ésta realidad social nueva es la que da lugar al nacimiento de la institución tutelar, sin ser sabida fecha exacta de su surgimiento, siendo su evolución a lo largo de la extensa historia romana, desde una extensión del poder del *paterfamilias* sobre el pupilo, hasta un deber ejercido en favor del pupilo, si bien es controvertida la interpretación de las fuentes y en muchos casos sospechosas de interpolación como veremos en este estudio por lo que siempre hay nuevos acercamientos y nuevas ideas sobre lo que pudo y lo que realmente fue la institución tutelar en Roma.

Partiremos del estudio de la figura del *paterfamilias*, y veremos cómo evoluciona la tutela desde un poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio rozando casi un carácter egoísta, hasta un deber u oficio, en favor del pupilo. Una vez analizados estos temas, pasaremos al estudio de las diferentes clases de tutela que se dieron en el tiempo, con el origen de la tutela testamentaria, hasta la actual tutela de autoridad, así como un estudio de los sujetos que pudieron ejercer la tutela y los diferentes requisitos necesarios dentro de la institución, así como las excusas para no ejercerla.

A continuación estudiaremos su régimen jurídico desde los medios que tiene para ejercer la tutela el tutor, hasta los medios que tiene el pupilo para poder dirigirse contra éste en los casos en los que haya habido un menoscabo en su patrimonio o una mala actuación del tutor en cuyo origen fueron insuficientes pero a lo largo de la historia se convirtieron en suficientes para ofrecer una protección digna al pupilo incluyendo también en estos las

acciones que pudo ejercitar el tutor para resarcirse de los gastos que pudo el haber tenido por consecuencia de la tutela.

Siguiendo el hilo conductor lógico que comenzamos con el análisis histórico, se tratará la tutela en lo relativo a su actual regulación, cerrando el estudio, con las conclusiones extraídas de este presente estudio.

2.ORIGEN Y EVOLUCION DE LA TUTELA.

Desde los comienzos de la sociedad romana se vieron necesarias una serie de instituciones con el fin de suplir la falta de capacidad de algunas personas, así pues, surge con este fin la institución de la tutela para suplir la capacidad de los menores impúberes y las mujeres y la cura para suplir la capacidad de diferentes sujetos debido a sus circunstancias.

Para empezar el estudio de la tutela, debemos hacer un breve estudio de la familia romana y en particular de la figura del *paterfamilias*, la familia romana en sus orígenes esta constituida por un grupo sometido y dirigido por el *paterfamilias*, podemos distinguir dos tipos de familia, la *familia agnaticia proprio iure* y la *familia agnaticia communni iure*, la primera hace referencia a la agrupación de personas que está bajo una misma autoridad¹, debemos entender esta potestad del *paterfamilias* como unas potestades en orden de defensa y de dirección tanto política como religiosa asemejándose más a las funciones de un gobierno en la actualidad. La familia en la sociedad romana se caracteriza pues por el sometimiento de sus miembros a la figura del *paterfamilias*, para formar parte de dicho grupo y siguiendo la concepción dada por Bonfante² sería por nacimiento o por sometimiento a la potestad del *paterfamilias*, dando lugar esto a dos tipos de sujetos, los sujetos *sui iuris* y los sujetos *alieni iuris*, en la familia romana, el único sujeto *sui iuris* sería el *paterfamilias*³ mientras que el resto de miembros serían los *alieni iuris* por estar sometidos a aquél, de esta diferenciación surge el instituto tutelar, pues si bien un sujeto *alieni iuris* no podría estar sujeto a tutela, por estar ya sometido a la potestas del *paterfamilias*, un sujeto *sui iuris* impúber si lo estaría.

Sería a la muerte del *paterfamilias*, donde entraría en juego la diferenciación entre *alieni iuris* impúber y púber, ya que, a la muerte de aquél, los *alieni iuris* púber podrían formar su propia familia o anexionándose a otra teniendo en común con el resto de *alieni iuris* que formaban la familia anterior, un linaje o estirpe dando así lugar a la *familia agnaticia communi iure*, mientras que los *alieni iuris* impúber pasarían a estar sometidos a la tutela nombrada en un primer momento por el *paterfamilias* en testamento.

¹ D.50,16,162,2 “Por derecho propio llamamos familia a las personas que están bajo la potestad de uno, sujetas por naturaleza o por derecho”.

² BONFANTE P. “Corso di diritto romano, Diritto di famiglia, vol. I”. Milán, 1963, p. 7.

³ La condición de *sui iuris* no viene dada por el hecho de tener descendencia, si no del hecho de no estar sometido al poder de otro. Véase en ULPIANO, D.50,16,195,2.

Así se puede ver en la definición dada por las fuentes⁴ en las que se utilizan los mismos términos que para los poderes del paterfamilias, por lo que se puede entender que la tutela fue creada en base a los poderes del paterfamilias pero sin identificarse ya que la potestas del paterfamilias no se extingue cuando el impúber alcanza la edad de 14 años⁵ convirtiéndose en púber a diferencia de la tutela, sino que perdura hasta la muerte del paterfamilias o a través de la *emancipatio*, aparte de ciertos poderes como el *ius vitae necisque* o el *ius vendendi* los cuales no se incluyen en los poderes que ostenta el tutor.

Esta relación entre patria potestas y tutela es sostenida por un amplio sector de la doctrina⁶, que la tutela es una conversión de la patria potestad que ejercía el paterfamilias una vez muerto, en un poder ejercitado sobre los impúberes por un sujeto. Es también apreciable esta relación sobre todo en la tutela clásica a la consideración que se tiene de ésta como un poder perteneciente al tutor más que un deber con función protectora sobre el tutelado. Esta consideración primitiva de la tutela surge por la incapacidad de obrar del impúber, siendo la función del tutor suplir dicha capacidad en las relaciones jurídicas de las que el incapaz era, o podría ser titular y no en la idea de proteger al impúber.⁷

También se pueden establecer conexiones entre la tutela y la *hereditas*⁸, dada la relación que tienen. Así pues, en la herencia podían quedar identificados heredero y tutor por separado o simplemente nombrar un *heres*, el *heres* asume un conjunto de derechos, entre los cuales se encuentra el ejercicio de la potestas sobre las personas del grupo doméstico. Por lo cual una de las funciones de la tutela, estaría integrada dentro de la figura del *heres*. Así pues,

⁴ D,26,1,1 “*Tutela est vis ac potestas in capite libero (...)*” “La Tutela es la potestad sobre un hombre libre (...)”

⁵ En lo relativo a la edad en Roma se distinguía entre, los *impuberes* y los *púberes* dentro de los *impuberes* se distinguía entre los *infans fari non possit* y los *infantia maior*, y dentro de los *púberes* entre los *minores* de 25 años y los *maiores* de 25 años, teniendo los mayores de 14 años y menores de 25 una institución de guarda diferente siendo esta la cura. OBARRIO MORENO J.A “La edad pupilar y la tradición romanística” en Revista general de Derecho Romano 15 (2010). Disponible en:

https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409762.

⁶ SOLAZZI S. “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ ipotesi del Bonfante” en “*Scritti di Diritto Romano*”, Tomo III, Nápoles, 1960 p.220; y IGLESIAS SANTOS J., “Derecho romano”, Madrid, 1999, p. 358 entre otros.

⁷ SANZ MARTÍN L. “La tutela del código civil y su antecedente histórico la tutela romana”, Madrid, 1998 pp.14-15.

⁸ BONFANTE P. *op.cit.*, p.568.

sería tutor de los impúberes en un primer momento aquel a quien el pater familias hubiese designado en testamento como ya habíamos señalado, en este mismo sentido en el caso de que el *paterfamilias* muriese sin dejar un heredero de acuerdo con la regla decenviral: “*Si intestato moritur cui sus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*”. Por lo que, en aplicación de este precepto, en el caso de que el paterfamilias no designase heredero en testamento, serán tutores los agnados y en defecto de éstos los gentiles. Si bien esta es la opinión mayoritaria, en la Ley de las XII Tablas, se recoge un precepto según el cual: *uti legassit super pecunia tutelave*, dicho principio establece que el paterfamilias podía designar en testamento a una persona diferente del heredero para ejercer la tutela sobre sus hijos como señalábamos antes. Si bien se ha de añadir que esto no implica que, a falta de designación de un tutor en el testamento, no se pueda considerar al *heres* tutor. Podemos concluir así que en un primer momento la tutela sería una prolongación de la potestas del paterfamilias difunto.⁹

Esta situación evoluciona a lo largo de la historia de la sociedad romana, ya que en la República cambia la idea de la tutela como un poder o derecho a favor del tutor, transformándose en un deber (*officium*) y una carga impuesta en interés público (*munus publicium*)¹⁰ como estudiaremos a fondo más adelante, sometiéndose a una inspección pública de contenido tanto patrimonial como extrapatrimonial.¹¹

Respecto a la función de protección, encontramos en las fuentes su inexistencia al menos en una primera época, siendo así una institución de carácter egoísta. Ya que el tutor defendía sus intereses propios en el sentido de que en el caso de morir el tutelado él sería el posible heredero del patrimonio, por lo que sería función del tutor conservar los bienes del propio pupilo en un primer momento, pero eventualmente también por interés propio ya que sería llamado como heredero a la muerte del tutelado. Podemos encontrar una

⁹ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.16.

¹⁰ ZANNINI P. V. “Tutela” en “Enciclopedia del Diritto” Tomo XLV, pp. 307

¹¹ SOLAZZI S., STOLFI F., PILOTTI M., V. “Tutela e Curatela” en “Nuovo Digesto Italiano” Tomo XVIII, p. 578.

manifestación de este carácter egoísta en Gai, 1,192.¹² Si bien esta se refiere a la tutela sobre las mujeres se puede extrapolar a la tutela sobre los impúberes.

En términos generales, el tutor se ocupa de la fortuna del tutelado, en cambio, no se ocupa de su guarda ni de su educación, si observamos las fuentes¹³ podríamos pensar que el tutor realmente se ocupase de dichas funciones, sin embargo es doctrina mayoritaria considerar que realmente es un deber de control sobre la educación del *pupillus*, en el sentido de que el tutor debía hacerse cargo del aspecto económico de la educación como los posibles gastos, pero no de la educación en sí misma, compartiendo esta idea tanto Bonfante¹⁴ como Iglesias¹⁵, proveyendo el tutor de las asignaciones necesarias para tales efectos.

La función educadora pues recaía de acuerdo con las fuentes¹⁶ en personas que estuvieran unidas al pupilo, siendo normalmente la madre quien se encargue de la educación del pupilo. Al igual que la educación, el tutor tampoco asume la representación del *pupillum* en un sentido estricto, ya que no sustituye la personalidad del pupilo ni realiza actos en nombre del mismo, en cambio el tutor integra la voluntad del pupilo a través de la *auctoritas interpositio*, en los actos que afectan al patrimonio del tutelado o realiza las operaciones patrimoniales que el pupilo no puede realizar por ser *infans* o no estar disponible en los actos los que se le requiere con urgencia¹⁷.

En vista de esta función la tutela en derecho romano difiere enormemente de la tutela en el derecho vigente, ya que el poder del tutor en derecho romano esta ordenado alrededor

¹² Gai. 1,192: *Eaque Omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinet, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

¹³ D.26, 7, 12,3: *“tutor non rebus dumtaxat sed etiam moribus praeponitur”*. El tutor esta al cuidado, no solo del patrimonio sino también la vida del pupilo.

¹⁴ BONFANTE P. op. cit. p. 600.

¹⁵ IGLESIAS J. op. cit. p. 361.

¹⁶ C.5,49, 1: *Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est.* A nadie mejor que a la madre, se ha de encomendar la educación de sus hijos(..)

¹⁷ ZANNINI P. v. “Tutela” en “Enciclopedia del diritto” Tomo XLV, p 308. SOLAZZI S., STOLFI F., PILOTTI M., v. “Tutela e Curatela” en “Nuovo Digesto Italiano” Tomo XVIII. p 578. Y SOLAZZI S., v. “Tutela” en “Novissimo Digesto Italiano” Tomo XIX. p. 915.

del patrimonio del pupilo, mientras que quedan fuera del instituto las funciones esenciales de la tutela en el derecho actual, siendo estas el cuidado, la educación y la representación.

3.TUTELA DE LOS IMPUBERES EN ROMA

3.1 Concepto

Una vez analizado el origen histórico del instituto tutelar, debemos precisar el concepto de tutela en el derecho romano, la cual no está libre de dificultades, ya que si en la actualidad todas las normas que regulan el régimen de la tutela las podemos encontrar en el código civil, en el caso de la tutela romana, nos encontramos fuentes que pudieron ser modificadas por los compiladores, o bien, llegando a nosotros de forma directa mediante la propia fuente en sí pero presentando grandes lagunas. Esto da lugar a que dependiendo de los autores se pueda interpretar de manera diferente el mismo instituto.

Al principio del trabajo, hacíamos referencia al régimen de la *hereditas* y de la familia, debido a que debemos encuadrar dentro de estas instituciones a la tutela, ya que por su intrínseca relación sin ellas no podría existir. Además, debemos advertir que, si bien la tutela en el derecho actual es aplicada a los sujetos por igual, en el derecho romano se pueden distinguir dos institutos tutelares, la tutela *impuberum*, la cual es objeto de estudio en este trabajo, y que se aplica a todos los sujetos impúberes sin tener en consideración su sexo y la tutela *mulierum* la cual se aplicaba a las mujeres púberes *sui iuris*.

Como mencionábamos antes, la tutela es la institución de protección dirigida al patrimonio de las personas, las cuales una vez fallecido el paterfamilias, y por ello no estando bajo patria potestas de éste, no pueden defenderse por sí mismas. Este instituto es encuadrado dentro de las potestades familiares¹⁸, debido a una definición ya mencionada dada por Sulpicio Rufo, que dice así: “*Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa*”¹⁹. La tutela es un poder sobre persona libre que otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo”.

Si bien del tenor de esta definición podemos encontrar, los problemas que mencionábamos antes, ya que a finales de la República época en la que escribe el jurista, estaba vigente aun la tutela *mulierum*, y esto se traduce en que no haya una opinión unánime entorno a la definición dada por el jurista ya que única y exclusivamente trata en la definición

¹⁸ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.27.

¹⁹ D,26,1,1.

la tutela *impuberum*. Así Bonfante²⁰ señala que el escrito en el digesto debe de estar interpolado, debido a que, si el escrito fuese genuino, ilustraría un instituto en vías de transformación que discreparía de la naturaleza de la familia romana en aquel momento. Lo mismo ocurre con la función tuitiva que se incluye al final del texto, pues si bien en la época clásica la tutela asume esta función, en un primer momento, en el momento en el cual el jurista escribe, la tutela no tenía dicha función.²¹

Haciendo un análisis de la definición dada por Sulpicio podemos decir:

1. Que la tutela se presenta como una potestad familiar, la cual se califica con los mismos términos que la potestas del *paterfamilias*²², esta potestas va acompañada en un primer momento, de la facultad de disponer de los bienes que le pertenecerían al pupilo en el caso de ser impúber, si bien esta disponibilidad no es ilimitada, ya que, a diferencia del *paterfamilias*, en el caso del tutor el pupilo recobraría la propiedad una vez alcance la pubertad.
2. De acuerdo con Solazzi²³ la patria potestas y la tutela tienen una estrecha relación, considerando que la tutela es una prolongación del poder del *paterfamilias*. Siendo la patria potestas *un vis ac potestas in capite libero*, éste poder se entiende a favor del padre, lo mismo ocurre en la tutela en su momento más arcaico, en la cual se considera un poder a favor del tutor sobre la persona del pupilo, y no como un deber a favor del impúber.²⁴
3. En cuanto a la función protectora recogida en la segunda parte de la definición, el instituto tutelar se incluye en la esfera del *ius publicum*. Se empieza a considerar la tutela como un *officium*, con carga impuesta en interés público (*munus publicum*), siendo la tutela un cargo privado casi exclusivamente de carácter patrimonial. Pero debemos recordar que esta transformación del instituto se produjo en la época clásica y que se añada esto a la definición es probable que sea debido a que ha sido interpolado.²⁵

²⁰ BONFANTE P. op. cit. p553.

