



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

“Instituciones en el Derecho Romano para proteger a los incapaces. La tutela y la curatela. Su trascendencia en el derecho actual”

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
PRESENTA
Sandra Ivonne Medina Lerma**

**Director de tesis:
Maestro José María Sáinz y Gómez Salcedo**

Santa Cruz Acatlán, Edo. de México 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradecimientos

A mis padres

Verdaderos héroes de carne y hueso que me proveyeron de las herramientas para estudiar.

A mi maestro

Hombre brillante que confió en mí, me ayudó y enseñó que la universidad es un mundo que bien vale la pena conocer.

Índice

Objetivo.....	4
Justificación.....	4
Introducción.....	5

CAPITULO I

LA FAMILIA. MARCO HISTORICO

1. La familia. Antecedentes.....	7
1.1 Patria Potestad.....	12
1.2 Matrimonio.....	15
1.3 Tutela y curatela.....	19
2. El Cristianismo. Su influencia.....	20
3. Antiguo derecho germánico.....	23
4. Derecho Español.....	27
5. Derecho francés. Código de Napoleón de 1804.....	30

CAPITULO II

DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO ROMANO.

LOS SUJETOS A TUTELA

1. Concepto de tutela.....	38
2. Objeto de la tutela	40
3. Requisitos para ejercer la tutela.....	41
4. Facultades y funciones del tutor.....	41
5. Clases de tutela.....	45
6. Acciones que derivan de la tutela	49
7. El impúber.....	50
8. Tutela de las mujeres (tutela <i>mulierum</i>).....	57

9. Extinción de la tutela.....	59
--------------------------------	----

CAPITULO III

LOS SUJETOS A CURATELA EN EL DERECHO ROMANO

1. Concepto de la curatela.....	61
2. Objeto de la curatela.....	62
3. Facultades y funciones de curador.....	63
4. Acciones que derivan de la curatela.....	63
5. El <i>furiosi</i>	64
6. El Pródigo.....	69
7. El menor de veinticinco años.....	71
8. Curatelas especiales.....	74
9. Extinción de la curatela.....	74

CAPITULO IV

TRASCENDENCIA DE LA TUTELA Y LA CURATELA DEL DERECHO ROMANO CON EL DERECHO ACTUAL

1. Tutela y curatela en general.....	76
2. Diferencia entre tutela y curatela.....	77
3. Diferencias y concordancias entre la tutela y la curatela con el derecho actual.....	78

Conclusiones.....	82
-------------------	----

Bibliografía.....	85
-------------------	----

Objetivo

El estudio de la tutela y la curatela, requiere de conocer la estructura de la familia antigua a fin de comprender a los tutores y curadores, los cuales no eran siempre designados entre los familiares. Su trascendencia en el Derecho Actual.

Este trabajo trata de la trascendencia de las medidas de protección provistas por el derecho romano a los incapaces, a saber, la tutela y la curatela propiamente dichas. Ambas son instituciones que permanecen vivas aún en la actualidad, consagradas a la misión permanente de procurar a los desvalidos, entendiéndose que estos por sus particulares condiciones de incapacidad no pueden realizar los actos propios que conlleva la vida corriente.

Justificación

La ley en la actualidad ha creado instituciones que tienen por objeto la guarda y protección de los incapaces, es de importancia el realizar un estudio del origen de estas instituciones, tanto de la tutela y su objeto así como de sus órganos, igualmente de la curatela en el Derecho Romano.

Introducción

Para satisfacer sus necesidades sociales y su ansia de progreso, el ser humano, ha creado, a través de los siglos, un acervo cultural por el cual nosotros recibimos una “experiencia histórica que debemos aprovechar, pues de no hacerlo, tendríamos que iniciar inútilmente los intentos y esfuerzos por los que tantas generaciones pasadas han transitado”.

Sólo se puede conocer el derecho vigente cuando se han estudiado en primer término los diversos fundamentos históricos que lo forman, esto quiere decir que la explicación del derecho que nos ocupa hoy como un resultado del pasado, nos puede brindar el conocimiento de nuestra vida jurídica actual.

Este trabajo trata de la trascendencia de las medidas de protección provistas por el derecho romano a los incapaces, a saber, la tutela y la curatela propiamente dichas. Ambas son instituciones que permanecen vivas aún en la actualidad, consagradas a la misión permanente de procurar a los desvalidos, entendiendo que estos por sus particulares condiciones de incapacidad no pueden realizar los actos propios que conlleva la vida corriente.

Para explicar su trascendencia, he considerado como estrategia la importancia de señalar las semejanzas que guardan las instituciones en mención de nuestro derecho civil actual, con el derecho romano.

La importancia que reviste el derecho romano para considerarlo como elemento a utilizar es fundamentalmente porque el derecho romano constituye la primera pieza de la tradición jurídica continental europea, a la que España pertenece, y ha dejado una huella importantísima en nuestras instituciones de derecho privado.

Precisamente, por este motivo, he decidido tratar con mayor extensión su época histórica, lo que anteriormente se señala, confirmando la importancia del presente trabajo a realizar.

El trabajo de tesis en curso, consta de cuatro capítulos ordenados a modo de

conocer en el primero de ellos, el marco histórico, importante conocimiento como punto de inicio de un trabajo con corte doctrinario y analítico.

En el segundo, se aborda la concepción de los términos de tutela y curatela para afinar el conocimiento del tema, amén de señalar la función de ambas instituciones a partir de su objetivo y, el tema de las personas consideradas por el derecho romano como incapaces, pues resulta menester señalar las condiciones de incapacidad que hacían necesaria la provisión de la tutela o la curatela, según el caso.

Posteriormente, en el tercer capítulo, he querido incluir un tema que va inevitablemente ligado a los dos capítulos anteriores, los requisitos para proceder al ejercicio tanto de la tutela y curatela, seguido de la importancia de las causas por las cuales cesaban las funciones respectivas. El método utilizado para estos capítulos es el método descriptivo.

Finalmente en el último capítulo hago referencia a la vigencia de estas instituciones en nuestro derecho civil actual; a partir del conocimiento y comparación previa que se haga de ambas, en mi objetivo quiero demostrar que sus semejanzas arrojan como resultado la permanencia, la trascendencia del derecho romano en nuestro derecho civil actual. El método utilizado para este capítulo es el deductivo y para la elaboración de las conclusiones haré uso del método sintético.

Una situación que no puede ni debe cambiar es la conciencia de la dignidad humana, que incluye el derecho de actuar en el mundo con libertad, diversificando nuestra intención en múltiples acciones u omisiones que atraerán las consecuencias requeridas por el ser humano, satisfaciendo así los deseos como las necesidades.

CAPITULO I

Título I. LA FAMILIA

MARCO HISTORICO

1. La familia. Antecedentes históricos
 - 1.1 Patria Potestad
 - 1.2 Matrimonio
 - 1.3 Tutela y curatela
2. El Cristianismo. Su influencia
3. Antiguo derecho germánico
4. Derecho español
5. Derecho francés. Código de Napoleón de 1804

CAPITULO I

La familia. Antecedentes históricos

Uno de los grandes pilares de la grandeza de Roma fue la familia. Los romanos tuvieron una concepción muy especial de la familia, considerada como una Institución vital dentro de la *civitas*, puesto que la confederación de familias constituía una *gens*, con integrantes de origen común.

“El término familia, también llamada *domus (casa)*, ha sido empleado en diversas acepciones, ya sea que la definición se refiera a las personas, las cosas o al patrimonio.

Por lo que se refiere a las personas, podemos utilizar el término familia en dos sentidos:

- a) En forma restringida (familia *iure proprio*), entendiendo por familia al grupo de personas unidas entre sí, bajo la autoridad o *manus* del jefe, llamado

paterfamilias.

- b) En el ámbito del derecho civil, como sinónimo de familia agnaticia; implicó el conjunto de personas unidas por un mismo vínculo de parentesco civil, llamado *agnatio*.”¹

Por lo que se refiere a las cosas y al patrimonio, encontramos que el término familia se utilizaba para designar el conjunto de bienes pertenecientes al *paterfamilias*.² En el derecho antiguo se utilizaba la palabra familia para designar al patrimonio, especialmente el transmitido por la herencia;³ en el antiguo latín el término denotaba el patrimonio doméstico.

La familia romana se caracterizaba por un régimen de tipo patriarcal, en donde existía una sola persona *sui iuris*: el *paterfamilias* y una serie de sujetos dependientes de él, denominados *alieni iuris*.

Así pues, la familia romana encuentra su fundamento principal en la idea del poder en el sentido más amplio. Poder detentado por una sola persona denominado *paterfamilias*.

Este era el único titular de derechos, su poder sobre los miembros de la *domus* era originalmente absoluto,⁴ era el monarca doméstico y el sacerdote del hogar, todos los demás miembros de la familia dependían y participaban de la vida jurídica sólo a través de él. Podía excluir a sus descendientes por la emancipación y hacer ingresar a la familia a extraños por medio de la adopción.

1 Sáinz y Gómez Salcedo, José María Derecho romano Público y Privado, Facultad de Estudios Superiores, Acatlán. UNAM. Segunda edición. 2012. p. 266

2 Paterfamilias significa el que tiene el poder sobre el patrimonio doméstico. Margadant, Guillermo Floris. Derecho Romano, Editorial Esfinge S. de R.L. Estado de México. 2008. p. 197.

3 Oderigo, Mario. Sinopsis del Derecho Romano. Sexta edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1982. p. 79.

4 Como vimos anteriormente en la monarquía las leyes más antiguas reconocían el derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*) sobre los sometidos a sus potestas.

El estado de *paterfamilias* se adquiría por el hecho de que no hubiera habido algún ascendiente masculino o por medio de la *emancipatio*, esto es la renuncia de la potestad del *paterfamilias* sobre sus hijos (Pietro Bonfante considera a la Roma antigua como una confederación de gentes; y cada *gens* como una confederación de *domus*, esto es de monarquías domésticas. De donde podemos considerar a la familia romana como un pequeño Estado, cuyo jefe absoluto era el *paterfamilias*).⁵

Por lo que se refiere al fundamento de la familia civil, encontramos el concepto de parentesco agnaticio, consistente en el vínculo de unión de los miembros de una familia a través de la autoridad paternal o marital (*patria potestas* o *manus*).

El antiguo derecho civil romano, cimenta la familia sobre éste sistema, que reconoce el parentesco exclusivamente por línea paterna, por lo que se establecía y se transmitía por vía de los varones. Hay que poner también entre los agnados a la mujer *in manu* que es *locofiliae*.

El hijo era pariente de su padre y de sus hermanos, pero no lo era en cuanto a su madre, salvo cuando ésta hubiese entrado a la potestad de su marido por la *manus*.

Posteriormente el concepto de familia sufre una serie de adecuaciones como consecuencia de las influencias ejercidas por fenómenos económicos, políticos y sociales, al evolucionar la familia antigua, políticamente fundamentada en la soberanía del *paterfamilias* a través de la agnación por el de familia consanguínea o cognaticia, que se basaba en el vínculo de sangre, que une a los descendientes de un tronco común; es decir, la que reconoce el parentesco tanto por línea paterna como materna.

Al respecto, encontramos en el *Digesto* un concepto de familia de carácter natural, definida como el conjunto de personas vinculadas por la sangre, las que tenían una ascendencia común.

5 Oderigo N. Mario, Sinopsis del Derecho Romano, 6ª Edición Edit. De Palma, Buenos Aires Argentina, 1982, p. 77.

Aparte del grupo familiar, los textos antiguos hablan de otra modalidad de parentesco de agrupación civil denominada *gens* (de la que se tiene una noción confusa) y cuyos miembros son los gentiles, título de nobleza que certificaba la antigüedad e ingenuidad de la raza.⁶

La *gens* ha sido considerada como la familia en sentido amplio de origen patricio y que abarcaba el conjunto de agnados con sus mismos derechos.⁷ Esta forma poco a poco cayó en desuso y al final de la República, prácticamente había desaparecido. Su estudio ha sido limitado pues no se encuentran datos precisos acerca de ella.

En conclusión, en Roma se daban diversas formas de parentesco en las que destacan la agnación y la gentilidad de derecho quirritario dependientes del vínculo de poder paterno o marital o vínculo de patronato de cliente o emancipados, la *cognatio* de tipo natural, fundada en el vínculo de sangre y la afinidad, que no producían ningún efecto; y también la *cognatio servilis* respecto de siervos, de nulas consecuencias jurídicas.

El Maestro Margadant señala lo siguiente: “La antigua Roma puede considerarse como una confederación de gentes; y cada *gens*, a su vez como una confederación de *domus*, es decir, de familias. La inmadurez de la organización estatal daba a la familia, en sustitución del Estado una importancia que en periodos posteriores no pudo ya reclamar.

En cada *domus* encontramos un *paterfamilias*, monarca doméstico que ejerce un vasto poder sobre sus hijos, nietos, esposa, nueras, esclavos, y clientes. Dicho

⁶ Así el título de gentilhomme, gentiluomo, gentilhomme, gentleman, ha permanecido en las lenguas modernas de Europa para designar lo que se llama una buena extracción, una noble genealogía, una sangre pura. La ley a falta de agnados daba a los gentiles la herencia y la tutela. M. Ortolán. Instituciones del Emperador Justiniano. Tomo I, editorial Leocadio López, Madrid, España. 1872. p.31.