²¹ ARANGIO RUIZ V., “Instituzioni di Diritto romano”, Napoles 1978, p. 495. También SANZ MARTÍN L. op.cit. p28.

²² VARELA E. “De contutoribus”, Madrid, 1979, pp. 16 y 17.

²³ SOLAZZI S. “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ ipotesi del Bonfante” en “Scritti III” op. cit. p 219.

²⁴ IGLESIAS J. op.cit. pp357-358.

²⁵ BONFANTE P. op.cit. p 553. Y ARANGIO-RUIZ V. op.cit. pp. 495 y 496.

Una forma de entender el concepto de la tutela es estudiando sus semejanzas y diferencias con el instituto que más se le acerca, la curatela. La tutela y la cura tienen puntos de encuentro, siendo dos instituciones protectoras que se imponen sobre personas que por diferentes razones carecen de la capacidad necesaria para ejercer negocios jurídicos por sí solos salvo excepciones, si bien sus diferencias van mucho más allá siendo claramente diferenciadas la una de la otra en el derecho romano.

Podemos comenzar diciendo que el origen de la tutela y de la curatela son diferentes, siendo el de la tutela el más antiguo como ya hemos visto, y el de la curatela el más nuevo, con un carácter proteccionista desde un principio, pues se dirige a la protección de colectivos necesitados de esta protección como los *furiosi* o los *prodigbi*, mientras que la tutela surge como un derecho del tutor no como un deber, la tutela es de carácter involutivo a lo largo del derecho romano mientras que la curatela tiene carácter evolutivo, como nos ilustra Bonfante²⁶, ya que disminuyen los sujetos a los que se aplica la tutela, mientras que se crean nuevas clases de curatela como la de los *minores viginti quinque annis*, la mayor diferencia entre una y otra viene dada por su función primaria, siendo la de la tutela la *auctoritas* integrando la voluntad del pupilo al negocio jurídico a través de la interposición de su autoridad dándole validez, mientras que la curatela surge como un administrador del patrimonio.

Para concluir este apartado y a modo de síntesis, podemos decir que originariamente la tutela de los impúberes es una institución de protección del patrimonio pupilar, que se ofrece por la incapacidad del menor a la muerte del *pater familias* por razón de la edad, que se diferencia de la patria potestad ya que la capacidad jurídica del menor no es absorbida por la tutela como en el caso de la *patria potestas*, siendo instaurada la tutela a través de la *hereditas* ya sea nombrando un heres, o nombrando en específico un tutor, teniendo un carácter egoísta, debiendo ser entendida como un derecho a favor del tutor, ya que podría heredar el patrimonio pupilar, más que un deber, y solo posteriormente ya en la República, pasará a ser considerado un deber pasando a un segundo plano ese interés del tutor en el patrimonio pupilar.

²⁶ BONFANTE P. op.cit pp 551-557.

3.2 Personas Sujetas a tutela

La tutela es el poder que se ejercita sobre una persona que, si bien es *sui iuris*, carece de las capacidades necesarias para administrar de forma correcta su propio patrimonio. Cuando se da esta ausencia de capacidad, puede venir dada por diferentes motivos, como la edad o el sexo.²⁷

Como hemos venido señalando, la situación de incapacidad tiene su origen en la tutela romana, generalmente tras la muerte del paterfamilias, provocando la conversión de todos los *alieni iuris* a su cargo en *sui iuris*, adquiriendo de esta manera capacidad jurídica para administrar su patrimonio. No obstante, como también hemos señalado, estos *alieni iuris* pueden ser hombres o mujeres impúberes o mujeres púber.

Hemos de señalar referido a la edad, las diferentes situaciones que nos podemos encontrar:²⁸

1. Los infantes que abarcan desde los infantes *qui fari non possunt*, aquellos que no pueden hablar con sentido, hasta los menores de 7 años, los sujetos que se encuentran en esta situación no se les reconoce capacidad alguna, tanto en el ámbito civil como el penal. En esta situación el tutor actúa mediante una administración total e independiente sobre el patrimonio.
2. Los *infantia maior*, que es el régimen jurídico general del instituto de la tutela en derecho romano, que engloba desde los siete años hasta los 14 años para los varones y los 12 para las mujeres, edad a la que pasarían a ser considerados púberes, a esta edad se tiene responsabilidad penal y pueden actuar en el tráfico jurídico junto al tutor. En este caso el tutor actuará a través de la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio* en los casos que proceda.
3. Los *minores viginti quinque annis*, son los varones que, una vez extinguida la tutela desde la pubertad hasta los veinticinco años, a cuya edad se consideraran mayores de edad. Durante este periodo los *minores* son protegidos por una cura, establecida por la *lex Plaetoria o Laetoria*, para protegerlos de posibles engaños debido a su inexperiencia en el tráfico jurídico.

²⁷ SANZ MARTÍN L. op.cit. pp. 69-70.

²⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN A. “Derecho Privado Romano”, Madrid, 2008 pp. 185-186.

3.3 Clases de Tutela

3.3.1 Introducción: Delación y Constitución de la Tutela Romana.

Antes de analizar las diferentes clases de la tutela romana, debemos detenernos primero en el deber de promoción de la tutela romana, si bien este deber de promoción es inexistente tanto en la tutela testamentaria, como en la tutela legítima. Ya que como ya hemos adelantado anteriormente el *heres* era el encargado del cuidado familiar, por lo que la tutela se constituía automáticamente a la muerte del paterfamilias, ya que para la constitución de la tutela romana era requisito *sine quoniam*, no pudiéndose retirar al paterfamilias su patria potestas.²⁹

Sin embargo, en la tutela dativa sí que podemos encontrar este deber de promoción, ya que la petición de protección por un tutor era solicitada por el pupilo, si bien esto cambió a partir de una constitución de Septimo Severo³⁰, según la cual se impuso la obligación de solicitar la tutela a la madre y a los libertos del padre.

Las diferentes clases de tutela romana se pueden diferenciar en la manera de designar al tutor, siempre con el prerrequisito de la muerte del paterfamilias.

Podemos decir que a lo largo del tiempo hubo un gran número de “*species tutelarum*”, por lo que los juristas antiguos tuvieron dificultades a la hora de ponerse de acuerdo en su cantidad y clasificación o incluso utilizando la misma terminología para diferentes conceptos.³¹

En cuanto a los términos, podemos decir que si bien la tutela legítima es aquella que surge en defecto de tutor testamentario, el tutor *legítimi*, era tanto el tutor legítimo como el testamentario como los nombrados por un magistrado cuando son nombrados de acuerdo a la ley, como se entiende de los textos de Ulpiano 11,2³² y 11,3,³³ o el tutor *dativi*, que era la

²⁹ SANZ MARTÍN L op. cit. p.74.

³⁰ D.26, 6,2 ,1 : “*Si minores non habeant qui ex legibus curam eorum agant, si quidem tutorum indigeant propter aetatem, tutores ut iis constituentur petere possunt.*” Si los menores no tienen quien cuide de sus bienes y necesitan de un tutor por razón de su edad pueden solicitar uno.

³¹ Gai. 1,188.

³² ULP. 11,2 “*Tutores aut legítimi sunt aut senatusconsultis constituti aut moribus introducti*” Los tutores son o legítimos, o instituidos por senadoconsultos o establecidos por costumbres.

³³ ULP. 11,3 “*Legítimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt.*” Tutores legítimos son los que son dados en base a la ley.

denominación en Derecho Justiniano para los tutores nombrados por el magistrado³⁴ o bien para el tutor *mulieris*.³⁵

Realizado este análisis podemos diferenciar de acuerdo a la forma en la que se nombra al tutor, tres formas diferentes de tutela.³⁶

3.3.2 Tutela testamentaria

Comenzaremos el análisis de las clases de tutela, con la primera clase que se da en el tiempo, siendo ésta la tutela testamentaria, se remonta a la época fundacional de Roma³⁷, esto es utilizado por la doctrina para afianzar la teoría de la precedencia en el tiempo de la tutela testamentaria sobre la legítima.

La tutela testamentaria, es aquella en la cual el paterfamilias, nombra a un tutor para los *filiifamilias* impúberes, incluyendo a todos, ya sean los concebidos y no nacidos, los emancipados, los póstumos o los desheredados, ya que se encuentran bajo su potestad, y a su muerte necesitaran un tutor.³⁸

Como mencionábamos anteriormente el *heres* nombrado en testamento sería en principio el tutor³⁹, pueden ser nombrados tutores en el testamento aquellos a los que se puede nombrar herederos, en este caso si el paterfamilias no pudiese encontrar entre los *sui* a alguien digno para heredar, o carecer de herederos *sui*, se le permitía al paterfamilias realizar una *testatio*, a fin de procurarse un *suius*, o hacer una *mancipatio familiae*.⁴⁰

De este modo se origina la primera forma testamentaria, de la que nace el *heres ex testamento* debido a la *nuncupatio*.⁴¹

Este testamento permite instituir como heredero a una persona distinta de los *sui*, pudiendo elegir el paterfamilias a una persona fuera del círculo familiar.

³⁴ C. 1,3,51 y 52.

³⁵ GAYO 1, 154.

³⁶ SOLAZZI S. “La classificazione dei tutori in Ulp” en “Scritti III” pp. 82-93.

³⁷ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.83.

³⁸ Gai. 1,144 Y 1,145.

³⁹ D 26,2,21 “Testamento tutoris hi dari possunt cum quibus testamenti factio est.” Pueden ser nombrados tutores en el testamento los que se puedan nombrar como herederos.

⁴⁰ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.84.

⁴¹ Gai. 2,102 y 2,103.

Como ya hemos expuesto, Solazzi⁴², afirma que de acuerdo a las XII tablas, se le reconoce la facultad para que nombre al tutor expresamente en el testamento, siendo éste una persona diferente del *heres*, lógicamente esto no era necesario, ya que en el caso de que no utilizase esta facultad que se le reconoce, el tutor sería el *heres* debido a que hasta la época clásica la *hereditas* estaba formada no solo por bienes patrimoniales, sino también por la tutela entre otros.

El fundamento de la tutela testamentaria *impuberum*, se da en las XII Tablas⁴³, en base a la regla “*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius*”, la esencia de la tutela testamentaria es pues la patria *potestas* del *pater familias*, siendo la tutela en un primer momento atribuida por la potestas, como dice Iglesias⁴⁴ la potestad del tutor sobre los impúberes es un aspecto de la potestad del paterfamilias.

En cuanto al nombramiento del tutor testamentario, podemos decir:

Al ser un cargo público el ejercicio de la tutela, la mujer era un sujeto incapacitado para ejercerla, si bien, se le podía conceder la tutela de sus propios hijos gracias al emperador.⁴⁵

El paterfamilias, puede designar a uno o varios tutores para que el pupilo obtuviese una mayor protección siempre cuando estos fuesen varones. El paterfamilias a su vez podía prohibir la tutela a ciertos sujetos como demuestra D.26,2.⁴⁶

Existen casos en los que se tiene que confirmar al tutor por parte del magistrado, así podemos señalar, en el caso de que la madre ya en época clásica, nombrase tutor para el hijo que instituya como heredero⁴⁷, podemos señalar también el caso de que el padre de tutor a su hijo natural al no dejarle algunos bienes⁴⁸, si bien la mayoría de la doctrina entre los que

⁴² SOLAZZI S., “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ ipotesi del Bonfante” en “Scritti III” op. cit. pp. 219-228.

⁴³ ZANNINI P. v. “Tutela” en “ED” Tomo XLV, pp. 305 y 306. También SOLAZZI S., v. “Tutela” en NNDI p.915 y SOLAZZI S., STOLFI F., PILOTTI M., v. “Tutela e Curatela” en NDI pp 577 y 578.

⁴⁴ IGLESIAS J. op. cit. p.357.

⁴⁵ D.26,2, 26.

⁴⁶ “*Tutor datus vetari tutor esse potest vel testamento vel codicilis*” Se puede prohibir en el testamento que el tutor nombrado sea tutor.

⁴⁷ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.87.

⁴⁸ D. 26,3,7 “*Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur e patre nec sine inquisitione confirmatur.*”

se encuentran Bonfante⁴⁹ y Solazzi⁵⁰, entienden que este texto está interpolado, de su razonamiento se extrae que se negaba simplemente que se pudiera dar un tutor a los hijos naturales *frusta datur* entendiéndose que las partes *cui nihil relictum est y sine inquisitione* fueron interpoladas. También se precisa de la confirmación cuando se nombra tutor al hijo emancipado.⁵¹

En cuanto a la condición de los tutores en la tutela testamentaria, encontramos opiniones opuestas entre Bonfante⁵² y otros autores como Perozzi⁵³ Solazzi⁵⁴, sobre la cuestión de que la figura del tutor pueda ser ejercida por un impúber, en este sentido debemos señalar un texto de Ulpiano⁵⁵ en el cual es válido el llamamiento para ejercer como tutor a un esclavo. Para Bonfante, la figura del tutor impúber es impensable tanto en la tutela dativa como en la testamentaria, mientras que tanto Perozzi como Solazzi, utilizan el texto de Ulpiano para argumentar que de igual manera que se puede nombrar a un esclavo como tutor con la posibilidad de que en un futuro llegue a ser libre, se puede nombrar a un impúber con la condición de que en un futuro llegue a ser púber utilizándolo de la misma forma para afirmar que una mujer no pudiese ser tutora ya que no había forma de que ésta fuese capaz.

Arangio Ruiz⁵⁶ por su parte considera que el tutor púber es necesario desde finales de la república, en el caso de la tutela del liberto, en caso de que el patrono hubiese fallecido y sus hijos fuesen impúber.

Por otro lado Casado Candelas⁵⁷ considera que Solazzi aseguraba que no es posible que el tutor fuese impúber en la tutela testamentaria basándose en el argumento de que hasta el momento de la pubertad del impúber no hay tutor, de forma contraria Sanz Martín⁵⁸ considera que desde el momento en el que se establece el tutor impúber a través del

⁴⁹ BONFANTE P. op.cit. pp. 572-573.

⁵⁰ SOLAZZI S. “La conferma del tutore nel Diritto Romano” en “Scritti di Diritto Romano” Tomo II, Nápoles, 1957, p 298.

⁵¹ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.88.

⁵² BONFANTE P. op. cit. pp. 586-587.

⁵³ PEROZZI S. “Il tutore impubere” en “Scritti Giuridici III”, Nápoles, 1948, pp. 133-136 y 158-162.

⁵⁴ SOLAZZI S. “L’ età del tutore” en “Scritti II” op. cit. p. 317.

⁵⁵ D, 26,2,10,4.

⁵⁶ ARANGIO RUIZ .V op.cit. p 497

⁵⁷ CASADO CANDELAS M.J. “La tutela de la mujer en roma”, Valladolid, 1972,p.105.

⁵⁸ SANZ MARTÍN L. op. cit. p 90.

testamento con la condición de que alcance la pubertad, ese impúber es tutor, y que mientras esta condición da lugar, el magistrado nombraría un tutor *temporarius*, basándose en un texto de Ulp.⁵⁹

Cabe terminar este apartado con el estudio de cuales son las consecuencias del nombramiento de un tutor en un testamento con irregularidades, en tal caso se debería hacer una confirmación del tutor a través de un magistrado, esta confirmación testamentaria⁶⁰ se llevaría a cabo intentando cumplir con lo estipulado por el testador en todo lo posible, el problema surge en cuanto a la consideración de que clase de tutela es una vez confirmada, debido a las consecuencias que ésta acarrea ya sea tutor testamentario o dativo, donde podemos encontrar a autores que consideran al tutor confirmado dativo como Solazzi⁶¹, o testamentario como Sanz Martín.⁶²

3.3.3 Tutela Legítima

La tutela legítima, es la segunda clase de tutela en el tiempo, y aparece mencionada en las fuentes, de manera que, en defecto de tutor testamentario, dará lugar la tutela legítima de los agnados y en ausencia de los anteriores la de los gentiles.⁶³

La ley de las XII Tablas, instaura como tutor al agnado más próximo, y en el caso de que hubiese varios en el mismo grado, serían todos tutores⁶⁴. Según las XII Tablas, a la muerte del paterfamilias, si este no tuviera hijos varones púberes y no hubiere hecho testamento, al no existir un *heres*, la potestas sería ejercida por el agnado más próximo, y en defecto de éstos los gentiles. La tutela no se difiere a los agnados, hasta que se confirma que no hay un tutor testamentario, una vez confirmada ésta situación la tutela se difiere a la persona que en el caso de fallecer el impúber heredase el patrimonio, teniendo así el tutor un mayor interés en la protección de aquél.