⁷ Rodolfo Sohm comenta que el parentesco gentilicio se daba entre lejanos parientes del mismo linaje. Instituciones de Derecho privado romano. Historia y Sistema. Traducción de Wenceslao Roces. Madrid. Editorial Nacional. México, 1975. p.281.

poder inicia con el *ius vitae necisque* (derecho sobre la vida y muerte) de hijos y nietos, y no disminuyó por la influencia del Estado, la cual se detenía a la puerta de la *domus*. Solo el *paterfamilias* era propietario; también era sacerdote doméstico y juez en asuntos hogareños y mantenía en el seno de la familia una rígida disciplina”⁸

Por su parte, el Doctor José de Jesús Ledesma en conjunto con la Maestra Beatriz Bernal en forma muy clara presentan a la familia romana como “un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico”⁹

El profesor Rodolfo Arguello dice que “lo característico de la familia típicamente romana –*familia proprio iure*- fue el sometimiento de todos los miembros a una sola autoridad –*manus, potestas*- del *pater familias*, señor o soberano del grupo y no “padre de familia”¹⁰

La antigua familia romana encarnada en la *gens* es la más perfecta manifestación de solidaridad humana, de acentuado carácter social que antepone los intereses del grupo dentro del cual queda enmarcado el individuo, encontrando en el mismo, satisfacción a sus necesidades materiales y espirituales.

Se consideraba la *gens* como “la familia en sentido amplio de origen patricio y que abarcaba el conjunto de agnados con sus mismos derechos”¹¹

Cabe decir que respecto a la *gens* existen serias dudas sobre la naturaleza y desarrollo de ésta figura primitiva que además desapareció en épocas muy tempranas, pues “*decae hacia fines de la República y ya no se la cuenta en el Principado.*”¹²

8 Margadant, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Edit. Esfinge, México. 2008, p. 22.

9 Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanos, editorial Porrúa, decimocuarta edición, México 2008, pág. 66.

10 Luis Rodolfo Arguello, Manual de Derecho Romano, tercera edición, editorial Astrea, Buenos Aires 2010, pág. 398

11 Sáinz y Gómez Salcedo, José María. Derecho Romano I, cuarta edición, editorial Limusa, México 1997, pág. 180,181

12 Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, tercera edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, pág. 293

La familia romana no estaba fundamentada en lazos de cariño estrictamente hablando, no como se conoce en la actualidad. Había que proteger todos los bienes que se tenían, pues vaya que de la solidez del patrimonio dependía la continuidad de la familia; por ejemplo el padre que podía ejercer “el derecho de excluir de su familia a un hijo, sabía muy bien que si lo hacía la familia corría el riesgo de extinguirse”¹³

Y así mismo podía ingresar “a la familia a extraños por medio de la adopción”¹⁴, ó la adrogación, consistente ésta última en la adquisición de la patria potestad sobre otro paterfamilias.

En el contexto que se refiere a este importante tema del derecho de familia, encontramos el estudio de cuatro grandes instituciones; la patria potestad, el matrimonio, la tutela y la curatela.

En el caso de este trabajo nos referiremos a las instituciones de la tutela y la curatela con el motivo de comprender estas y su estudio dentro del derecho de familia, puesto que propiamente hablando, ambas nacen con el objeto de salvaguardar el patrimonio de la familia del pupilo y veremos su evolución en donde a finales de la República, éstas instituciones toman un nuevo curso, asumiendo una función más individualista, ésta vez de especial protección sobre la persona del incapaz y ya no tanto de la familia en conjunto.

1.1 La patria potestad

En el derecho romano la patria potestad o potestad del jefe, es la base de la familia y tenía carácter perpetuo.

¹³ De Cervantes, Javier, La tradición jurídica de Occidente, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México 1978, pág. 22

¹⁴ Sáinz y Gómez Salcedo, José María, Derecho Romano Público y Privado Tomo I, FES Acatlán, UNAM 3ª Edición, México, 2014, pág. 178.

Podemos definir a la *patria potestas* como el poder que tiene el *pater familias* sobre todos sus descendientes (*liberi*) legítimos o adoptivos por vía varonil y sin límite de grado.¹⁵

No era como en la actualidad, una potestad establecida con la finalidad de la salvaguarda y educación de los hijos, si no que consistía en el poder que tenía el jefe de la familia sobre sus hijos. Era una institución de derecho civil consistente en el poder que tenía el jefe de la familia sobre sus descendientes.

La patria potestad ha sido un elemento común en los pueblos de régimen patriarcal, en donde se encuentran los hebreos, los persas, los galos, etc.

Características:

- Se ejercía sólo por ciudadanos romanos sobre sus descendientes.
- Tenía por objeto el interés del jefe de la familia; en este sentido todos los derechos estaban de su parte y todas las obligaciones de parte de los sometidos a él
- Le correspondía la patria potestad al ascendiente de sexo masculino de más edad (podía tratarse del abuelo a bisabuelo, quienes las conservaban mientras viviesen).
- No sufrían modificaciones en razón de la edad o del matrimonio de los hijos.
- Nunca podía ser ejercida por la madre.

¹⁵ Gayo señala que la voz *liberi* (libres, hijo, y descendientes) sirve para designar a los hijos y a las hijas del *pater familias*, pero también se aplica a sus nietos, bisnietos y a sus demás descendientes. Gayo 1.55.57 Inst. 1.9. D.1.6.4; Gelio 2.13.1-5.

Efectos sobre los hijos:

- El derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*). En tiempos de la República, para poder ejercer este derecho hubo necesidad de contar con autorización de los parientes más próximos o de los censores.
Durante la época Imperial, algunos padres ejercieron sin justificación este derecho, recibiendo a cambio algunas sanciones (el emperador Adriano castigó con el destierro a un padre que había dado muerte a su hijo).
- Finalmente, durante el imperio absoluto el poder de los padres se redujo a corregir a sus hijos a lo que se llamó *ius domesticae enmendationis* y en caso de requerir alguna penalidad se debería acudir a los magistrados.
- El derecho de abandonar al hijo (*ius exponendi*). Este derecho se ejerció durante la monarquía y la república, cayendo en desuso en el imperio absoluto. Constantino dispuso que el que recogiere a un hijo abandonado lo mantuviere en calidad de esclavo y Justiniano determinó la libertad para aquel que fuera abandonado, aun cuando fuese recogido.
- El derecho de vender a sus hijos (*ius vendendi*). Si vendía al hijo, éste se convertía en esclavo pues caía en *capitis deminutio máxima*, adquiriendo el comprador el derecho de propiedad. Por regla general, estas ventas se efectuaban como producto de una crisis económica de la familia.
También existía el caso de que al hijo, en lugar de venderle, fuera cedido en *mancipium*, es decir, colocado bajo el dominio de un tercero (persona libre), a fin de que ésta ejerciese autoridad sobre él temporalmente, en esta condición el hijo se encontraba en un estado análogo al del esclavo, sin perder su condición de ingenuo. Así mismo, el hijo podía ser entregado al acreedor en garantía de una deuda.

Al irse desarrollando en Roma la comunidad y por lo mismo, las relaciones

económicas entre las *domus*, había necesidad de préstamos entre *paterfamilias*, por lo que el acreedor exigía tener algo que garantizara su préstamo, en tal virtud un miembro de la *domus* del deudor que normalmente era el hijo, se ofrecía al acreedor, en forma tal que aquel permanecía *obligatus* (atado) al acreedor, de manera que sólo con el pago se disolvía la *ligatio*, a este negocio se le llamaba *nexum* (de nudo, o sea el acto de atar) y era un préstamo *per aes et libram*.¹⁶

Justiniano, con base en estos precedentes, decide que todos los bienes adquiridos por los hijos sean propiedad de éstos, y al padre sólo le corresponda el derecho de administración y usufructo. Por lo que se refiere a los bienes del padre, el hijo tendrá incapacidad para adquirirlos, subsistiendo el peculio *profecticio* al respecto.

1.2 El matrimonio

La doctrina romana distinguió dos formas de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer, con el objeto de procrear hijos; las justas nupcias y el concubinato.

- Las justas nupcias (*iustae nuptiae*)

Pueden ser definidas como la convivencia duradera de dos personas de distinto sexo (ciudadanos romanos), con la intención de ser marido y mujer, llevar la vida en común y con la finalidad de procrear hijos.

Las fuentes nos proporcionan tres definiciones de justas nupcias:

- Modestino señala que las nupcias son la unión del varón y la hembra,

¹⁶ El Nexum consistía en un procedimiento solemne en el cual el acreedor, pesaba en presencia de 5 testigos y un portabalanza, el bronce que simbolizaba al dinero, entregando el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. El nexum es un negocio tan arcaico que lo encontramos ya en la Ley de las XII tablas en donde se establecía que “cuando alguno cumpliera la solemnidad del *nexum* y del *mancipium*, sean ley las palabras que pronuncian” (*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*). Tabla sexta de Gayo Cfr. José María Sáinz y Gómez Salcedo. Ob. Cit. pp. 10-11.

consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*).¹⁷

- Ulpiano define la institución de las nupcias, como la unión del hombre y de la mujer con el propósito de vivir en comunidad indisoluble (*vire et mulieris conjunctio individuum consuetudinem vitae continens*).¹⁸
- Las Instituciones de Justiniano en su título X al tratar el tema de las nupcias, señala:

“Contraen entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padre de familia, ya hijas de familia; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan”.

Solo de las justas nupcias, procedía la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*) y los derechos de la familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil: la mujer tomaba el nombre *uxor* (mujer casada) y el marido *vir* (marido, esposo).¹⁹

Sin embargo, como el matrimonio romano no exigía formalidad jurídica ni la intervención de autoridad alguna, ya sea civil o religiosa, y al no existir un registro civil, era necesario demostrar la intención marital (*affectio maritalis*) para distinguirla de otras uniones, como el concubinato.

La *affectio maritalis* se exterioriza, por lo que los romanos llamaron *honor matrimonii*, “que es el modo de tratarse, donde la mujer se situaba en el mismo rango y dignidad del marido, requisito por el que se entendía que aquella situación

¹⁷ D. 23. 2. 1.

¹⁸ Inst. 9. 1.

¹⁹ M. Ortolán. Ob. Cit. p. 97.

de hecho era matrimonio”.²⁰

Originalmente el matrimonio sólo lo podían contraer los ciudadanos romanos o sea aquellas personas con el *ius civitatis*, el cual incluía dentro de sus privilegios el *ius connubii*, posteriormente el liberto y los *latini veteres* pudieron contraerlo.

A partir de la era republicana en el año 445 a.C., la *Lex Canuleia* permite las justas nupcias entre los patricios y plebeyos, estableciendo la igualdad matrimonial de clases entre ciudadanos romanos sin distinción.

Finalmente en el derecho postclásico, la influencia cristiana logró “dar un valor distinto al consentimiento inicial de los cónyuges, que si hasta ahora este consentimiento debía ser duradero para que subsistiera el matrimonio, desde entonces ocurrió lo contrario: se consideraba subsistente el matrimonio mientras no falleciera uno de los cónyuges o no mediara divorcio”.²¹

A través de esta institución, la mujer entra a formar parte de la familia del marido, gozando de las prerrogativas de ésta, y a su vez, el marido adquiría sobre ella la autoridad de un padre “*la manus maritalis*” y se hacía propietario de sus bienes.

A final de la república, Cicerón, refiriéndose al matrimonio decía que constituía “el principio de la ciudad y como semillero de la res pública”.²²

Bonfante define al matrimonio romano como “la cohabitación del hombre y la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de construir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada por los romanos *affectio maritalis*”.²³

20 Torrent Ruiz, Armando. Manual de derecho privado romano. Zaragoza 1995. Edit. Mira. p.530.

21 Torrent. Ob. Cit. p.530.

22 Cicerón, De officiis, I. XVII. 54.

23 Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Madrid. Ed. Reus. 1959. p. 180.

- Formas de matrimonio.

El derecho romano conoció dos formas de matrimonio: las justas nupcias *cum manu* y justas nupcias *sine manu*.

- Justas nupcias *cum manu*. Durante los primeros tiempos, en Roma todos los matrimonios se verificaban *cum manu*; es decir con el ingreso de la mujer a la familia del marido en el lugar de hija de familia (*filiae familias loco*) en caso de que su marido fuera *sui iuris*, o de nieta (*loco neptis*), si el marido era *alieni iuris*, perdiendo todos los derechos agnaticios de su familia natural y sujetándose a la potestad de la familia del marido (*manus maritalis*). Esta incorporación de la mujer a la familia del marido fue denominada *conventio in manum* y podía celebrarse de tres formas: *usus*, *confarreatio* y *coemptio*.
 - a) *Usus*. Fue la forma más antigua de adquirir la *manus* sobre la mujer, y se configuraba conviviendo ininterrumpidamente el marido con la mujer durante un año.
 - b) *Confarreatio*. De utilización exclusiva para los patricios, consistía en una ceremonia de carácter religioso que acompañaba el matrimonio. Éste se celebraba ante el pontífice máximo o el sacerdote de Júpiter (*flamen dialis*) y diez testigos, en la que los recién casados se hacían mutuas declaraciones solemnes ofreciendo un pan de trigo a Júpiter. Posteriormente la *lex Canuleia* al permitir el matrimonio entre patricios y plebeyos, hizo menos frecuente esta ceremonia. Con exigua existencia en tiempos de Gayo, cayó posteriormente en desuso.
 - c) *Coemptio*. Consistía en una venta ficticia de la mujer al marido con la asistencia de su *paterfamilias* de la *domus* a la que ingresa o de su tutor si es *sui iuris*. Debió ser utilizada fundamentalmente por los plebeyos y tomó la forma de una *mancipatio* con modificaciones en las palabras para producir

la *manus* y no el *mancipacium*.

Dejó de utilizarse en la época clásica y sólo perduró como *coemptio fiduciae causa*, consistente en una *manus* temporal por su marido o un tercero, destinada a romperla inmediatamente y por un pacto de *fiducia* a manumitirla de inmediato, con el propósito de cambiar de tutor y de poder testar válidamente.

- Disolución de la *manus*.

En el caso de haber sido celebrada por *usus*, la *Ley de las XII tablas* estableció que era suficiente que la mujer se alejara del hogar durante tres noches consecutivas para disolver la *manus*. En el caso de la *confarreatio*, era necesaria una ceremonia contraria llamada *diffarreatio*. Y por lo que se refiere a la *coemptio* ésta se disolvía por un acto contrario, consistente en una *remancipatio* de la mujer a un tercero el cual la manumitía luego.