⁵⁹ D.26,2,11.

⁶⁰ D. 26,3,1,1 y D. 26,3,10

⁶¹ SOLAZZI S. “L’abdicatio tutelae” en “Scritti II” op. cit. p. 428. Basando su argumentación en D. 26,2,3,1.

⁶² SANZ MARTÍN L. op. cit. p.116 Basando su argumentación en D. 26,3,3.

⁶³ Gai.1,155, también C. 5,30,1: “*Diocletianus et maximianus Ad avunculos nec masculorum tutelae ex lege duodecim tabularum deferuntur, quum solummodo patris si se non excusaverint, id ius tributum sit*”. Y D. 26,4,6: “*Intestato Parente mortuo agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur, non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit*”.

⁶⁴ Gai.1,164.

Es doctrina general aquella que entiende, que la ley de las XII Tablas llamaba a los gentiles en ausencia de los agnados, entre los autores que comparten este pensamiento podemos encontrar a Bonfante⁶⁵ y Perozzi⁶⁶, esta opinión se funda en la idea de correlación entre el instituto de la tutela y la heredes, ya que en ausencia de agnados eran los gentiles los llamados a la sucesión.

Esta idea se afianzo en base al texto *Laudatio funebris* de Turia, en la que se corrobora la existencia antiguamente de una tutela de los gentiles en la tutela *mulierum*, de lo que se presume su existencia también para la tutela *impuberum*.⁶⁷

De acuerdo a Gayo⁶⁸, debió desaparecer la sucesión de los gentiles durante el periodo clásico, cuando la gens, dejo de existir, cayendo en desuso ésta tutela si bien como indica Schulz⁶⁹ existían varios fragmentos que nos indicaban esta situación, para Schulz debido a la redacción considera que no es un texto de Gayo.

Justiniano, deferirá la tutela legítima a los cognados y también autorizará el ejercicio de la tutela por parte de la abuela atendiendo al orden sucesorio ab intestato, ya que la madre del impúber en el año 390⁷⁰ y el hermano emancipado del pupilo en el año 498⁷¹, ya se les había permitido ejercer la tutela.

Para terminar podemos hablar de dos subtipos de tutelas legítimas sobre las cuales nos ilustra Gayo⁷², siendo estas la tutela legítima de los patronos y la tutela legítima del paterfamilias.

La tutela legítma de los patronos si bien no viene recogida en la Ley de las XII tablas, surge de su homónimo en la sucesión, pues si bien se llamaba *ab intestato* a los agnados a la herencia de los pupilos, en el caso de los patronos eran llamados a la herencia de sus libertos

⁶⁵ BONFANTE P., op. cit. p. 574.

⁶⁶ PEROZZI S. op. cit. p. 197. También KASER M. “Roman Private Law” Trad. DANNENBRING R., Pretoria, 1965. P.280 y ss.

⁶⁷ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp.92-93.

⁶⁸ GAYO 3, 17. “*Totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*” (Todo el derecho gentilicio ha caído en desuso).

⁶⁹ SCHULZ F. “Derecho Romano Clásico, Trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO J. Barcelona 1960. P.214.

⁷⁰ C.5,35,2.

⁷¹ C.5,30,4.

⁷² Gai. 1.165 y 1.166

por lo que les correspondía su tutela, como mencionamos en el caso del fallecimiento del patron serian sus hijos heredarían la tutela.

La tutela legítima del paterfamilias si bien confusa por su concepto, debido a que no tiene sentido extinguirla patria potestas para luego volver a someter al pupilo a la tutela del paterfamilias, debemos entender que existiese algún tipo de beneficio para recortar el amplio abanico de facultades que tiene el paterfamilias con la patria potestas.

3.3.4 Tutela Dativa

La tercera y última clase de tutela que apareció en el tiempo es la tutela dativa, la cual produce ciertas discrepancias debido a su término pues algunos autores⁷³ no utilizan este para referirse a ella debido a que el término *dativus* se utiliza también en las fuentes para nombrar la tutela testamentaria. Podemos definir la tutela dativa como aquella tutela que se constituía en ausencia de un tutor testamentario, o de parientes agnaticios que se hicieran cargo de la tutela, es decir a falta de tutela legítima sobre un sujeto que siendo *sui iuris* no tuviese capacidad de obrar. En estas situaciones el sujeto impúber quedaba desprotegido al no tener capacidad para obrar y ante la necesidad de un tutor y frente a la ausencia de uno ya sea testamentario o legítimo surge la tutela dativa para dar solución a esta situación. Podemos encontrar referencias a este tipo de tutela en Gai 1,182 y 1,186.

Tanto Bonfante como Iglesias como Arias Ramos y Arias Bonet afirman que el término de tutela dativa suscita una serie de problemas, entendiéndose que el termino *dativus* para designar la tutela magistral es de origen justinianeo.⁷⁴

En un primer momento en Roma debían ser los *praetores* y los tribunos de la plebe quienes designarían al tutor a instancia de algún pariente, y que posteriormente en la época de Claudio serían los cónsules.

En época de Marco Aurelio, se crea la figura del *praetor tutelarius* siendo este un pretor específico para los casos de la tutela, junto a éste en los municipios rurales latinos se le otorga dicha competencia para deferir la tutela a los *iuridici*.

La tutela dativa, siguiendo la línea de Bonfante⁷⁵, se presenta con una finalidad proteccionista del pupilo, se instaura como un *officium* en vez de un poder a favor del tutor,

⁷³ Véase SCHULZ F.op. cit. pp.157 y 159. También JÖRS P. - KUNKEL W."Derecho Romano Privado" Trad. PRIETO CASTRO L., Barcelona, 1937. Pp. 424-425.

⁷⁴ Véase BONFANTE P. op. cit. p. 567. También ARIAS RAMOS J.- ARIAS BONET J.A."Derecho Romano", Madrid, 14ª Edición p. 741 e IGLESIAS op. cit. p. 359.

⁷⁵ BONFANTE P. op. cit. pp. 585.

la tutela se ejercía en interés del *impuberum* y de contenido no solo patrimonial pasando así a ser un cargo público.

La tutela dativa fue introducida a través de la *Lex Atilia*, la cuestión más debatida sobre esta materia versa sobre la posibilidad de que existiese o no una tutela dativa anterior a la promulgación de esta ley, esto es que el magistrado pudiese designar un tutor al sujeto necesitado de uno.

Bonfante⁷⁶ y Solazzi⁷⁷ entienden que antes de la *Lex Atilia* era posible designar tutor a aquellos quienes no tenían ni tutor testamentario ni legítimo. Si bien Solazzi puntualiza, que la razón de ser de la *Lex Atilia*, era transformar la tutela magistral, de un cargo voluntario a uno obligatorio, diferenciando así al tutor *praetorius*, el cual era voluntario, y el tutor *atilianus* era obligatorio. Con esto argumenta también Solazzi la razón del cambio de nombre del tutor *praetorius* al *atilianus*, pues tenían entre ambas diferencias sustanciales.

Por el contrario Guzmán⁷⁸ crítica la hipótesis de Solazzi, si bien está de acuerdo en la consideración de que la *Lex Atilia* transformaba la tutela de un cargo voluntario a uno obligatorio, eso no significa que existiese una tutela magistral anterior a la *Lex Atilia* ya que la ley tuvo que ser votada para introducir este tipo de tutela, y que carecería de sentido si la predatase.

Por su parte Jörs-Kunkel⁷⁹, consideran que es poco probable que la *Lex Atilia* introdujese a los tutores de oficio, sino que mas bien sirvió para limitar las facultades de los pretores, ya que con esta ley tenían que contar con la autorización de los tribunos.

Junto a esta *Lex Atilia*, una *Lex Iulia et Titia*, encargó a los gobernadores las mismas funciones que la *Lex Atilia* encomendaba a los pretores. Ambas leyes se han perdido en el tiempo, pero a través del capítulo 29 de la *Lex Salpensana*, y el capítulo 109 de la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae Sive Ursonensis*, se ha podido extraer el carácter de la tutela dativa, así pues, el magistrado deferirá la tutela cuando el *pupulum* no tenga tutor testamentario legítimo o fiduciario, cuando el tutor caía prisionero, cuando el tutor presentase alguna excusa era incapaz etc.⁸⁰

⁷⁶ BONFANTE P. op. cit. pp. 576-580.

⁷⁷ SOLAZZI S. “Console e pretore urbano nella datio tutoris” en “Scritti II” op. cit. pp. 398, 406 y 413.

⁷⁸ GUZMÁN A. “Dos estudios entorno a la historia de la tutela romana”, Pamplona, 1976. Pp 27 y 28.

⁷⁹ JÖRS P. - KUNKEL W. op. cit. p.425.

⁸⁰ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.100.

Schulz⁸¹ nos indica que a la hora de hacer el nombramiento, se utilizaba una clausula, mediante la cual si a posteriori surgiese un tutor testamentario o legítimo, éste último no quedaría excluido, y el tutor dativo dejaría de serlo.

En ciertas ocasiones, se podía nombrar un tutor dativo, en los casos en los que el pupilo y el tutor ya fuese testamentario o legítimo entablasen un pleito, en estos casos de acuerdo con Gai 1, 184, el *praetor* urbanos nombraría un tutor.

Bonfante⁸² a este respecto entiende que el tutor nombrado debido a un pleito sería nombrado *praetorius* para así distinguirlo del *Atilianus*. La finalidad de esta tutela en definitiva sería la misma que una tutela dativa, en interés del pupilo y de carácter proteccionista.

En definitiva, la tutela dativa, era el último medio de tutela en defecto de las dos tutelas anteriores, siendo ésta de carácter obligatorio, y pudiendo ser pedida por el pupilo.⁸³

3.4 Incapacidades y excusas

3.4.1 Requisitos de capacidad

Al igual que el instituto de la tutela, los requisitos necesarios para ser tutor se van alterando en el transcurso del tiempo. Podemos empezar hablando de los requisitos para ser tutor, señalando que, en un primer momento, la tutela romana se presenta como una función ejercida por el hombre como señalan las fuentes⁸⁴.

Bonfante⁸⁵ señala que son necesarios tres requisitos básicos en un primer momento, siendo estos que el tutor fuese libre, la condición de paterfamilias y la ciudadanía. El requisito de paterfamilias se irá alterando con el tiempo, así pues, en la época de la tutela dativa, pudieron ser llamados los *filifamilias* para ejercer la tutela testamentaria.

En la época helénica, se exigen los mismos requisitos de capacidad, y se aplican de manera indiferente a todas las clases de tutela, si bien estos requisitos se van ampliando, para restringir la capacidad de ser tutores para algunos sujetos, como es el caso de la madre la cual podría acceder a la tutela de sus hijos, si jura no volver a contraer matrimonio.⁸⁶

En el periodo justiniano, se establecen numerosos requisitos de capacidad para ser tutor, pudiéndose agrupar en diferentes categorías:

⁸¹ SCHULZ F. op. cit. pp.160 y ss.

⁸² BONFANTE P. op. cit. p. 581-582. De igual forma SCHULZ F. op. cit. p 162.

⁸³ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.102.

⁸⁴ D.26,1,16 “*Tutela plerumque virile officium est*”.

⁸⁵ BONFANTE P. op. cit. pp. 585-590.

⁸⁶ SANZ MARTÍN L. op cit pp.108-11.

1. Las mujeres, salvo las ascendientes en el caso mencionado anteriormente, la madre y la abuela no pueden ser tutoras, excepto en el caso de jurar no volver a contraer matrimonio.
2. Los esclavos, como hacíamos mención al principio de este apartado, es requisito indispensable el ser libre, si bien en el derecho justiniano, el nombramiento para el cargo del tutor a un esclavo realizado mediante testamento, conllevaba aparejada la libertad del esclavo. En el caso de nombrar un esclavo ajeno, sería requisito que adquiriese dicho esclavo la libertad para ser tutor.
3. Los menores⁸⁷, en la época clásica ser menor era una excusa para no ejercer la tutela, si bien a partir de la época helénica se convierte en causa de incapacidad, si bien se puede nombrar tutor a un menor, para que ejerza la tutela una vez llegue a la mayoría de edad.
4. Los locos, los mudos, los ciegos, y aquellos que padezcan una grave enfermedad, al igual que en los casos anteriores, puede nombrarse tutor a los locos, con la condición de que sanasen.
5. La prohibición realizada por el padre o la madre de que un sujeto no sea tutor⁸⁸, como mencionamos anteriormente.
6. Los que ofrecen dinero para ejercer la tutela⁸⁹.
7. Los soldados en activo⁹⁰, los religiosos, los enemistados, los deudores y acreedores del pupilo.

Estaba previsto en derecho romano la situación de la incapacidad sobrevenida, exonerando del ejercicio al tutor⁹¹.

3.4.2 *Abdicatio Tutelae*

La naturaleza voluntaria que presenta la tutela testamentaria en sus orígenes permitía al tutor no tener que excusarse para no ejercer de tutor, sino que simplemente mediante la *abdicatio tutelae* podrá rehusar de ejercer, más adelante al convertirse la tutela en un oficio obligatorio, provocará que no se pueda rehusar de la tutela, sino que se tendrá que hacer uso de las *excusationes*.

⁸⁷ D.26,2,32,2.

⁸⁸ D.26,5,21,2.

⁸⁹ D.26,5,21,6.

⁹⁰ D.27,1,10,5.

⁹¹ D.27.1.11.

La *abdicatorio*, de acuerdo con Perozzi⁹², sería una opción, no primigenia, que tenía el tutor testamentario para hacer pasar la tutela a un tutor legítimo mientras que tendría que utilizar el régimen de las excusas para así hacer que se nombrase un tutor dativo. Kaser⁹³ al contrario considera que en un primer momento la tutela testamentaria no puede cederse sino tan solo rehusarse debido a que no es obligatoria, si bien esto cambiaría en la época de Claudio en la que ya no podría rehusarse debido a que se volvería un oficio obligatorio.

Otros autores como Solazzi⁹⁴ o Guzmán⁹⁵, sostienen que la *abdicatorio* es una facultad primigenia a diferencia de Perozzi, y debido a ello la *abdicatorio* perduró hasta el momento en el que se transformó la tutela testamentaria en una tutela obligatoria al igual que Kaser.

Podemos concluir con que la *abdicatorio tutelae* era un acto que civilmente ponía fin a la tutela testamentaria y originaba en su lugar una tutela legítima y que podía producirse antes de empezar a administrar el patrimonio o durante la administración.

3.4.3 *In iure cessio tutelae*

Si bien el tutor testamentario tiene el derecho a abdicar mediante la *abdicatorio tutelae*⁹⁶, el tutor legítimo no tenía el *ius se abdicandi*. Si bien el tutor legítimo, en base a la consideración que tenía en un primer momento como un poder a favor del tutor, lo que podía hacer en caso de no querer ejercer la tutela era una *In iure cessio tutelae* como señala Ulpiano 11,6 11,8.

La *in iure cessio tutelae*, consistía en una transferencia de la tutela legítima del agnado más próximo a otro menos próximo siempre teniendo que haber un tutor, ya que si éste último falleciese la tutela revertiría al primer tutor, si bien es discutido por la doctrina si el tutor *legitimus* impúber, podía ceder *in iure* su puesto, ya que en Gai 1,168-172 se nos informa de que existe la *in iure cessio tutelae* pero solo en la tutela *mulieris*, así Bonfante⁹⁷ considera que no se podía realizar una *in iure cessio tutelae* en la tutela *impuberum*, por el contrario Solazzi⁹⁸ o Guzmán⁹⁹, consideran¹⁰⁰ que la tutela *impuberum* pudo haberse cedido, en base a que la tutela

⁹² PEROZZI S. op. cit. p. 217 y ss.

⁹³ KASER M. op. cit. p. 269.

⁹⁴ SOLAZZI S. “L’ *abdicatorio tutelae*” en “*Scritti II*” op. cit. pp. 421 y ss.