- Matrimonio *sine manu* (justas nupcias *sine manu*)

Al decaer la *manus maritalis* aproximadamente en el siglo III a. C., los romanos utilizaron el matrimonio *sine manu* por el cual el marido no tenía poder alguno sobre la mujer que seguía permaneciendo a su *paterfamilias* natural. En consecuencia, no se modificaba la condición de la mujer y el patrimonio de los esposos continuaba separado, sin embargo, se consideró de justicia que la mujer contribuyera al sostenimiento del hogar, para lo que se instituyó la costumbre de la dote.

1.3 Tutela y curatela.

Las personas *sui iuris* que no están sometidas a ninguna potestad y que dependen de ellas mismas, se dividen en capaces, que son las que pueden cumplir solas los actos jurídicos o incapaces que son las que requieren de una protección, misma que

en Roma se les daba bien a un tutor o a un curador.²⁴ En los siguientes capítulos estudiaremos solamente las personas incapaces en las que encontramos fundamentalmente cuatro causas de incapacidad:

a) La falta de edad de los impúberos y desde cierta época se le dio a los menores de 25 años un curador

b) El sexo; las mujeres en el derecho antiguo que tenían tutela perpetua

c) La alteración de las facultades mentales; que requerían de un curador y,

d) La prodigalidad, esto es el prodigo quedaba impedido y puesto en curatela. Estas mismas incapacidades podían alcanzar a los *alieni iuris* pero al no tener patrimonio que salvar, su protector era el *paterfamilias*.

Iniciamos este trabajo con una retrospectiva del desarrollo a través de los tiempos, primero con el cristianismo, luego con el derecho germánico, el español y terminando con el derecho francés, para luego continuar con sus orígenes de las instituciones de la tutela y la curatela y finalmente lo terminamos con un trabajo de derecho comparado con sus diferencias, concordancias y aproximaciones con nuestro derecho actual.

2. El Cristianismo. Su influencia.

“Dentro de la contemplación y explicación del Derecho romano como hecho histórico, sobresale majestuosamente lo que se ha dado en llamar con propiedad el *Derecho romano cristiano*.

Al entrar en contacto esas dos fuerzas concretas y axiológicas que son el Derecho romano y el cristianismo, primero rechazado, luego tolerado y después impuesto por el Imperio romano, se produce la simbiosis asombrosa que marcará con su

²⁴ Gayo, 1, 142.

impronta inconfundible, al Occidente”²⁵

Es fundamentalmente durante el periodo postclásico que tiene lugar el desenvolvimiento del cristianismo. En este periodo la crisis económica y social, la decadencia²⁶ del poder público debilitado, resultó incapaz de controlar, como hasta entonces, la vida ciudadana.

Ciertas actividades, entre ellas, la tutela de menores, no pudo ser tan eficazmente sostenida por la autoridad pública como en la época clásica y luego en la época postclásica y justiniana se llega a una gran pujanza.

Se deduce, por el estudio de diversas leyes, que las normas precisas del derecho clásico no se observaron y la falta de una intervención directa de la autoridad pública sobre la tutela era ostensible.

En un intento de ejercer el control necesario sobre las actividades tutelares, las medidas legislativas se multiplican, pero a pesar de la rigurosa reglamentación, los tutores no observan las disposiciones legales, a pesar de que la tutela ya es un cargo obligatorio ejercido en interés del menor, la corrupción consecuencia de la misma crisis general, impide su buen ejercicio.

Ante ésta situación el emperador Séptimo Severo se convierte en el protector de los débiles sean estos menores, viudas, pobres. Desde este momento, la tutela imperial es declarada.

²⁵ Ledesma, Uribe José de Jesús, El Cristianismo en el Derecho Romano, primera edición, editorial Porrúa, México 2007, pág. 113

²⁶ Muchas fueron las causas que determinaron esa caída y todas, aunque quizás algunas en forma incipiente, se encontraban ya viciando el régimen imperial en los dos primeros siglos de su vida...1.El peligro militar...; 2. El problema económico social...; 3. La desmoralización de las costumbres en las clases económicamente privilegiadas y la influencia de exóticas costumbres provenientes del mundo oriental; 4. El nacimiento del cristianismo que comienza a aglutinar a las clases populares, aportando el principio de la igualdad de los hombres y la idea del cosmopolitismo; 5. La invasión paulatina y en los inicios pacífica de los pueblos bárbaros...; 6. El desenvolvimiento de la burocracia y la intervención del poder imperial en las provincias que produce la excesiva centralización y la desaparición de la flexibilidad administrativa. .Beatriz Bernal, Ob cit. pág. .202, 203

En la época de Diocleciano²⁷ a finales del siglo III d.C., la invocación de la actividad tutora del emperador se vuelve frecuente. Se concede la *tuitio*²⁸ para proteger jurídicamente a los débiles cuando resultan insuficientes las normas comunes del derecho.

Se advierte una doble intervención de la autoridad pública en la tutela. El magistrado interviene de forma directa con el nombramiento, la vigilancia del tutor, y el emperador se atribuye la tutela como una declaración de principios, el poder público demuestra su interés por el auxilio de los débiles.

Durante el periodo posclásico el cristianismo adquiere gran fuerza, “una fuerza política que podría atender a la larga en contra de los poderes del Estado²⁹; en consecuencia, los principios de la religión son reconocidos por los juristas de la época.

Todas las persecuciones sufridas más que desalentar el ánimo de los seguidores, fortalecieron el cristianismo que se convirtió en la única esperanza de la población marginada y desposeída de la época.

“Después de una etapa de transición, de confusión religiosa, que abarca los siglos II y III, las condiciones estaban dadas para la consolidación del cristianismo.”³⁰

El emperador Constantino³¹ decide sabiamente convertir el cristianismo en una

27 Con Diocleciano de origen oscuro, perteneciente a la clase castrense, se dio el paso decisivo hacia un nuevo régimen constitucional...Varios eran los objetivos que este emperador, de gran talento político perseguía con la realización de sus reformas: 1. asegurar la continuidad en el poder; para evitar las luchas civiles que desangraban el imperio; 2. asegurar la defensa del extenso territorio presionado por la constante invasión de los bárbaros; 3. reorganizar el erario, afrontando la crisis económica y 4. obtener la paz religiosa. Eran los problemas más graves del momento y el emperador se propuso resolverlos. Para ello, el único gobierno posible, sería la monarquía absoluta de tipo heleno-oriental, transición entre el liberalismo y el absolutismo entre el mundo antiguo y la Edad Media que se estaba forjando. Bernal, *Ibidem*, pág. 204

28 *Voz lat.* Defensa. Custodia, guarda. Protección o amparo de la ley. Guillermo Cabanellas, De Torres, *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina 2007, pág. 963

29 Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Ob cit*, pág. 210

30 *Ibidem*, pág. 211

31 Constantino, de formación deísta, aunque de madre cristiana, se da cuenta que gobierna un pueblo impregnado ya de la nueva ideología; político hábil, decide convertirla en religión tolerada y protegida. Ya desde épocas de Galerio, después de las

religión tolerada y protegida. Coloca a los cristianos en condiciones de igualdad con respecto a los paganos. Sin embargo, su verdadera consolidación se lleva a cabo en épocas de Teodosio³², mediante un edicto dictado en el año de 380.