⁹⁵ GUZMÁN A. op. cit. pp. 233-235.

⁹⁶ ZANNINI P. “Enciclopedia del diritto Tomo XLV, Tutela” pp. 312-313.

⁹⁷ BONFANTE P. op. cit. pp. 582 y 583.

⁹⁸ SOLAZZI S. “L’ *etá del tutore*” en “*Scritti II*” op. cit. pp. 321.

⁹⁹ GUZMÁN A. op. cit. pp. 58,60 y 241.

¹⁰⁰ CASADO CANDELAS M.J. op. cit. p. 28.

antiguamente al ser de carácter voluntario carecería de sentido no poder ceder la tutela, ya que ni podría rehusarla mediante la *abdication* ni podría hacer uso de las excusas.

La *in iure cessio tutelae* desaparecería en el periodo preclásico en favor del régimen de las excusas¹⁰¹ pues si bien es la que más se resistió a la transformación del instituto a lo largo del tiempo se perdió la posibilidad de ceder a un tercero la tutela, cuestión debatida por Schulz¹⁰², quien niega tal posibilidad al igual que Solazzi, éste último argumentándolo en que no se le puede remover del cargo por que se consideraba un derecho, ni excusar ya que no estaba obligado, dando como solución a este dilema mediante a un nombramiento a otro tutor en el caso de que el legítimo no fuese idóneo.

3.4.4 *Potioris nominatio*

De igual manera que la tutela legítima tenía la *in iure cessio tutelae* para ceder el cargo, en la tutela dativa surge un mecanismo similar para ceder el cargo a un tutor más adecuado. En cuanto a los requisitos específicos de la tutela dativa podemos decir, que debido a que en este tipo de tutela ya se consideraba un deber público se le requería al tutor una serie de cualidades de carácter moral, de madurez honradez o imparcialidad.

Para este tipo de tutela no se requería la prestación de una caución tutelar pues el magistrado habría utilizado los medios a su alcance para corroborar la solvencia y honradez del tutor antes de su nombramiento.

Debido a lo anterior el tutor dativo no podía excusarse, sin embargo, existió una figura que desapareció antes de Justiniano, consistiendo en una propuesta por el tutor al magistrado que lo nombró, en la cual se señala a otro sujeto con mayores méritos y capacidad para desempeñar el cargo¹⁰³, llamado éste *potioris nominatio*.

El procedimiento de la *potioris nominatio*, consistía en indicar al magistrado que lo nombro en el plazo de 50 días a partir de que tuvo conocimiento de su nombramiento, siguiendo el mismo sistema que el de las excusas.¹⁰⁴

¹⁰¹ KASER M. op.cit. p.269. También ¹⁰¹ JÖRS P. - KUNKEL W. op. cit. p.426

¹⁰² SCHULZ F. op.cit. p.159 y SOLAZZI S. “Instituti Tutelari”, Nápoles, 1929, p 12.

¹⁰³ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.124.

¹⁰⁴ GUZMÁN A. op. cit. pp. 220-230.

3.4.5 Excusas

El régimen de las excusas¹⁰⁵ los podemos agrupar en diferentes categorías¹⁰⁶ dependiendo de su razón de ser:

1. Excusas de carácter personal:
 - a) Por razón de la edad pueden excusarse los mayores de setenta años.¹⁰⁷
 - b) Debido a la pobreza.¹⁰⁸
 - c) Por razón de una mala salud.¹⁰⁹
 - d) Por razón de los conocimientos, siendo posible excusarse debido a la falta de cultura y el analfabetismo,¹¹⁰
 - e) La enemistad manifiesta, tanto con el padre del pupilo, como el padre con el propio pupilo.¹¹¹
 - f) Residir en una provincia diferente a aquella en la que debe ejercer la tutela.¹¹²
2. Excusas de carácter público
 - a) Ausentarse por una causa pública, la cual sería una excusa temporal, ya que no cesaría de ser tutor.¹¹³
 - b) Estar ejerciendo un cargo público, como una magistratura, un cargo en la corte etc.¹¹⁴
 - c) Ser miembro del *consilium principis*.¹¹⁵
3. Excusas de carácter privado
 - a) Por razón de familia numerosa, aquel que tuviese 3 hijos en Roma 4 en Italia o 5 en las provincias, podía excusarse del cargo de tutor.¹¹⁶

¹⁰⁵ SOLAZZI S., v. "Tutela" en "NNDI" Tomo XIX, p.917.

¹⁰⁶ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp. 124-128.

¹⁰⁷ D.27,1,2.

¹⁰⁸ D.27,1,40.

¹⁰⁹ Véase GUZMÁN A. op cit p 155.

¹¹⁰ D.27,1,6,19.

¹¹¹ D.27,1,6,17.

¹¹² D.27,1,10,4.

¹¹³ D.26,5,16.

¹¹⁴ D.27,1,6,16.

¹¹⁵ D.27,1,30

¹¹⁶ D.27,1,2,2.

b) Ostentar el cargo de tutor en tres tutelas diferentes, no contando como diferentes las que se ejerzan sobre varios impúberes que comparten un mismo patrimonio.¹¹⁷

4. Por privilegios

En los que podemos englobar, a los veteranos de guerra, a los atletas coronados, a los gramáticos, los médicos, los filósofos, y los retóricos.¹¹⁸

El procedimiento para obtener la *excusatio*, es el mismo que señalábamos antes para la *potioris nominatio*, solicitarlo al magistrado en el plazo de 50 días desde que conozcan el nombramiento de tutor.¹¹⁹

3.5 Régimen Jurídico

3.5.1 Contenido personal

Como hemos ido indicando a lo largo del trabajo, en un primer momento resulta difícil que el tutor ejerciese una función protectora propia de la tutela, esto debido a que el tutor en un primer momento realmente ejercitaba la tutela en un interés propio y no en el interés del propio pupilo.

El tutor pues de lo que se encargaba era de gestionar el patrimonio del pupilo, ejerciendo como propietario del mismo¹²⁰, excluyendo pues de sus funciones tanto la guarda como la educación del pupilo cuestión que discierne enormemente de lo que es la tutela actualmente.

Si bien esta afirmación puede ser puesta en duda ya que en las fuentes¹²¹ se hace referencia al tutor en cuestiones sobre la educación del impúber. Del análisis de estas fuentes realmente lo que se desprende es que el tutor no es que deba velar por la educación del pupilo, sino que deberá velar por el aspecto económico de ésta de acuerdo a la doctrina¹²². Así pues, la función educadora recae sobre personas unidas al pupilo como la madre, si bien ésta debía ser impartida de acuerdo a las instrucciones dadas por el paterfamilias.

Sobre el cuidado en general del pupilo, podemos afirmar lo mismo que el caso de la educación, el tutor no está obligado a velar por la salud y el cuidado del tutelado, solamente

¹¹⁷ D.27,1,2,9.

¹¹⁸ GUZMÁN A. op. cit. pp. 194 y ss.

¹¹⁹ D.27,1,13,12.

¹²⁰ D.27,7,27

¹²¹ D.26,7,12,3.

¹²² BONFANTE P. op.cit. p. 600. E IGLESIAS J. op. cit. p. 548

estará obligado a realizar las aportaciones económicas necesarias para el cuidado y alimento del menor.

De igual manera debemos destacar que el tutor no tenía una función de representación en sentido estricto, ya que no pasaba a sustituir al pupilo en los negocios ni realizaba actos en su nombre, en vez de esta representación se utilizaban dos procedimientos para solventar la falta de capacidad del pupilo, la *auctoritas interpositio* y la *negotiorum gestio*.

3.5.2 *Auctoritas Interpositio*

Las dos funciones propias del instituto tutelar en derecho romano son por un lado el integrar la voluntad del pupilo en los actos que afectan a su patrimonio mediante la interposición de su autoridad¹²³, función que expone Gayo¹²⁴, y por otro será la realización de todos los actos u operaciones que afecten al patrimonio del pupilo, que por razón de su edad o ausencia el mismo no puede realizar el mismo, situación que se solventa mediante la *negotiorum gestio*.

De las dos funciones, la *auctoritas interpositio*, es la única propia por naturaleza del instituto del tutelar, siendo además la primera que se da en el tiempo, debido a que cuando el tutor actúa mediante la *negotiorum gestio*, no lo hará en condición de tutor sino de *negotiorum gestor*.¹²⁵

La *auctoritas interpositio*, consiste en la cooperación con el pupilo mayor de siete años para completar la falta de capacidad de aquel, dando así eficacia a los actos que realice, esta cooperación no es una autorización por parte del tutor, sino que es un acto conjunto en el que el pupilo realiza una declaración que cobra eficacia jurídica al ser prestada la *auctoritas* por el tutor.

Se puede diferenciar también la *auctoritas tutoris* de la ratificación, debido al carácter retroactivo de la ratificación del cual la *auctoritas interpositio* carece ya que mientras la ratificación puede ser prestada después del acto, la *auctoritas* se deberá prestar simultáneamente.

Podemos comenzar diciendo que los *infantia maior* al realizar actos en ausencia del tutor, o sin que el tutor le preste su *auctoritas*, los negocios que realicen serán válidos en la parte en la que no sean desfavorables para ellos y nulos aquellos que sean desfavorables.¹²⁶

¹²³ SOLAZZI S., v. "Tutela" en "Novissimo Digesto Italiano" Tomo XIX. p.915.

¹²⁴ Gai. 2,80.

¹²⁵ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp.145 y146.

¹²⁶ D.19,1,13,29.

En cuanto a la forma de prestar la *auctoritas*, en un primer momento, la *auctoritas* debía ser prestada en persona de acuerdo con las fuentes¹²⁷ por lo que no cabría interponer la *auctoritas* a posteriori, ni mediante un documento, si bien esta es la doctrina general Solazzi¹²⁸ considera que el requisito presencial que se estipula en los textos citados fueron alterados por obra justiniana. La declaración de la *auctoritas*, se realizaba en un primer momento probablemente de manera solemne, a través de una *interrogatio* al tutor y de una *stipulatio* al *pupulum*, como señala Bonfante¹²⁹ de acuerdo a Gayo¹³⁰. La *auctoritas* debía ser dada pura y simplemente, no pudiendo ser dada bajo condición o término.

La *auctoritas*, cambiará en el tiempo, teniendo una transformación en la época clásica, perdiendo el formalismo anterior, y su contenido según indican las fuentes¹³¹. Si bien esta idea se opone a otras apuntadas sobre la materia, en una la declaración del pupilo pasa a un segundo plano, siendo la importante la del tutor llegando incluso a suplir la del pupilo al menos en teoría ya que podemos encontrar fuentes que se oponen a esta idea que dejaría sin valor la función de integración de la voluntad del pupilo en el negocio. Ya que podemos encontrar que el pupilo siendo mudo requiriese de un esclavo para la declaración del pupilo.¹³²

La *auctoritas interpositio*, no es obligatoria, por lo que el tutor no tiene por qué prestársela al pupilo¹³³, si bien el pupilo, en el caso de que le perjudique esta situación podrá resarcirse en la *actio tutelae*.

Para terminar, podemos diferenciar la *auctoritas* del tutor, con la *auctoritas* del paterfamilias, ya que, en la primera, debe ser prestada en el momento de realización del acto, mientras que el paterfamilias, podía prestarla a sus *filiifamilias* en un momento anterior.¹³⁴

¹²⁷ I.1,21,2. También D.20,6,7 y D. 41,1,11.

¹²⁸ SOLAZZI S. “Tutoris auctoritas e consortium” en “Scritti di Diritto Romano” Tomo IV, Nápoles, 1963. p 527 y ss.

¹²⁹ BONFANTE P. op. cit. p. 602.

¹³⁰ D.26,8,9,6.

¹³¹ D.26,1,1,2 y D.26,8,13.

¹³² SANZ MARTÍN L. op. cit. pp. 150 y 151.

¹³³ D.26,8,17.

¹³⁴ D.29,2,25,4.

3.5.3 *Negotiorum Gestio*

La *negotiorum gestio*¹³⁵, es dada en un principio, como una gestión dominical no representativa, se dirige principalmente a administrar el patrimonio del impúber infante o ausente¹³⁶, se lleva a cabo de muy variadas maneras ya que el tutor, gestiona el patrimonio como propio, esto implica pues la ausencia total del impúber en el negocio que corresponda, así también quedaba la posición del tutor frente al tercero con el que realiza los negocios como responsable directo, ya que será considerado como deudor acreedor u otra posición jurídica en el negocio.¹³⁷ Con posterioridad éste régimen evolucionará cuando se tenga la función protectora de la tutela, y pasará a llamarse *administratio*.¹³⁸

Esta función la podemos encontrar en las fuentes¹³⁹, en los primeros tiempos, la *negotiorum gestio*, permitía al tutor realizar negocios libremente con los bienes del pupilo, al ser considerado *loco domini*, así pues, cuando el tutor adquiría algo, lo adquiría para sí mismo, si bien al terminar la tutela, el tutor estará obligado a transferir los bienes que haya adquirido durante la tutela.

Para los negocios que requiriesen ser ejecutados en nombre propio, y en el caso de que el pupilo fuese *infans*, excluyendo la posibilidad de que interpusiese un esclavo para realizar el negocio por él, será necesario que salga de la infancia, como es el caso de la renuncia de la herencia.

3.5.4 *Limites al ejercicio de la tutela*

Como hemos señalado, el tutor en un primer momento era libre de realizar los negocios que quisiera con el patrimonio del pupilo, esto entra en relación con la consideración que tenía en un primer momento la tutela como un derecho o poder a favor del tutor, si bien este régimen irá evolucionando, imponiendo cada vez más límites al ejercicio de la tutela.

Podemos dividir estos límites en dos grupos, uno de obligaciones y otro de prohibiciones.

En cuanto a las obligaciones.

¹³⁵ ZANNINI P. "ED Tomo XLV, Tutela" pp. 308.

¹³⁶ IGLESIAS J. op.cit. p. 361.

¹³⁷ ED. op.cit. p. 308.

¹³⁸ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp.152-153.

¹³⁹ D.26,7,3,1; D.26,7,5,5.

En un primer momento, se impuso la obligación al tutor de realizar inventario del patrimonio del *pupillum*, en ausencia de este inventario el tutor incurriría en dolo y se le haría responsable de los posibles daños.¹⁴⁰

Obligación de prestar fianza, si bien eran exceptuados el tutor testamentario y el dativo nombrado *ex inquisitione*, la razón por la que éstos dos tutores no estaban obligados a prestar la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, era debido a que el primero, el tutor testamentario, se consideraba que al ser nombrado en testamento el paterfamilias se hubiese cerciorado de que el tutor actuaría de buena fe y sería capaz de llevar a cabo la tutela, el segundo supuesto, la tutela dativa *ex inquisitione*, es debido a que se entiende que el magistrado habrá investigado al tutor que ha nombrado y considerara igual que en el caso anterior que actuará de buena fe y será capaz, en caso de que no realizase la mencionada investigación, aun siendo tutor dativo deberá prestar la fianza.

La *satisdatio rem pupilli salvam fore*, consistía en un medio de protección frente al posible agotamiento o menoscabo del patrimonio del pupilo por parte del tutor, ésta era ordenada por el magistrado al comienzo de la tutela. Como hemos indicado y por descarte, debía ser prestada por los tutores legítimos y los dativos a los cuales no se les hubiese investigado¹⁴¹, como señala Ulpiano.¹⁴²

Guzmán¹⁴³ entiende que en el Derecho Clásico el otorgamiento de la *satisdatio* tiene que haber sido un deber general en las tutelas dativas basándose en un texto de Gayo¹⁴⁴.

Las consecuencias de no prestar esta caución sería ser removido como *cessans* hubiese entrado en la gerencia, o la estuviese desempeñando de manera incorrecta.¹⁴⁵

También se impone la obligación al tutor de emplear el patrimonio del pupilo en adquirir bienes inmuebles, a prestarlo a interés, realizar pagos para cancelar obligaciones, cobrar los créditos, y vender los bienes percederos.

Las prohibiciones.

En época clásica se empiezan a imponer restricciones a la libertad negocial de la que gozaba el tutor hasta ese momento¹⁴⁶, imponiéndose la prohibición de realizar donaciones

¹⁴⁰ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp.154 y ss.