“El cristianismo tuvo gran importancia en la transformación de la familia y del Derecho, infundiendo en ellos un alto sentido ético.”³³

El mejoramiento de la institución familiar se vio reflejado concretamente por ejemplo en “las manumisiones, la legitimación de los hijos, los alimentos, la personalidad de las fundaciones pías y otras.

Encontramos verdaderos cambios en materia de matrimonio y divorcio; la indisolubilidad del matrimonio, principio básico del derecho canónico, era ajena a la mentalidad de la sociedad pagana clásica, y por supuesto en la tutela que es mejorada”³⁴

En pocas palabras, el cristianismo produjo tal serie de impactos sobre el derecho anterior, que lo vino a transformar en sus raíces y en sus instituciones. Éste proceso de recepción del cristianismo y su filosofía, llevó a algún tiempo algunos de los autores más destacados en la materia (Troplong, Maritain, Biondi, etc.) consideran que los hechos civilizadores más importantes de la antigüedad fueron el derecho romano, la filosofía de los griegos y el cristianismo.

3. Antiguo derecho germánico.

terribles persecuciones que los cristianos habían recibido de manos de Diocleciano, comenzó cierta tolerancia que se perfeccionó con el Edicto de Milán a través del cual Constantino coloca a los cristianos en condiciones de igualdad con respecto a los paganos y les concede indemnizaciones por los daños sufridos; por consiguiente se convierte en una de las tantas religiones admitidas por el Imperio. Pocos años después el mismo emperador, preocupado por mantener la unidad imperial, decide buscar una cohesión religiosa y convoca el Concilio de Nicea en 325. La situación se invierte y comienza a ser minimizado el paganismo. Ibidem, pág. 211, 212

32 De origen español, llamado el Grande (379-395). De fuertes convicciones cristianas (influencia de San Ambrosio, obispo de Milán). Di Pietro, Ob cit, pág. 14

33 Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho, octava edición, editorial Porrúa, México. 2007, pág. 46.

34 Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, Op cit, pág 214.

La decadencia moral, política y económica del Imperio Romano acentuada notablemente desde el siglo III en adelante, y por la otra, el incremento de la población de los habitantes de la Germania y la imperiosa necesidad de estos de encontrar un asilo seguro a salvo de las hordas asiáticas que constantemente los hostilizaban y arrojaban hacia el poniente, fueron las causas determinantes de la invasión de los bárbaros, o empleando el término más exacto de los autores alemanes, la migración de los pueblos.

La invasión de los pueblos germánicos a las provincias romanas trae como consecuencia, en el campo del derecho, la coexistencia de varios órdenes jurídicos.

Por una parte, el derecho romano que acusa el fenómeno de la vulgarización;³⁵ por otra, las costumbres e instituciones aportadas por las inmigraciones germánicas. Además, están presentes el derecho canónico y el derecho de ciertos grupos que ni se romanizan ni son sometidos a los pueblos bárbaros.

“A la caída del Imperio de Occidente, sus antiguos territorios fueron ocupados por tribus bárbaras, creándose nuevos reinos como el de los ostrogodos, el de los visigodos y el de los borgoñones. Estos conquistadores como sucede en muchas ocasiones fueron conquistados intelectualmente por los vencidos a quienes respetaron.”³⁶

“Antes de llegar a la total fusión en las costumbres legales y organización judicial, aparece algo que se conoce como principio de personalidad en la aplicación del derecho, que consistió en aplicar sistemas jurídicos diferentes a las personas que residían en el mismo territorio, esto es derecho germánico para los conquistadores,

35 La ley romana fue quedando en rezago cada vez más y se distanció de su modelo clásico debido al empobrecimiento intelectual que entonces sobrevino en el mundo occidental, hasta que acabó por verse reducida, ella también, a una legislación con base en las costumbres (la ley romana vulgar). Gutiérrez Sirvent, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, decimo segunda edición, editorial Porrúa, México 2010, pág. 23

36 Morineau, Marta, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau*, Tomo I, *Derecho romano, Historia del Derecho*, primera edición, UNAM, México 2006 pág. LXV, LXVI

y las leyes romano-bárbaras por los que se refiere a los antiguos pobladores.”³⁷

Se debe decir en principio que la invasión de los bárbaros implica, por la acepción moderna de estos dos términos un doble error, pues ni todos los bárbaros eran gente salvaje, carente de toda cultura, toscos ni groseros, ni su invasión implica en todos los casos su intromisión por medio de la fuerza o a sangre y fuego contra los romanos.

“El señor de la casa ejerce la *munt* como potestad jurídica personal sobre todos aquellos que se encuentran vinculados con la comunidad doméstica. La mujer y los hijos se encuentran bajo la *munt* pero contra los excesos que pudiera cometer el titular, pueden acudir a la *sippe* en busca de su protección.”³⁸

El titular de la *munt*³⁹ cuida y protege a los miembros del grupo y representa hacia el exterior a todos los sometidos a él; se hace cargo de los procesos en los que estén involucrados y responde de los delitos por ellos cometidos.

“El antiguo derecho alemán conocía la asistencia para las personas que no estaban sujetas a la “*Munt*” marital ni paterna, es decir para las mujeres solteras, huérfanos menores, enfermos mentales, ancianos, débiles.”⁴⁰ “En general, todos aquellos que no podían lanzarse a caballo desde un lugar poco elevado”⁴¹

A la muerte de un padre de familia, el deber de proteger a la viuda y los huérfanos incumbe a la *sippe* como el grupo familiar, era la parentela en la clásica denominación germánica, compuesta originalmente por todos los hombres y

37 Ibidem, pág. LXVI

38 Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, Ob cit. pág. 21.

39 Anticuada expresión germanizada de protección. Antonio Quintano, Repolles, Diccionario de Derecho Comparado Alemán-Español, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1951 pág. 309

40 Lehmann, Heinrich, Derecho de Familia, volumen IV, traducción de la segunda edición alemana, con orientación sobre la legislación española, editorial Revista de Derecho Privado Madrid, pág. 410

41 Lete del Río, José, Documentación Jurídica, tomo XI, no. 41, enero/marzo 1984, gabinete de documentación y publicaciones, pág. 20

mujeres engendrados por un padre troncal común (círculo total de los parientes de sangre de una determinada persona); “el contenido de la potestad tutelar de la *sippe* era protección y autoridad.”⁴²

Planitz hace el señalamiento de cómo la tutela corresponde en principio a la *sippe*, pero ante la imposibilidad de que todo el grupo como tal asuma directamente todos los cuidados que requieren los menores, origina que se designe a un miembro del grupo, el más próximo pariente por línea de varón para que se responsabilice directamente de los asuntos propios de estos.