¹⁴¹ BONFANTE P. op. cit. p. 639.

¹⁴² D.26,4,5.

¹⁴³ GUZMÁN A. "Caución tutelar en derecho romano", Pamplona, 1974. p 95.

¹⁴⁴ GAI, 1. 199.

¹⁴⁵ GUZMÁN A., op. cit. p. 103.

¹⁴⁶ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.153.

en base al patrimonio del pupilo, debido al efecto perjudicial que pudiesen repercutir salvo los regalos de uso.¹⁴⁷

De acuerdo con las fuentes¹⁴⁸, se prohíbe a los tutores la venta de los fundos rústicos y suburbanos sin una autorización del magistrado, ésta autorización solo era otorgada en el caso de que la venta fuese prevista en el testamento, o que mediara urgencia en su venta en base a dos motivos, el primero la necesidad debido a que las deudas del pupilo no pudieran ser atendidas con su patrimonio, o debido a que el inmueble fuese un condominio y el tercero, quisiera realizar la división¹⁴⁹.

Posteriormente, se extendió este régimen a los fundos superficiarios, los poseídos de buena fe, o constituir ius in re sobre los bienes del pupilo, a la prenda, a las servidumbres y a la hipoteca.¹⁵⁰

En época justiniana, se dará la prohibición de vender los frutos.¹⁵¹ En el caso de enajenar un bien existiendo una de las prohibiciones anteriormente mencionadas, ésta era considerada plenamente nula.

3.5.5 Tutela de los infans.

Cabe destacar por último y a modo de nexo con el siguiente apartado de la responsabilidad del tutor, el caso concreto de la tutela de los *infans fari non possit*, se consideraba que los infans no podían expresar un pensamiento razonable, esta consideración en época justiniana terminaría a los siete años, si bien en sus principios se debería estudiar caso por caso.¹⁵²

Debido a la situación anteriormente mencionada, el tutor no podía hacer uso de la *auctoritas interpositio* debido a que el pupilo no podía formar parte de ningún negocio jurídico, por lo que el tutor se veía obligado a utilizar la *negotiorum gestio* como medio para ejercer la tutela, esto daba lugar en un origen a una gestión dominical no representativa, en la que el tutor podía enajenar bienes del tutelado y administrar en general el patrimonio del pupilo, esto daba lugar a que el propio tutor formase parte de los negocios jurídicos, siendo el, el obligado y no el pupilo como ocurriría en la tutela de un *infantia maior* en el caso de emplear

¹⁴⁷ D.26,7,12,3.

¹⁴⁸ D.27,9,1-2.

¹⁴⁹ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp.154-155.

¹⁵⁰ D.27,9,1-4;27,9,5,1-2.

¹⁵¹ C.5,37,28,5.

¹⁵² SOLAZZI S. “L’età dell’ infans” en “Scritti IV” op.cit pp 653 y ss.

la *auctoritas*¹⁵³, siendo el tutor el obligado en los negocios que realice mediante la *gestio*, tomará las posiciones de acreedor o deudor según proceda, si bien al llegar el *infans* a la edad de 7 años, el tutor deberá transferir todos los bienes adquiridos al pupilo, y de igual forma el pupilo sustituirá la posición que tuviese el tutor en los negocios que aún se mantengan.¹⁵⁴

Para terminar el apartado, debemos recordar lo mencionado anteriormente, y es que existen negocios jurídicos que requieren ser realizados de manera personal por el pupilo, por lo que quedarían excluidos de ser realizados en la tutela del *infans*, ya que éste carece de capacidad, y el tutor no puede realizarlos, como es el caso de la renuncia de la herencia, la restitución fideicomisaria entre otros, si bien no se encuentra ninguna solución en las fuentes a esta situación salvo la espera a que el pupilo alcance los siete años.

3.6 Responsabilidad del tutor

3.6.1 *Actio Suspecti Tutoris*

A la hora de hablar de la responsabilidad del tutor en la tutela romana, debemos hacer referencia a los distintos tipos de tutela, ya que en esencia son diferentes debido a las razones del nombramiento del tutor como tal, ya que por ejemplo en la tutela legítima el agnado, se encuentra como tutor debido a su posición familiar, mientras que el tutor dativo nace en un principio ya como un *onus*. Debido al carácter voluntario de la tutela testamentaria, el tutor no tiene ninguna obligación de administrar el patrimonio del pupilo para conservar su posición, ni será responsable de sus actuaciones, solo a apartir de la época clásica podemos hablar de manera general de la responsabilidad del tutor, ya que será entonces cuando a las tres clases de tutores se les apliquen las mismas condiciones.

La primera acción en el tiempo contra el tutor fue la *acusatio suspecti tutoris*, la cual ya se recogía en las XII tablas.¹⁵⁵

De las fuentes se deduce¹⁵⁶, que la *actio suspecti tutoris*¹⁵⁷, era una acción penal, que podía ser utilizada por cualquiera, incluyendo en época clásica el ser ejercitada por mujeres las cuales tuviesen una motivación de parentesco o de afecto con el pupilo.¹⁵⁸

¹⁵³ BONFANTE P. op.cit pp. 602 y ss.

¹⁵⁴ SANZ MARTÍN L. op.cit pp. 153.

¹⁵⁵ D.26,10,1,2. I.1,26pr.

¹⁵⁶ D.26,10,1,6.

¹⁵⁷ SOLAZZI S., “Tutor suspectus” en “Scritti II”, op. cit. Pp. 101-146, También BONFANTE P. op.cit. p. 613.

¹⁵⁸ SOLAZZI S., STOLFI F, PILOTTI M, V. “Tutela e Curatela” en " NDI, Tomo XVIII”.

La *actio suspecti*, se dirigía frente al tutor que realizaba actos dolosos¹⁵⁹, como fraude o malversación del patrimonio del pupilo mediante la *cognitio*¹⁶⁰ en el desempeño del cargo tutelar, y llevaba aparejada la nota de infamia, siendo por ello la época en la que más importancia tuvo, la republicana y la clásica, si bien en épocas posteriores no desaparece, sí que perdió la importancia que tuvo.¹⁶¹

Según Bonfante¹⁶², en época justiniana, la *actio suspecti*, no generaba siempre la nota de infamia, sino solo cuando se debía a una actuación dolosa del tutor. La *actio suspecti*, se utilizaba, para remover del cargo al tutor que actuaba dolosamente, pensada originalmente esta acción para promoverla contra el tutor testamentario, debemos señalar que, en el derecho antiguo, el tutor testamentario era inamovible, si bien como ya analizamos en el apartado referente a la tutela dativa, a partir de un senadoconsulto de la época de Claudio, mencionado por Gayo¹⁶³, será separado definitivamente del cargo de tutor, y será nombrado un tutor dativo. Solazzi¹⁶⁴ y Bonfante¹⁶⁵ entienden que este senadoconsulto tuvo que ser posterior a Claudio, ya que en él se reconoce la excusa para la tutela.

Si bien como decíamos, en un principio fue pensada esta acción solo para el tutor testamentario, más adelante como comentábamos al inicio de éste apartado, se ensancho el ámbito de actuación en la época clásica¹⁶⁶ como señala Ulpiano, y así Bonfante¹⁶⁷ y Solazzi¹⁶⁸, entienden ambos que se utilizaría la *accusatio* para todos los tipos de tutores en la época clásica. De manera contraria se manifiestan Jörs-Kunkel¹⁶⁹, pues a su juicio si bien las fuentes¹⁷⁰ indican que en el periodo justiniano podía ser ejercitada esta acción no solo frente al tutor

¹⁵⁹ D.42,5,31,1.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS M^a L. “Tutela y Curatela en Derecho Romano” en Revista General de Derecho Romano N^o35, Diciembre, 2020. Disponible en: https://www-iustel-com.ponton.uva.es//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423203.

¹⁶¹ Gai. 4,182.

¹⁶² BONFANTE P. op.cit. p. 616.

¹⁶³ Gai. 1,182.

¹⁶⁴ SOLAZZI S., “Instituti Tutelari”, op. cit. pp. 226-227.

¹⁶⁵ BONFANTE P. op. cit. p. 615.

¹⁶⁶ D.27,3,1,19 y D,26,10,1,5.

¹⁶⁷ BONFANTE P. op. cit. p. 613 y 617.

¹⁶⁸ SOLAZZI S. op. cit. p.207.

¹⁶⁹ JÖRS P. - KUNKEL W. op. cit. p.424..

¹⁷⁰ D.26,10,1,5.

testamentario sino frente al legítimo, dudan que fuese posible extender este régimen al resto de tutelas en época clásica.

En las fuentes, no se puede encontrar ningún tipo de consecuencia más que la infamia para el tutor, si bien algunos autores como Varela¹⁷¹, entienden que no es posible que el tutor testamentario, tuviese una responsabilidad patrimonial menor que el legítimo, el cual sería condenado con el *duplum*, al presentar frente a él la *actio rationibus distrabendis*, la cual analizaremos en el siguiente epígrafe. Y plantea la posibilidad de presentar frente al tutor una *actio furti*. Por su parte Kaser¹⁷² ve posible que se castigase al tutor con una pena pública.

Siguiendo a Bonfante¹⁷³, en época imperial, se creó una *postulatio*, para los casos de negligencia o ineptitud por parte del tutor¹⁷⁴, utilizada para remover al tutor de su cargo, sin ser añadida la nota de infamia, la existencia de este remedio viene dada por un comentario de Ulpiano¹⁷⁵, si bien ésta *postulatio* fue unificada junto con la *actio suspecti* por Justiniano¹⁷⁶, y así la *actio suspecti* solo incluiría la nota de infamia en los casos en los que el tutor actuó dolosamente.

Sobre la legitimación activa, podemos decir que podía ejercitar la acción cualquiera salvo el propio pupilo¹⁷⁷. Llegando incluso en época justiniana a ser ejercitada por el propio magistrado, o ejercitada por extraños como se señala en C.5,43,6,3.

3.6.2 *Actio Rationibus Distrabendis*

La *actio rationibus distrabendis*¹⁷⁸, se da paralelamente a la acción de sospecha¹⁷⁹, se crea en base a la *actio furti nec manifesti*, tanto Bonfante¹⁸⁰ como Solazzi¹⁸¹ coinciden en que la acción se ejercita durante la tutela en la época clásica y que más adelante en el derecho justiniano

¹⁷¹ VARELA E. op.cit pp. 279 y ss.

¹⁷² KASER M.op. cit. p.272.

¹⁷³ BONFANTE P. op. cit. p.615.

¹⁷⁴ D.26,10,1pr.

¹⁷⁵ D.26,10,4,4.

¹⁷⁶ C.5,43,9.

¹⁷⁷ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.203.

¹⁷⁸ ULP.D.27,3,1,24.

¹⁷⁹ SOLAZZI S. v. “Tutela” en “NNDI Tomo XIX, p.917.

¹⁸⁰ BONFANTE P., op.cit. p.619.

¹⁸¹ SOLAZZI S., “Tra l’ actio rationibus distrabendis e l’ actio tutelae” en “Scritti II” op. cit p. 287.

se convertiría en una especie de rendición de cuentas debido a que se ejercitaría al final de la tutela¹⁸². Presentándose esta acción frente al tutor legítimo contra los actos realizados que perjudiquen el patrimonio del impúber, cuya legitimación activa para presentarla pertenecerá al propio pupilo.¹⁸³

Esta acción de carácter penal consistiría en la condena al duplo de lo sustraído del patrimonio del impúber¹⁸⁴, en opinión de Solazzi, también llevaría aparejada la suspensión del ejercicio de la tutela por parte del tutor legítimo. Al mismo respecto, Bonfante señala que el ejercicio de la acción sería la suspensión en el ejercicio, pero no la remoción del cargo pues les une un título de agnación y por lo tanto es inamovible.

En época justiniana, la acción no lleva solo aparejada el *duplum*, también el resarcimiento, por lo que de un carácter penal pasará a ser uno mixto, y será excluida en caso de concurso con la *Actio Tutelae*¹⁸⁵. De forma opuesta y como señalábamos al principio del apartado, esta acción se crea en base a la *actio furti nec manifesti*, y ambas podrían ser ejercitadas a la vez, ya que al ser acciones penales se acumulan.¹⁸⁶

Si bien de acuerdo a las fuentes¹⁸⁷ la *actio rationibus distrahendis* se extendía en época clásica a las diferentes clases de tutela y no solamente a la legítima, algunos autores como Kaser¹⁸⁸, si bien consideran que es posible tal situación, consideran que dichas fuentes no son auténticas.

¹⁸² ULP.D.27,3,1,19.

¹⁸³ HERRERO MEDINA M. “Observaciones Sobre La Actio Rationibus Distrahendis” en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística XXVII, Madrid, 2014 pp. 322 y ss.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS M^a L. op. cit.

¹⁸⁵ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.206.

¹⁸⁶ BONFANTE op. cit. p. 618

¹⁸⁷ D.27.3.1.19.

¹⁸⁸ KASER M.op. cit. p.272

3.6.3 *Actio Tutelae*

A finales de la república, surge la *Actio Tutelae*, como una acción general establecida como *actio bonae fidei*¹⁸⁹, lleva aparejada la infamia¹⁹⁰, y es ejercitada por el pupilo al término de la tutela, en un principio frente al tutor dativo¹⁹¹. Sobre este aspecto, Bonfante¹⁹² señala que es posible, que se pudiese ejercitar frente al tutor testamentario.

El ejercicio de la *actio tutelae*,¹⁹³ da lugar a un *iudicium bonae fidei*, cuyo origen de acuerdo con Bonfante¹⁹⁴, sería la gestión de los negocios de la tutela. Por lo que se sancionaría en esta acción la conducta dolosa del tutor en la gestión de los negocios que sean contrarios a la *fides*, que debe tenerle al pupilo, de acuerdo con Kunkel, la condena que se obtenía era un castigo al honor del tutor, viéndose afectado por la infamia, y ello debido a la relación de confianza que debía haber entre tutor y tutelado, más tarde no solo englobaría los actos que fuesen en contra de ésta buena fé sino que englobaría a los actos culposos, si bien en opinión de este autor no llegaría hasta finales de la época clásica. Solazzi¹⁹⁵ argumenta que se extenderá esta responsabilidad a los actos culposos de igual manera. En contra se manifiesta Varela¹⁹⁶, considerando que la infamia tiene su mayor auge en la época republicana, y debido a ello, no sería necesario el dolo del tutor para ser sancionado con la infamia fundamentando su afirmación en un texto de Gayo¹⁹⁷.

Debido a como hemos señalado, la acción era ejercitada por la gestión de los negocios, no se podría ejecutar frente al tutor que no ha actuado en la tutela, por ello desde Marco Aurelio¹⁹⁸, este tutor que no actúa o tutor *cessans* fue demandado mediante la *actio*

¹⁸⁹ Gai. 4,62.

¹⁹⁰ Gai. 4,182.

¹⁹¹ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.209.

¹⁹² BONFANTE P. op. cit. p.620.

¹⁹³ SOLAZZI S., STOLFI F., PILOTTI M., v. "Tutela e Curatela" en "Nuovo Digesto Italiano" Tomo XVIII, pp. 579-580.

¹⁹⁴ BONFANTE P. op. cit. pp.623-628. También KASER M. op.cit. 272. Y JÖRS P. - KUNKEL W. op. cit. p.428.

¹⁹⁵ SOLAZZI S. "Tutore e periculum culpa" en "Scritti IV", pp. 1-14.

¹⁹⁶ VARELA E. op. cit. pp. 286 y ss.

¹⁹⁷ Gai. 4,182.

¹⁹⁸ D.27,1,37,1;26,7,39,11.

*tutelae utilis*¹⁹⁹, llamada *actio utilis* por Bonfante²⁰⁰ para diferenciarla de la *actio tutelae*, que servía para que el tutor desempeñará su cargo, anterior a esta acción solo mediante el magistrado, se podría obligar al tutor a cumplir con su deber.²⁰¹

3.6.4 *Actio Tutelae Contraria y Protutela.*

Hemos visto los medios que tiene el pupilo en las diferentes clases de tutela, para pedir responsabilidades a su tutor, de igual manera, el tutor tiene a su favor una acción denominada *actio tutelae* contraria, la cual le permite resarcirse de los gastos que ha sufrido en su patrimonio en el ejercicio de la tutela²⁰². Siguiendo a Sanz²⁰³, esta acción pudo servir para fomentar que los tutores utilizasen su propio patrimonio para ayudar al pupilo, pues garantizaba el reembolsarse lo invertido, si bien el juez debería tener en cuenta la utilidad de la inversión y si benefició al pupilo, en caso contrario se debería absolver al pupilo.