Y aún cuando hay una persona destinada para la asistencia del incapaz, la *sippe* continúa interviniendo en los asuntos considerados de importancia, tales como otorgar el consentimiento para que el menor contraiga matrimonio o autorización para que enajenen los bienes inmuebles del pupilo.

La *sippe* había de proteger de manera considerable contra los ataques del exterior a sus miembros necesitados de asistencia, había de ayudarles cuando fuera necesario, su estructura en definitiva descansa en la igualdad de derecho de sus miembros. Hablamos de un vínculo estrecho que además se manifiesta “en el servicio de las armas y en la guerra, en la colonización, y en el culto”⁴³

“Con la debilitación de los vínculos familiares se pone cada vez mas de relieve el derecho a la tutela del más próximo pariente por línea de varón como tutor nato, limitándose la *sippe* a su fiscalización, es decir, a las funciones de tutela superior. Más tarde asume el rey, como protector supremo de viudas y huérfanos, la tutela superior, abriéndose camino el principio de la asistencia estatal.”⁴⁴

En la configuración de la tutela germánica vemos que se destaca la existencia de

42 Planitz, Hans, Principios de Derecho Privado Germánico, traducción directa de la tercera edición alemana, editorial Bosch, Barcelona 1957, pág. 335

43 Chávez, Op cit, pág 45.

44 Lehmann, Ob. cit, pág. 410.

una sola institución de guarda, la tutela, “no se aceptó la diferencia entre tutela y *curatela*”⁴⁵

Conservó la tutela un carácter unitario, la curatela se redujo a un círculo determinado de asuntos “que estaban sustraídos al tenedor de la patria potestad o de la tutela”⁴⁶

4. Derecho español.

En el artículo “Recepción del Derecho Romano en México (1821 a la mitad del siglo XX)” el Maestro Rafael Altamirano señala que “Los primeros colonizadores romanos que llegaron a la península española tenían un desarrollo cultural diferente y además carecían de unidad jurídica y política, la mayoría de ellos tenían un Derecho de carácter consuetudinario...”⁴⁷

La crisis de las instituciones políticas, atribuye a la parentela como grupo familiar estable centrado en la conservación de la propiedad de la tierra, la guarda de menores e incapaces. La noción comunitaria y familiar del ejercicio de la tutela parece, pues, prevalecer en el perfil consuetudinario de la institución en la Alta Edad Media.

Podemos decir que aunque la diversidad de fuentes y costumbres territoriales hacen difícil sistematizar un régimen unitario de la tutela, puede afirmarse que en los fueros municipales la tutela se concibe como una institución en interés del propio tutor, que posee los bienes del pupilo, hace suyos los frutos y cumple con restituir los bienes al pupilo al llegar a la mayoría de edad.

Por lo que la tutela se ejerció bajo la vigilancia de los parientes que pueden remover

45 Ibidem, 411

46 Planitz, Op cit, pág. 339

47 Altamirano Velázquez, Rafael, Antología de Derecho Romano, Colegio de Derecho Romano, primera edición México 2010, pág. 65.

al tutor doloso y reciben anualmente una rendición de cuentas.

“Los fueros municipales muestran una gran diversidad en aspectos concretos; así en cuanto al orden legal de los llamamientos si en unos casos se prefiere al pariente más próximo (Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real aunque estos últimos parecen subrayar la tutela ejercida por todos los parientes), en otros casos se encomienda la designación del tutor libremente por la parentela (que puede entregarlo al sucesor intestado del pupilo o al pariente que más pague por el ejercicio de la tutela, o bien puede ser nombrado por la parentela ante el juez previa aprobación del mismo).⁴⁸”

Los fueros municipales suponen tanto el desarrollo de una noción burguesa de la familia frente al régimen feudal agrario de sucesión necesaria y troncalidad, como una cierta influencia conceptual e institucional de las categorías del derecho romano, y a la vez un cierto desarrollo de instituciones políticas territoriales.

Por ello el estricto sistema de tutela de parentela propio de la estructura feudal y agraria de la alta edad media, empezará a entrar en crisis en los fueros municipales que aunque continúa siendo propiamente un sistema de tutela de familia, me refiero a la parentela, interponen la autoridad judicial en la confirmación del nombramiento, vigilancia y ejercicio de las funciones del tutor.

Ahora veamos que frente al sistema de tutela de la familia en la Alta Edad Media y de los Fueros Municipales mencionados arriba, tenemos las Partidas, magna obra alfonsina⁴⁹ que recogen el sistema romano de Justiniano en materia de tutela.

“La obra más importante de la historia del Derecho español son las *Siete Partidas o Libro de las Leyes*, en la que predomina el Derecho romano, es una magna obra humanística y doctrinal. Su redacción se inició en 1256 y se terminó entre 1263 y

48 Álvarez Caperochipi, José, Curso de Derecho de Familia, tomo II, editorial Civitas 1988 pág. 187.

49 La obra Alfonsina es muy extensa, pero cabe concretarla en lo concerniente al aspecto jurídico como sigue: Obras jurídicas: Las Siete Partidas, El Fuero Real, El Setenario, y el Espéculo (espejo de la ley). Para mayor información léase: Sirvent, Ob. cit, pág. 39, 40

1265 ”⁵⁰

“En las Partidas se vertió el saber medieval, y tuvieron las fuentes siguientes:

*Fuentes Jurídicas: El Corpus Iuris Civilis, Los Trabajos de los Glosadores y Posglosadores; Los Libri Feudorum, Las Decretales de Gregorio IX y Las Obras de los Decretalistas y las Obras de Juristas como Azzo, Acursio, Tancredo, Godofredo, San Ramón de Penyafort.*⁵¹

Fuentes no jurídicas: La Biblia; Las Obras de Filósofos de la Antigüedad como Séneca, Aristóteles y Cicerón; y del Medioevo, como Boecio y la de los Trataditas Militares como Vegecio.

A partir de su valor histórico-jurídico, las Partidas contribuyeron a la construcción de una nueva cultura legal en España e incluso en la Nueva España, porque en ambos casos se fueron introduciendo en la enseñanza y la praxis jurídica.

Tanto maestros, alumnos, litigantes, jueces, notarios encontraron en las Partidas una fuente de inspiración en su trabajo cotidiano: para la preparación de sus clases, tareas, líbelos, sentencias y escrituras.

En materia de tutela, las Siete Partidas adoptaron el sistema tutelar romano. Se hace notar que, en el lenguaje de las Partidas (castellano antiguo), al tutor lo llamó como: guardador de huérfanos.