Ésta acción sería ejercitada por el tutor al término de la tutela, siendo posible ejercitarla incluso cuando haya sido demandado tanto por la *actio tutelae* como por la *actio ratrionibus distrahendis*, dando lugar a unos juicios, en los que se tendría en cuenta la actuación del tutor, si bien en el caso de que aún si el tutor realizo los actos debidamente, el púpilo no pudiese hacer frente a la demanda, no podría resarcirse el tutor de sus gastos pues ésta acción no esta pensada para hundir al pupilo.

La protutela, como señalan las fuentes²⁰⁴, es aquel sujeto que realiza las funciones de un tutor sin serlo, en la época justiniana, se promulga en contra y a favor de la protutela dos acciones, la *actio protutelae* directa²⁰⁵ y la *actio protutelae* contraria²⁰⁶. Estas acciones fueron necesarias, debido a que no puede ser ejercitada frente al protutor, la *actio tutelae* debido a que realmente no es un tutor.²⁰⁷ En este sentido, la *actio protutelae* directa, estará basada en los mismos aspectos que la *actio tutelae*, los actos de gestión realizados por el protutor, que fueron dañinos para el patrimonio del pupilo, si bien se diferencian no solo por el sujeto pasivo, sino que también en el aspecto temporal, debido a que como no es un tutor de verdad, se podía

¹⁹⁹ ZANNINI P. v. "Tutela" en "ED" Tomo XLV, pp. 310.

²⁰⁰ BONFANTE P. op. cit. p. 621.

²⁰¹ D.26,7,1

²⁰² D.27,4,1.

²⁰³ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.214.

²⁰⁴ D.27,5,1,1.

²⁰⁵ D.27,5,1.

²⁰⁶ D.27,5,5.

²⁰⁷ BONFANTE P. op. cit. p. 642.

ejercitar antes de que el pupilo llegase a ser púber, osease antes del término de la protutela. De igual forma ocurre en la *actio protutelae contraria* basándose ésta en la *actio tutelae* contraria para resarcirse de los gastos de la tutela.

3.7 Extinción de la tutela.

La tutela *impuberum* se extingue por las siguientes circunstancias:

1. En cuanto a las circunstancias del pupilo, se extingue con la muerte, con la *capitis deminutio* del pupilo o con la llegada de éste a la edad púber, si bien si el impúber fuese mujer, se instituiría una tutela *mullierum* una vez llegada a la edad púber.
2. Las circunstancias que afectan al tutor son la muerte o *capitis deminutio* máxima o media, o incluso mínima.²⁰⁸
3. Sobrevenir el término o condición al cual estaba subordinado el ejercicio de la tutela.²⁰⁹
4. Incapacidad sobrevenida o mediante el ejercicio de las *excusationes*. Sobre este aspecto cabe destacar que la *excusatio* o incapacidad sobrevenida del tutor no daba lugar a la tutela legítima, sino a una dativa, nombrando una nueva tutela en el lugar de la que se excusó en el primer caso, y una para el tiempo intermedio en el que dure la incapacidad.²¹⁰
5. Remoción del tutor mediante una *acussatio suspecti tutoris*, la cual en un primer momento solo se aplicaba a la tutela testamentaria²¹¹, en el caso de la legítima se podía nombrar un tutor adjunto que se hiciese cargo de la administración de los bienes del pupilo, quedando vacía la tutela legítima, ya en derecho Justiniano será cuando la *acussatio suspecti* tuviese una aplicación general.²¹²

²⁰⁸ Gai. 1,163.

²⁰⁹ SANZ MARTÍN L. op. cit. p.182.

²¹⁰ D.26,2,11,1.

²¹¹ SERRANO MOLINA A. “La remoción del tutor”, Madrid, 1999, p.45.

²¹² D.26,2,11,2.

4. La Tutela en el derecho actual

4.1 Concepto y función de la tutela.

Como punto de partida para realizar el estudio del instituto tutelar en nuestro ordenamiento jurídico, debemos comenzar como punto de partida con el Derecho histórico de inspiración germánica con criterios semejantes en diversos fueros siendo de carácter familiar atribuyéndose el cargo a un pariente, Las Partidas reprodujeron la tutela romana, siendo una tutela judicial con un tutor y un curador, manteniéndose esta hasta la aparición del código civil basado en el código napoleónico, volviendo de nuevo a una tutela de familia,²¹³ la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código civil en materia de tutela, es el medio mediante el cual nuestro sistema tutelar sufrió una transformación pasando de ser una tutela familiar, a transformarse en un instituto diverso con varias instituciones como la curatela el defensor judicial o la guardia de hecho, y cuyo régimen jurídico se vio alterado ya que se transformó en una tutela de autoridad controlada por la autoridad judicial.²¹⁴ Por otro lado está pensado que entre en vigor el 3 de septiembre de este mismo año una nueva regulación en materia de tutela y curatela.

Esta reforma pretende conseguir una adaptación de nuestro sistema al de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, siendo los principales puntos de interés los siguientes²¹⁵:

1. Reformar el sistema que tenemos de sustitución en la toma de decisiones por uno en el que la voluntad y las preferencias de la persona, las cuales serán el eje central, como en la tutela.
2. Se elimina la declaración de incapacitación, la tutela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada, pasando la tutela a ser un instituto exclusivo de menores y se suprime la prodigalidad como una institución aparte.

²¹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ X., "Compendio de Derecho Civil, Tomo IV", Madrid, 2012. p.279-280

²¹⁴ TOBEÑAS CASTAN J., "Derecho Civil Español Común y Foral" Tomo IV, Madrid,1995, pp.513 y ss.

²¹⁵ Noticias Jurídicas (2021): Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>

3. Se crea la figura de medidas de apoyo, las cuales consisten en un acompañamiento y ayuda técnica a la persona a la hora de tomar sus decisiones teniendo naturaleza asistencial

De acuerdo al artículo 215 del Código civil, “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º La tutela, 2º. La curatela 3º El defensor judicial”.

Así pues, la tutela de acuerdo a los artículos 222 y 267 CC, es la institución que suple la falta de patria potestad en atención a los menores no emancipados y los incapacitados cuando así se determine mediante sentencia, el tutor representará al menor o al incapacitado, salvo que por disposición legal o por ser establecido en la sentencia, pueda realizar los actos.²¹⁶

Cabe decir que de conformidad con el art.240 cc, en el caso de que se deba designar tutor a varios hermanos a la vez, el juez deberá procurar que el cargo recaiga sobre la misma persona, dando así una situación análoga a la de la patria potestad, ofreciendo una igualdad en la educación y de procurar así una mejor conservación de la familia.²¹⁷

La patria potestad mencionada en el párrafo anterior no debe ser entendida en el mismo contexto que la patria potestad en derecho romano, ya que la patria potestad en derecho romano se caracterizaba por la obediencia y dependencia del menor hacia quien ostentase dicha patria potestad, en el derecho actual la relación entre menor y la persona que ostenta la patria potestad, se ha alejado del principio de autoridad del padre, siendo ahora un derecho-función²¹⁸ en beneficio de los menores.

O’ Callaghan²¹⁹ define la función tutelar en general, como “el poder que concede la ley sobre una persona, menor de edad o incapacitado, y sus bienes o solo sobre uno u otro, en beneficio del menor de edad o incapacitado, todo ello bajo el control del juez”.

En cuanto a las funciones de la tutela en específico, podemos decir que el tutor tendrá por funciones las mismas que la patria potestad, velar por el menor, cuidarlo, educarlo, además de representarlo y administrar su patrimonio, sin embargo, como ocurría en el

²¹⁶ PEREZ ÁLVAREZ M.A. “La tutela, La curatela y la Guarda de los Menores e Incapacitados” en Curso de Derecho Civil IV, Madrid, 2011, pp.408-409

²¹⁷ TOBEÑAS CASTAN J., op.cit p.524

²¹⁸ ARECES PIÑOL M.T., “Tutela del menor y libertad religiosa” en “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte”, Castellón de la Plana, 1999, p. 43.

²¹⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ X., op. cit. p.277.

derecho romano, ésta tendrá límites en comparación con la patria potestad ya que está sometida a control judicial.

4.2 Delación y constitución

En virtud del sistema actual de tutela de autoridad y de acuerdo con el artículo 231 CC, “el juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos y del tutelado si tuviese suficiente juicio y si fuese mayor de 12 años”.

En nuestro sistema existe un deber de promoción de la tutela, éste deber recae sobre los parientes que pueden ser tutores, los que tengan bajo su guarda al menor, acorde al artículo 229 del código civil. Y tienen facultad para promover la tutela cualquier persona, poniendo en conocimiento la situación al Ministerio Fiscal o al Juez.

Compete al juez también el nombramiento del tutor, este tutor deberá tener la capacidad suficiente y no ser inhábil. Para saber si un tutor tiene capacidad suficiente debemos acudir a los artículos 241 y 242 CC, señalando estos artículos que pueden ser tutores las personas que tengan capacidad de obrar plena y en quien no concurra una causa de inhabilidad, y en cuanto a las personas jurídicas aquellas que no tengan finalidad lucrativa, y cuyo fin sea la protección de los menores e incapacitados.

Las causas de inhabilidad se contemplan en los artículos 243 y 244 CC, y señalan que no pueden ser tutores, aquellas personas que hayan sido suspendidos del ejercicio de la patria potestad por resolución judicial, los cesados en una tutela anterior, los condenados, los que tengan imposibilidad de hecho, los enemistados con el menor, las personas con malas conductas, los quebrados y los que hayan entrado en conflicto con el pupilo.²²⁰

El artículo 234 del código, nos indica a quien debe nombrar tutor el juez en un orden de prelación señalando:²²¹

1. Al designado por el propio tutelado, cuando éste tuviese capacidad, y en previsión de una posible incapacitación futura, indica mediante documento público quien quiere que sea su tutor, recibiendo así el nombre de autotutela.
2. Al cónyuge que conviva con el tutelado.
3. En defecto de los anteriores a los padres.

²²⁰ BERROCAL LANZAROT A.I., “Constitución de la tutela, nombramiento, capacidad y causas de inhabilidad del tutor”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm 725, pp1656-1664

²²¹ CASTÁN TOBEÑAS J. op. cit. pp. 526-527.

4. La persona indiciada por los padres en testamento, o a través de documento público. A la inversa el artículo 245, permite a los padres excluir a ciertos sujetos de ejercer el cargo de tutor, si bien el juez puede mediante resolución motivada estimar que es beneficioso para el menor si bien no tienen esta opción los padres que hayan sido privados de la patria potestad, acorde al art.226.
5. Al descendiente ascendiente o hermano.
6. A aquella persona que, por interés del tutelado, y en beneficio de él sea el más idóneo.

El juez, en un principio deberá seguir el orden de prelación establecido en este artículo, pero de acuerdo al artículo 234, el juez en beneficio del menor puede alterar el orden mediante resolución motivada.²²²

En cuanto al régimen de las excusas, el tutor podrá excusarse en el plazo de quince días desde que tiene el tutor conocimiento del nombramiento, o en cualquier momento si durante del ejercicio de la tutela, cuando la causa para excusarse fuese sobrevenida. Las causas por las que se puede excusar el tutor de acuerdo con el artículo 251 CC, se engloban en resultar excesivamente gravoso el ejercicio de la tutela, así como no tener ningún tipo de relación con el menor o incapacitado.²²³

Al tutor se le puede privar del cargo mediante resolución judicial, cuyo procedimiento se inicia de oficio a instancia del Ministerio fiscal o cualquier interesado, debido a que concurra alguna de las causas que menciona los artículos 243 y 244 del CC.²²⁴

1. Que tutor incurra posterior a que se ha deferido la tutela en una causa de inhabilidad.

2. Que el tutor esté incumpliendo sus deberes en el ejercicio del cargo, o sea notoria su ineptitud para el cargo, en general que se esté desempeñando mal la tutela.

3. Cuando surjan problemas de convivencia entre el tutor y el pupilo de forma continuada y grave.

Como mencionábamos anteriormente la reforma de 1983, reformó el sistema tutelar, dando la posibilidad de estructurar la tutela de formas diferentes, si bien la forma habitual en la que se va a estructurar la tutela va a ser la de un único tutor, gracias a la reforma existe la posibilidad de que la ejerzan dos tutores, o que sea ejercida por una persona jurídica.²²⁵

²²² BERROCAL LANZAROT A.I, op. cit. p.1639.

²²³ PEREZ ÁLVAREZ M.A., op. cit. pp.417-418.

²²⁴ CASTÁN TOBEÑAS J. op. cit. p. 536.

²²⁵ TOBEÑAS CASTAN J., op. cit. 530

En el caso de que el tutor sea único se formará en base al artículo 236, siendo esta la regla general a la hora de estructurar la tutela, debido a las ventajas que ofrece como la unidad de criterio o la reducción de gastos.

La cotutela al ser una excepción a la regla general se admite en 4 casos diferentes, siendo estos la dificultad que devendría de ejercer la tutela tanto de los bienes como de la protección del tutelado, encargando en este supuesto a un tutor de la tutela de los bienes y a otro la del pupilo, cuando corresponde al padre y a la madre ejercer la tutela, cuando se designe a una persona el cargo de tutor y se crea conveniente que se le otorgue el cargo de tutor al cónyuge, o cuando así se estipule en testamento.

En cuanto a las personas jurídicas se permite que ejerzan la tutela las personas jurídicas no lucrativas en cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados en base al artículo 242 como indicábamos anteriormente.

4.3 Ejercicio de la tutela

4.3.1 Garantías previas

Una vez ha sido nombrado el tutor, se deberá dar posesión del cargo al tutor, de acuerdo con el artículo 259 CC, el juez puede exigir al tutor, a constituir una fianza para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones como tutor siguiendo el 260 CC. El juez deberá indicar la modalidad y cuantía de esta, así como el poder modificarla o dejarla sin efecto. Esta fianza, no es una garantía imprescindible, sino que es facultad del juez acordarla o no.²²⁶

La segunda garantía, es la realización de inventario por parte del tutor. Es una garantía impuesta al tutor y necesaria, de acuerdo al artículo 262, “El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado”, deberá hacer el inventario en los sesenta días siguientes desde que tomó posesión del cargo, si bien este plazo es prorrogable de acuerdo al artículo 263 CC. Se ha de formar judicialmente, con intervención del Ministerio Fiscal, y de las personas que se estimen convenientes, 264 CC.²²⁷

Acorde al artículo 265, la tercera garantía es el depósito, si bien no tiene por qué constituirse, el juez puede acordar que los bienes como alhajas u objetos preciosos sean depositados en un establecimiento que se dedique a ello.

4.3.2 Contenido personal

El contenido personal de la tutela, se concreta en los artículos 268 y 269 del CC, así en el 268 se señala que el tutor tiene que ejercer su cargo de acuerdo a la personalidad de su

²²⁶ PEREZ ÁLVAREZ M.A, op. cit. pp.418-419.

²²⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIROS M., “Derecho de Familia”, Madrid, 1989. p.582.

pupilo, añadiendo que cuando sea necesario deberán solicitar el auxilio de la autoridad, el contenido esencial reside en el 269, se señala en este artículo como funciones del tutor, el cuidado , procurar alimentos al pupilo, educar al menor, protegerlo, y en el caso de los enfermos procurar la recuperación de la capacidad del tutelado y su reinserción.

Se denota del artículo 271, núm 1º, la nota de autoridad de la tutela, pues se señala que para el internamiento del pupilo en un centro de salud mental o de educación o formación especial se requiere autorización judicial.²²⁸

Dentro del contenido personal podemos incluir el derecho que tiene el tutor de ser respetado y obedecido por el pupilo, pudiendo el tutor “recabar el auxilio de la autoridad” y corregir al menor de manera razonable acorde al art. 268.²²⁹

4.3.3 Contenido patrimonial

De acuerdo al artículo 270 del CC, el tutor tiene la facultad de administración del patrimonio del pupilo, siendo el administrador legal de este, siempre que la tutela alcance los bienes y no solo a la persona y deberá ser ejercitada con la diligencia de un buen padre de familia.²³⁰

Debido al carácter de autoridad, se requiere de autorización judicial para los actos que exceden la administración ordinaria²³¹. Ésta es concedida por el juez oído el Ministerio Fiscal, y al tutelado en caso de que sea mayor de doce años y se considere oportuno.

Los actos de administración para los cuales se requiere autorización judicial se encuentran recogidos en el artículo 271 del CC:

Los actos contractuales, se requiere de autorización para el contrato de arrendamiento en el que se actúe como arrendador para un plazo superior a seis años, en el contrato de préstamo, tanto como en posición de prestamista o prestatario.

Para realizar gastos extraordinarios en base a los bienes del tutelado, aceptar una herencia sin beneficio de inventario, y formular demanda, se requiere también autorización judicial.

Para realizar actos de disposición, el tutor solo puede disponer de bienes que no sean de gran valor a título oneroso. Para cualquier acto de disposición a título gratuito se requiere autorización de acuerdo al artículo 271.9º, de la misma manera, requerirá autorización para

²²⁸ O'CALLAGHAN X. op. cit. p. 288.

²²⁹ TOBEÑAS CASTAN J., op. cit. 539

²³⁰ O'CALLAGHAN X. op. cit. p. 289.

²³¹ PEÑA BERNALDO DE QUIEROS M. op. cit. p. 581.

disponer a título oneroso de créditos, de bienes preciosos y valores mobiliarios, para la renuncia de derechos y repudiar una herencia también requiere dicha autorización.

En esencia se requiere autorización para cualquier acto que pudiese dañar el patrimonio del pupilo.

Podemos incluir dentro del contenido de carácter patrimonial, el derecho del tutor a una remuneración reconocido en el artículo 274 del Código Civil. Como requisito indispensable, se requiere que el patrimonio del pupilo sea suficiente para hacer frente a la retribución, se fija por el juez teniendo en cuenta el trabajo del tutor. Del mismo modo se prevé que en el testamento los padres puedan disponer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes, también se reconoce una indemnización al tutor por los daños que pueda sufrir en el ejercicio de la tutela, con cargo al patrimonio del pupilo.²³²

Por último, señalar que otra de las funciones del tutor, es suplir la falta de capacidad de obrar del tutelado, en este sentido, el artículo 267 señala que el tutor es el representante del menor o incapacitado sujeto a tutela, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea porque lo permite la ley, o la sentencia de incapacitación.²³³

4.3.4 Límites y responsabilidad

Además de las limitaciones que hemos observado en el apartado anterior en la facultad de administración y disposición del tutor, el código en el artículo 221, establece una serie de prohibiciones que afectan a todos los cargos tutelares.

Así pues, señala este artículo la prohibición al tutor de recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, de adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título, y representarlo cuando en el acto intervenga en nombre propio o en el de un tercero, o exista un conflicto de intereses.²³⁴

Para el estudio de la responsabilidad interesa mencionar, que hay un supuesto de responsabilidad antes del ejercicio de la tutela, el cual se da cuando una persona obligada a promover la constitución de la tutela, conociendo la necesidad del menor de tener un tutor, será responsable de los daños y perjuicios causados, de acuerdo con el artículo 229 del CC.²³⁵

²³² PEÑA BERNALDO DE QUIROS M. op. cit. p. 285.

²³³ CASTAN J. op. cit. p.543.

²³⁴ O'CALLAGHAN X. op. cit. p. 288.

²³⁵ CANDAU PEREZ A. "Responsabilidad del tutor" en La protección jurídica del discapacitado: I Congreso Regional. Valencia, 2003. p.178.

En la tutela de autoridad, el juez actúa de manera indirecta, concediendo o no la autorización para las cuestiones personales y patrimoniales del tutelado que así lo requieran.²³⁶ En todo caso de acuerdo con el apartado 4º del artículo 269, se le impone un deber al tutor de presentar una rendición anual del trabajo realizado, en relación con el estado del menor o incapacitado, y una cuenta anual de su administración patrimonial²³⁷. Esto no quita, que el juez pueda exigir al tutor que informe de la situación actual, así como establecer medidas de control.

Para analizar los posibles daños causados por el tutor, debemos prestar atención a la rendición de cuentas, que estudiaremos en el apartado siguiente, donde se advertirá los daños causados al tutelado, y podrá tener responsabilidad en su caso por mora, incluso la aprobación de las cuentas no quita la posibilidad del ejercicio de acciones por parte del tutelado frente al deudor.

4.4 Extinción y rendición de cuentas.

Las causas por las cuales se extingue la tutela son la cesación de las causas que originaron en un primer momento la necesidad de instaurar una tutela. Así podemos decir que las causas por las que se extingue la tutela son:

1. Llegar a la mayoría de edad por parte del menor, o que le sea concedido el beneficio de la mayoría de edad como señalan los artículos 276, 1º y 4º. Si bien es posible el caso de que el menor de edad una vez llega a la mayoría se encuentre incapacitado, supuesto recogido en el artículo 278, el cual indica que continuará el tutor en el ejercicio de su cargo.
2. Por cesación o modificación de la sentencia de incapacitación, recogido en el art 277, 2º, caso en el que se extinga la tutela y se instaure una curatela.
3. Rehabilitación de la patria potestad de los padres, o instauración de la patria potestad del adoptante, en cuyo caso se sustituiría la tutela por la patria potestad como recoge el art 277, 1º y el 276 2º.
4. Fallecimiento del tutelado, recogido en el art 276, 3º.

Como adelantábamos antes, cuando se extingue la tutela, el tutor debe rendir cuentas de la gestión realizada en su cargo, exigencia que deriva del art 279 CC, “El tutor, al cesar en sus funciones, deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la

²³⁶ SANZ MARTÍN L. op. cit. p. 177.

²³⁷ CANDAU PEREZ A. op. cit. p.179.

autoridad judicial”. La rendición de cuentas debe ser dada en los 3 meses siguientes al término de la tutela, siendo estos prorrogables si media justa causa.²³⁸ Esta cuenta general incluye todo el contenido mencionado anteriormente, tanto el contenido personal, que tratará sobre la gestión personal del tutelado, como el contenido patrimonial, que incluirá la retribución al tutor, la representación la percepción de frutos, los daño sufridos por el tutor, y los gastos y actos relativos al patrimonio que haya realizado. Los gastos que cause la realización de las cuentas son a cargo del tutelado como dispone el artículo 281 CC.

El plazo para realizar las cuentas es de tres meses prorrogables si media justa causa como señala el artículo 279, 5º, la cual se hará frente el juez, oyendo éste al pupilo y sus herederos, al nuevo tutor o curador en su caso e incluso al defensor judicial. El saldo de la cuenta devengará intereses en favor o en contra del tutor en razón de los casos, en el caso de ser a favor del tutor, el interés será desde que se requirió al pupilo el pago, si es en contra será desde la aprobación de las cuentas.²³⁹

La acción para exigir la rendición de cuentas prescribe tras 5 años, desde que termina el plazo para realizarlo, de acuerdo con el art 279, la aprobación de las cuentas no impide el ejercicio de acciones entre tutor y tutelado por razón de la tutela.

²³⁸ TOBEÑAS CASTAN J., op. cit. 547.

²³⁹ O'CALLAGHAN X. op.cit. p. 292-293.

5. Diferencias y semejanzas entre la regulación de la tutela en Roma y el Derecho actual.

Llegados a este punto, conviene realizar un trabajo de comparación entre ambas figuras, por un lado, la tutela en Derecho Romano y por otro lado la tutela en el Derecho Civil vigente. Todo ello, no obstante, con la salvaguarda de que, si bien se guarda un evidente paralelismo o una evidente disparidad entre ambas figuras, es necesario que se establezca en qué periodo de la tutela romana nos referimos ya que como hemos visto a lo largo del trabajo sus notas irán cambiando.

Así pues, podemos comenzar este análisis con las semejanzas entre la regulación de la tutela en el Derecho Romano y el Derecho Civil siendo estas las siguientes:

Debemos comenzar este análisis, si bien de manera redundante, con la razón por la cual es necesario este instituto, la cual es suplir la capacidad de las personas que carecen de ella, o las que la tienen limitada, esta razón es compartida tanto en derecho romano como en el ordenamiento actual, con salvedades ya que en el derecho romano se tenían en cuenta cuestiones como el género²⁴⁰ las cuales no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Otro de los puntos en los que coincide la tutela en Roma y en nuestro ordenamiento jurídico es en las formas de designación de la tutela, tanto la tutela testamentaria, la legítima o la dativa, son las tres formas de tutela principales de las múltiples que hubo en el derecho romano si bien estas no se han mantenido en el tiempo de la misma manera, si existe una correlación entre las formas de designación en el derecho actual con las que hubo en Roma antiguamente, incluyendo en el derecho actual la autotutela.²⁴¹

Tanto en el derecho romano como en el actual, hubo una preocupación sobre que personas podían o no ejercer como tutores, si bien los requisitos no son los mismos debido a la diferencia entre un ordenamiento u otro, si existe una semejanza entre estos, siendo en el derecho romano estos requisitos ser libre, paterfamilias y la ciudadanía y en el derecho actual ser capaz a tenor de los arts.241 y 242.

Al igual que se requieren ciertos requisitos para poder ejercer el cargo de tutor, los propios tutores pueden en base a unas circunstancias solicitar que se les excuse del cargo mediante las excusas, si bien el régimen de las excusas ha ido evolucionando, la esencia de estas no ha cambiado, siendo esta la imposibilidad por una u otra razón de ejercer como tutor, o por el hecho de ser muy gravoso. Asentando las bases el derecho romano, unas bases

²⁴⁰ BONFANTE P. op.cit p. 553.

²⁴¹ SANZ MARTÍN L. op. cit. pp. 106-107.

que evolucionarían con el tiempo a unos requisitos más comprensibles en nuestra época como el plazo de 50 días para presentar las excusas, siendo 15 en el derecho actual, o la previsión de que haya causas sobrevenidas.²⁴²

Si bien el siguiente punto de conexión entre ambas, es lógico no por ello debe omitirse, siendo la extinción en ambas tutelas por las mismas causas, ya sea la muerte del tutelado, que el tutelado alcance la mayoría de edad, o la sustitución de la tutela por otro sistema como la cura.

En cuanto a la remoción de los tutores encontramos también similitudes salvo algunas cuestiones, como por ejemplo el caso específico de la tutela legítima en la que no se podía remover el cargo de tutor legítimo sino suspenderlo debido al título agnaticio que los unía²⁴³, en general tanto en el ordenamiento actual como en el romano, existen y existían causas y procesos mediante los cuales se podía proceder a la remoción del tutor.

He decidido incluir en las semejanzas lo que considero es el antecedente histórico a la figura de la rendición de cuentas ya que la *actio ratorionibus distrabendis* y la *actio tutelae* ambas se ejercen al término de la tutela teniéndose en cuenta la actuación del tutor a lo largo de la tutela, si bien la rendición de cuentas ahora es un procedimiento ampliamente regulado en el código civil²⁴⁴, en este párrafo también podemos incluir los medios que tiene el tutor de resarcirse una vez terminada la tutela de los daños que haya podido sufrir por el ejercicio del cargo, en ambos casos resarciéndose en base al patrimonio pupilar en el caso de que fuese posible.

En cuanto a las obligaciones podemos encontrar las bases de las actuales, en el derecho romano como es el caso del inventario, pudiendo ver la evolución de esta obligación comenzando en el derecho romano como algo “voluntario” pues llevaba aparejada la nota de infamia y se hacía responsable al tutor de los posibles daños al no realizar dicho inventario, a la necesidad de realizarlo hoy en día cuando se ejerce el cargo de tutor.

De la misma forma encontramos la obligación de prestar fianza por parte del tutor legítimo en Roma si bien como es normal siendo un sistema en evolución, en el caso de la tutela testamentaria y dativa sería opcional pues se entendía que el paterfamilias en el testamento habría investigado si a quien dejaba el cargo de tutor podía hacer frente a la situación y en el caso del dativo se entendía que el magistrado habría hecho lo mismo, de

²⁴² Véase SOLAZZI S., v. “Tutela” en “NNDI” Tomo XIX., p.917. y CASTÁN TOBEÑAS J. op. cit. p. 536.

²⁴³ SCHULZ F. op.cit. p.159 y SOLAZZI S. “Instituti Tutelari”, Nápoles, 1929, p 12.

²⁴⁴ O’CALLAGHAN X. op.cit. p. 292-293.

esta forma en el sistema actual, será el juez quien consideré si es necesario o no la prestación de fianza.²⁴⁵

Curioso a mi punto de vista es el caso de la protutela, pues se puede encontrar regulado en ambos ordenamientos, siendo la situación en la que un sujeto ejerce de tutor sin realmente serlo, y como el derecho actual es la evolución de este sistema que se formo en el derecho romano, llegando hoy en día a estar en constante evolución.

En cambio, la regulación de la tutela en Derecho Romano y el Derecho Civil es dispar en los siguientes aspectos:

La más destacable desde mi punto de vista, la carencia de función protectora en un primer momento en el derecho romano, ya que en un primer momento la única función del tutor es la de administrar el patrimonio del pupilo, dejando a cargo de la madre la educación, en mi opinión es la más dispar con nuestro derecho, pues es el núcleo central en el que esta inspirada la tutela en el derecho civil, el interés del menor y su protección.

Ahondando más en este tema la tutela romana carece de contenido personal en el ejercicio de la misma, considerando solo aspectos como la educación los alimentos o el cuidado, en su sentido patrimonial, teniendo que dedicar el patrimonio necesario el tutor para cubrir los gastos, mientras que en nuestra tutela actual es una de las cuestiones más importantes²⁴⁶.

Otra diferencia clara por el momento en el que se dan ambos ordenamientos, es la de los sujetos, si bien la necesidad del instituto es la misma, la consideración de los sujetos a los cuales se les debe suplir la falta de capacidad es muy diferente, si bien se asemejan en el caso de la tutela impúber, siendo la razón de la falta de capacidad la edad, nos encontramos en roma con la tutela *mulieris* haciendo ésta una diferencia por el genero del sujeto a tutela. Cosa casi impensable hoy en día en nuestro derecho. De la misma manera ocurre con los sujetos que pueden ejercerla, si bien incluirlo en este apartado entra en conflicto con lo expuesto anteriormente con las semejanzas, considero digno de mención en las diferencias el hecho de que por ser mujer no se pudiese ejercer la tutela, si bien esto cambiaría más

²⁴⁵ BONFANTE P. op. cit. p. 639.

²⁴⁶ ARECES PIÑOL M.T op. cit. p. 43.

adelante para la madre, y aun así se permitía bajo la condición de no volver a contraer matrimonio, situación que hoy ni si quiera sería imaginable.²⁴⁷

A mi parecer un punto destacable en este apartado es el deber de promoción o más bien la inexistencia de este en el derecho romano, ya que tanto en la tutela testamentaria como la legítima se consideraba que la tutela se instauraba a la muerte del paterfamilias, con la salvedad de la tutela dativa, al contrario de lo que ocurre en la tutela actual teniendo la obligación de hacerlo tanto los parientes como los guardadores del menor.

Como podemos observar muchas de estas diferencias vienen dadas por el cambio social o jurídico que se da en el tiempo, lo mismo ocurre con la forma de organizar la tutela, ya que la tutela en Roma sigue una organización familiar, mientras que en la tutela actual, nos encontramos con una organización de la tutela que gira alrededor del juez, siendo esta una tutela de autoridad, como declara el artículo 231. Si bien esta diferencia en comparación con otras como la de la tutela de género, es más bien moderna debido que hasta 1964, con la reforma de ese mismo año, en España se seguía con una organización de la tutela alrededor de la familia.²⁴⁸

Para finalizar las diferencias, y en relación con la primera de las diferencias, se encuentra la limitación en el ejercicio del cargo de tutor, pues si bien a lo largo del tiempo se irían incluyendo límites a los negocios que podía realizar el tutor con el patrimonio pupilar, en un primer momento no existían dichos límites debido a la consideración de que ser tutor era un derecho más que un deber, siendo también esta consideración una gran diferencia con el sistema actual, en la que ser tutor es un deber, y el tutor se encuentra muy limitado en el ejercicio de la tutela debido al control judicial de la misma.²⁴⁹

²⁴⁷ C.5,35,2.

²⁴⁸ TOBEÑAS CASTAN J., op.cit pp 513 y ss.

²⁴⁹ ARECES PIÑOL M.T op. cit. p. 43.

6. Conclusiones

I Tras el análisis histórico, es clara la evidencia de que la tutela es un instituto que ha existido desde el desmembramiento de la familia antigua romana, ya que se observa claramente que una vez dada esta separación en la cual no se tenía un familiar que ostentase una patria potestad sobre un incapaz, se requería de una solución para darles protección frente al tráfico jurídico. Es llamativo a mi parecer el casi carácter egoísta que tiene la tutela en un primer momento ya que se consideraba un derecho a favor del tutor y no un deber, siendo más importante la protección del patrimonio del pupilo debido a una posible herencia en el futuro, que la propia protección del pupilo, si bien es comprensible debido al carácter que tenía la tutela en un primer momento siendo casi una fusión entre el instituto de la patria potestas con el sistema de la hereditas compartiendo con ellos muchas notas siendo estas las bases de la tutela testamentaria más arcaica.

II. Como se ha comprobado, por el devenir de la sociedad, esa protección que se le daba al pupilo en base a la tutela no era suficiente para protegerlo, por lo que se hizo necesario extender los límites al ejercicio de la tutela, pasando de estar considerado como propietario del patrimonio del pupilo, a estar realmente limitado a la hora de realizar enajenaciones o recibir cobros dándose así una evolución lógica y otorgando tanto al pupilo como a otros sujetos los mecanismos necesarios para resarcirse de los posibles daños por la actuación del tutor. Desde mi punto de vista, el que se haya protegido más esta figura es algo positivo y necesario, si bien no es comparable la protección que tenían los pupilos en roma frente a los posibles daños con los sistemas que tenemos actualmente, si considero que es una buena base en la que posteriormente evoluciono el instituto.

III. Durante el estudio de las clases de tutela hemos podido observar la evolución en el tiempo de las diferentes maneras de asegurar que el incapaz recibía la protección de un tutor ya fuese en un primer momento del heredero del pater familias muerto, siendo la siguiente en el tiempo la tutela legítima de los agnados y de los gentiles, para terminar por una tutela dativa nombrada por un magistrado, una de las cuestiones que abordábamos en el apartado era la cuestión sobre si se podía o no nombrar tutor a un impúber con la condición de que llegase a la pubertad para ejercer el cargo y

como esto ha generado un debate doctrinal. En mi opinión considero que si se podría haber nombrado tutor al impúber con la condición de alcanzar la pubertad en base a que en dicho caso lo más normal es que se hubiese nombrado un *tutor temporarius* para suplir la ausencia del tutor hasta que alcance la edad.

IV. Como ha quedado patente, los tutores tienen que cumplir una serie de requisitos de capacidad para ser aptos para ejercer la tutela, si bien los requisitos en la tutela romana son diferentes a los del derecho vigente como es el caso de la prohibición de ejercer la tutela por parte de las mujeres en un primer momento hasta que se permite a la madre ya en época justiniana, si comparten un núcleo y es el de ser mayor de edad tener plenas capacidades y no incurrir en una causa de la que se pueda dudar del ejercicio correcto por parte del tutor como es el caso de una enemistad o actuar con ánimo de lucro. Sentando así las bases de un sistema que apenas ha mutado en el tiempo, excepto por las consideraciones de género las cuales han quedado superadas hace tiempo en nuestro sistema jurídico.

V. En cuanto al régimen de las excusas, considero positiva su evolución a lo largo del tiempo, pues si bien en un primer momento la tutela testamentaria y la legítima tenían sus propios medios para no ejercer la tutela debido a su condición de no ser obligatorias, ya en la dativa encontramos el origen de las excusas que ha llegado hasta nuestro derecho, y considero lógico el como se desarrollo este sistema desembocando en el hecho de ya en época de Marco Aurelio, se prohibiese la *abdication* optando por el sistema de las excusas. Si bien he de decir que la hora de investigar sobre este aspecto de la tutela, sorprende que en un primer momento la solución a la posible inacción de un tutor legítimo fuese la de suspender la tutela, en vez de revocarla, e instaurar otra, debido a que no había un sistema que obligase a actuar al tutor legítimo.

VI. Una de las cuestiones planteadas en el trabajo, sobre la que hay debate, es si era posible que el tutor legítimo *impuberum* pudiese ceder *in iure* su cargo, en mi humilde opinión considero acertada la posición de Solazzi, mi argumentación la baso en los puntos que ofrece Solazzi, siendo estos que la tutela legítima no se podía utilizar la *abdication* debido a la unión agnaticia de la que procede la tutela, y debido a

que no podía excusarse siendo un cargo voluntario, y es esta nota la de cargo voluntario, la que le da sentido a la opción de poder cederla, ya que si fuese obligatoria no podría pero al ser voluntaria no hay ningún inconveniente para poder cederla a otro.

VII. Una de las notas más criticables en la tutela romana, es la inexistencia del deber de promoción de la tutela pues si bien se entiende tanto en la tutela testamentaria como la legítima ya que quedaban constituidas automáticamente a la muerte del paterfamilias, en un primer momento en la dativa ésta debía ser promovida por el propio pupilo cuestión muy criticable pues debería ser un sujeto digno de protección externa, en la que debería haberse obligado a algún otro sujeto como conocedores de la situación del impúber o posibles parientes, si bien esto sería corregido más adelante imponiéndose la obligación de promover la tutela a la madre.

VIII. La nota más característica y diferenciadora con el sistema actual es posiblemente el del contenido de la tutela, más en concreto de la ausencia de la guarda y de la educación del pupilo, las cuales son funciones fundamentales hoy en día en la tutela vigente, si bien el tutor se encargaba de los aspectos patrimoniales de la educación y el alimento, sigue dejando al pupilo muy desprotegido, teniendo antiguamente que hacerse cargo la madre.

IX. Desde mi punto de vista la tutela de autoridad actual, en comparativa con el sistema tutelar familiar, otorga un mayor número de garantías pues como veíamos en la tutela romana, donde algunas acciones solo podían darse al término de la tutela, el juez en nuestro sistema actual interviene y controla la tutela tanto en su constitución, en su ejercicio y también durante la rendición de cuentas o al término dando así una protección completa y extendida a lo largo del tiempo.

X. Respecto a la comparativa de ambos regímenes, se ha podido comprobar como apenas ha habido variaciones en cuanto a la estructura y a las notas características respecto al Derecho Romano, manteniendo de este modo la esencia de la figura en su concepción inicial. Sin embargo, al analizar la regulación actual, hemos podido comprobar significativas diferencias, como por ejemplo, la organización de la tutela en un sistema familiar o de autoridad, el deber de

promoción, los límites al ejercicio de la tutela, o la función protectora de la tutela, siendo esta última, la que más llama la atención desde mi perspectiva, todas ellas obedecen a mi modo de ver, a una evolución en la consideración de los derechos y en la importancia de la protección de una población tan vulnerable como los menores de edad, evolucionando la tutela a tal punto que su mayor fundamento en cuanto a la organización de la tutela es el propio interés del menor.

XI. Para terminar, viendo el largo camino de transformación que ha tenido el instituto de la tutela romana hasta la actualidad, y debido a los nuevos retos y dificultades que afronta la sociedad hoy en día, éste instituto seguirá avanzando y rehaciéndose a lo largo del tiempo como se puede observar con la nueva regulación que entrara en vigor el dos de septiembre de este año, que si bien no regula aspectos de la tutela de los menores, hace avanzar la tutela en otros aspectos.

7. Abreviaturas frecuentemente utilizadas

C.C	CÓDIGO CIVIL
Art.	Artículo
C.	Códex
D.	Digesto/Digestum
NDI	Nuovo Digesto Italiano
NNDI	Novissimo Digesto Italiano
ED	Enciclopedia Del Diritto
Gai.	Gayo
Ulp.	Ulpiano
I	Institutiones

8. Índice de Fuentes.

Fuentes Jurídicas Clásicas

GAYO

Gai.1, 144

Gai.1, 145

Gai.1, 154

Gai.1,155

Gai.1,164

Gai.1,165

Gai.1,166

Gai.1,168

Gai.1,172

Gai.1,182

Gai.1, 184

Gai.1,186

Gai.1,188

Gai.1,192

Gai.1. 199

Gai.2,80

Gai.2,102

Gai.2,103

Gai.3, 17

Gai.4,182.

Gai.4,62.

Fuentes Jurídicas Justinianas.

INSTITUTIONES

1,26pr

DIGESTUM

19,1,13,29.

20,6,7

26,1,1,2

26,1,16
26,2
26,2,11,1.
26,2,11,2.
26,2, 26
26,2,3,1.
26,2,32,2.
26,3,1,1
26,3,3
26,3,7
26,3,10
26,4,5.
26,4,6
26,5,16.
26,5,21,2.
26,5,21,6.
26, 6,2 ,1
26,7,1
26,7,3,1
26,7,5,5
26, 7, 12,3.
26,7,27.
26,7,39,11.
26,8,9,6
26,8,13.
26,8,17
26,10,1pr.
26,10,1,2.
26,10,1,5.
26,10,1,6
26,10,4,4.

27,1,2.
27,1,2,2.
27,1,2,9.
27,1,6,16.
27,1,6,17.
27,1,6,19.
27,1,10,4.
27,1,10,5.
27.1.11.
27,1,13,12.
27,1,30
27,1,37,1
27,1,40.
27,3,1,19
27,3,1,24.
27,4,1.
27,5,1,1.
27,5,5.
27,9,1
27,9,2
29,2,25,4
41,1,11.
42,5,31,1.
50,16,162,2
50,16,195,2.

CODEX

1,3,51
1,3,52
5,30,1
5,30,4.
5,35,2.
5,37,28,5.
5,43,6,3.

5,43,9.

5,49, 1

Fuentes Jurídicas Modernas.

CÓDIGO CIVIL

Libro I Título X

215

221

222

229

231

234

236

241

242

243

244

245

251

259

260

262

263

264

267

268

269

270

271

274

276

277

278

279

281

9 Bibliografía.

- ∅ ARANGIO RUIZ VINCENZO, “Instituzioni di Diritto romano”, Nápoles 1978.
- ∅ ARECES PIÑOL MARÍA TERESA., “Tutela del menor y libertad religiosa” en “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte”, Castellón de la Plana, 1999,
- ∅ ARIAS RAMOS JOSÉ - ARIAS BONET JUAN ANTONIO “Derecho Romano”, Madrid, 14ª Edición
- ∅ BERROCAL LANZAROT ANA ISABEL, “Constitución de la tutela, nombramiento, capacidad y causas de inhabilidad del tutor”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm 725.
- ∅ BONFANTE PIETRO “Corso di diritto romano, Diritto di familia, vol. I”. Milán, 1963.
- ∅ CANDAU PEREZ ALFONSO “Responsabilidad del tutor” en La protección jurídica del discapacitado: I Congreso Regional. Valencia, 2003
- ∅ CASADO CANDELAS MARIA JESÚS. “La tutela de la mujer en roma”, Valladolid, 1972.
- ∅ FERNÁNDEZ DE BUJÁN ANTONIO “Derecho Privado Romano”, Madrid, 2008.
- ∅ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO “Dos estudios entorno a la historia de la tutela romana”, Pamplona, 1976.
- ∅ GUZMÁN BRITO ALEJANDRO “Caución tutelar en derecho romano”, Pamplona, 1974.

∅ HERRERO MEDINA MIGUEL “Observaciones Sobre La Actio Rationibus Distrahendis” en Seminarios Complutenses de Derecho Romano, Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística XXVII, Madrid, 2014.

∅ IGLESIAS SANTOS JUAN, “Derecho romano”, Madrid, 1999.

∅ JÖRS PAUL - KUNKEL WOLFGANG, “Derecho Romano Privado” Trad. PRIETO CASTRO LEONARDO, Barcelona, 1937.

∅ KASER MAX. “Roman Private Law” Trad. DANNENBRING ROLF., Pretoria, 1965.

∅ PEÑA BERNALDO DE QUIROS MANUEL, “Derecho de Familia”, Madrid, 1989.

∅ PEREZ ÁLVAREZ MIGUEL ÁNGEL “La tutela , La curatela y la Guarda de los Menores e Incapacitados” en Curso de Derecho Civil IV, Madrid, 2011.

∅ O’CALLAGHAN MUÑOZ XAVIER, “Compendio de Derecho Civil, Tomo IV”, Madrid, 2012.

∅ SANZ MARTÍN LAURA. “La tutela del código civil y su antecedente histórico la tutela romana”, Madrid, 1998.

∅ SERRANO MOLINA ALBERTO “La remoción del tutor”, Madrid, 1999.

∅ PEROZZI SILVIO “Il tutore impubere” en “Scritti Giuridici III”, Nápoles, 1948.

∅ SCHULZ FRITZ. “Derecho Romano Clásico, Trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO JOSÉ. Barcelona 1960.

∅ SOLAZZI SIRO, v. “Tutela”, en “Novissimo Digesto Italiano” Tomo XIX.

∅ SOLAZZI SIRO, STOLFI FRANCESCO, PILOTTI MASSIMO, v. “Tutela e Curatela”, en “Nuovo Digesto Italiano” Tomo XVIII.

∅ SOLAZZI SIRO “Instituti Tutelari”, Nápoles, 1929.

∅ SOLAZZI SIRO “Console e pretore urbano nella datio tutoris” en “Scritti di diritto romano, Tomo II” Nápoles, 1957.

∅ SOLAZZI SIRO “L’ abdicatio tutelae” en “Scritti di diritto romano, Tomo II” Nápoles, 1957.

∅ SOLAZZI SIRO “L’età del tutore” en “Scritti di diritto romano, Tomo II” Nápoles, 1957.

∅ SOLAZZI SIRO “La conferma del tutore nel Diritto Romano” en “Scritti di diritto romano, Tomo II” Nápoles, 1957.

∅ SOLAZZI SIRO “Tra l’ actio rationibus distrahendis e l’ actio tutelae” en “Scritti di diritto romano, Tomo II” Nápoles, 1957.

∅ SOLAZZI SIRO “Tutor suspectus” en “Scritti di diritto romano, Tomo II” Nápoles, 1957.

∅ SOLAZZI SIRO “La classificazione dei tutori in Ulp” en “Scritti Di Diritto Romano Tomo III”, Nápoles, 1960.

∅ SOLAZZI SIRO “La legge delle XII Tavole sulla tutela e un’ ipotesi del Bonfante” en “Scritti Di Diritto Romano Tomo III”, Nápoles, 1960.

∅ SOLAZZI SIRO “L’età dell’ infans” en “Scritti di Diritto Romano Tomo IV”, Nápoles, 1963.

∅ SOLAZZI SIRO “Tutore e periculum culpae” en “Scritti di Diritto Romano Tomo IV”, Nápoles, 1963.

∅ SOLAZZI SIRO “Tutoris auctoritas e consortium” en “Scritti di Diritto Romano Tomo IV”, Nápoles, 1963.

∅ TOBEÑAS CASTAN JOSE, “Derecho Civil Español Común y Foral” Tomo IV, Madrid,1995.

∅ VARELA MATEOS ESTEBAN, “De contutoribus”, Madrid, 1979.

∅ ZANNINI PIERLUIGI v. “Tutela” en "Enciclopedia del Diritto” Tomo XLV.

Webgrafía.

∅ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS M.^a LOURDES “Tutela y Curatela en Derecho Romano” en Revista General de Derecho Romano N°35, Diciembre 2020. Disponible en:

https://www-iustel-com.ponton.uva.es//v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423203.

∅ Noticias Jurídicas (2021): Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad.

Disponible en:

<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>

∅ OBARRIO MORENO JUAN ALFREDO, “La edad pupilar y la tradición romanística” en Revista general de Derecho Romano 15 (2010). Disponible en: https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=409762.