El texto alfonsino estableció como objeto de la tutela la guarda de un huérfano, si era varón menor de catorce años y para el caso de las mujeres, menor de doce años porque “no se pueden ni saben amparar”, cargo que desempeñaba el *guardador de huérfanos* (ley I, título XVI, partida sexta) párrafo que se considera interesante transcribir a continuación:

⁵⁰ Altamirano Velázquez, Rafael Ob. cit, pág. 74

⁵¹ Ibidem, pág. 75

“Tutela en latín tanto quiere decir en romance como guarda que es dada et otorgada al huérfano libre menor de catorce años et á la huérfana menor de doce, que non se pueden nin saben amparar...”⁵²

Las leyes de Partidas introducen el sistema romanizado, “se admiten la tutela y la curatela, y dentro de la primera, tres especies distintas: testamentaria, legítima y dativa”⁵³

En cuanto al curador, este es el encargado de cuidar a los mayores de catorce años y menores de veinticinco ó, a los mayores que sean locos fatuos o pródigos.

Se establece la curatela en beneficio del varón mayor de catorce años, también habrá un curador para los locos, los pródigos, y para los supuestos de incapacidad o ausencia de temporal del tutor nombrado.

La curatela parece tener en principio “un marcado carácter patrimonial transitorio para actos concretos,”⁵⁴ más no podemos ni debemos generalizar este razonamiento.

De una forma muy concreta Sara Montero Duhalt señaló que “el derecho español se inspira en el romano efectivamente, asignándole a la tutela y curatela la misma función, pero ejercida sobre personas de diferente edad: tutela a los impúberos y curatela a los mayores”⁵⁵

5. Derecho francés. Código de Napoleón de 1804

“Mi verdadera gloria no consiste en haber vencido cuarenta batallas. Waterloo borraré el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borraré, aquello que vivirá

52 Real Academia de la Historia, Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, Tomo III Partida quarta, quinta, sexta y séptima, Lope de Vega 18, Madrid, 1972, pág. 495

53 Díez Picazo, Luis, , Familia y Derecho, editorial Civitas, primera edición 1984, pág. 212

54 Ibidem, pág. 189

55 Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, cuarta edición, editorial Porrúa México 1990, pág.361

eternamente es mi código civil...”⁵⁶

Es obra magna de Napoleón Bonaparte su Código Civil, además de la importancia del personaje a lo largo de la historia por su estupenda astucia y gran manejo de la estrategia en asuntos bélicos, no dejó de lado la oportunidad de realizar obra tan importante y trascendental en materia del derecho civil.

“En el proceso de codificación desatado en Europa durante los siglos XVIII y XIX, el Código Civil Francés o *Code* de Napoleón representa la culminación y el paradigma.

La culminación porque no basta considerarlo como el fruto inmediato de la revolución, sino como el más feliz y logrado resultado de varios siglos de desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial de un modo peculiar de entender el *ius commune* y el *mos gallicus* sin olvidar ciertamente el crisol de costumbres; y el paradigma, porque impuso una nueva lógica y porque no hubo en adelante proyecto de código civil alguno en el orbe que no tuviera como referente obligatorio a ésta obra notable.”⁵⁷

La génesis externa más inmediata del *Code* se produce en 1800 cuando los Cónsules (en la práctica, Napoleón Bonaparte, que era el primer Cónsul) designan una comisión integrada por cuatro miembros⁵⁸ (que no eran precisamente revolucionarios, sino más bien abogados y jueces prácticos).

56 Ramos Núñez, Carlos, El Código Napoleón y su recepción en América Latina, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1era edición marzo 1997, pág. 93

57 Ibidem, pág. 76

58 Fueron los cuatro connotados juristas Maleville, Tronchet, Bigot-Préameneu, y Portalis. Código Napoleón (Código Civil Francés), editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 1ª edición San José, mayo 2001, pág. 23. Para la redacción del código civil de los franceses sus autores tuvieron en consideración, no sólo los principios que informan el derecho intermedio y los que consagra el derecho canónico, así como las ordenanzas reales de la época de Luis XIV, sino muy especialmente le *droit coutumier* o consuetudinario que se aplicaba en las regiones del Norte y Este de Francia formado por los usos y costumbres locales y el derecho escrito vigente en el Sud y Oeste de dicho país y que estaba fuertemente influido por el Derecho romano a través del Código Teodosiano y del Breviario de Alarico. Los redactores del Código Napoleón se valieron del Derecho Romano como una de las principales fuentes de que se nutrió dicho cuerpo legal... En cuanto a su método se ha observado que el Código Napoleón ha seguido a grandes líneas el plan de las Institutas de Justiniano adoptando el viejo concepto de que todo derecho que usamos se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones... Peña, Guzmán Luis Alberto, Derecho Romano, segunda edición, editorial Tipográfica editora Argentina, Buenos Aires Argentina 1966, pág. 329

Tras haber sido discutido, debatido y hechas las modificaciones pertinentes, poco a poco fue siendo aprobado, hasta que el 20 de marzo de 1804 fue promulgado debidamente y en su integridad bajo el título de *Code civil des Français* y posteriormente en 1807 sería reimpresso bajo el nombre de “Code Napoleón”⁵⁹, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante emperador.

Como en el resto de Europa, en la Francia de la Edad Media, la tutela es un asunto que corresponde asumir a la familia, en esa misma línea el Código Napoleón de 1804 avanza en la regulación de la tutela de menores.

El reconocimiento del individuo y de su entorno más próximo, esto es la familia, como auténticos soberanos, con sus propios fines que cumplir con un derecho propio obviamente tuvo que influir en la forma en que el derecho se ordenaba. Es la familia órgano soberano en la función tutelar, hay una gran importancia otorgada al consejo de familia en el código napoleónico.

Veamos como figura la tutela en el código, en su libro primero de las personas, título VIII “De la adopción y de la tutela” decretado el 23 de marzo de 1803 (2 germinal, año XI) promulgado el 2 de abril (12 germinal).

Aparecen como podemos ver la adopción y la tutela en el mismo título, y se le concede a ésta última el capítulo II “De la tutela oficiosa” que de acuerdo al artículo 361 indica lo siguiente:

“Artículo 361. Cualquiera persona mayor de cincuenta años y sin hijos ni descendientes legítimos, que quiera durante la menor edad de otro unírsele por un título legal, podrá llegar a ser su tutor oficioso, previo el consentimiento de los

⁵⁹ Cabe decir que no obstante que durante esa época se hallaba en plena campaña militar contra Inglaterra, se dio el tiempo para participar en los debates que se desarrollaban en el seno del Consejo de Estado. De ciento dos sesiones, dedicadas a debatir el Código, Napoleón dirigió personalmente cincuenta y siete. En los debates su participación fue vivaz. No dejaba de insistir en la necesidad de que los términos usados fuesen fácilmente comprensibles, y hasta ciertas instituciones como la idea de una familia sólida. Ibidem, pág. 93

padres o del superviviente de estos o en su defecto de un consejo de familia: si el que haya de ser objeto de la tutela no tiene padres conocidos, deberá obtenerse el consentimiento de los administradores del Hospicio en que este recogido o de la municipalidad del lugar de su residencia.”⁶⁰

Se le llama oficioso al tutor porque como vemos de la lectura del artículo señalado el tutor en este caso adquiere él con plena voluntad sin que medie mandamiento de autoridad, y seguramente por un sentimiento de cariño hacia el menor todas las cargas y obligaciones correspondientes.

Tenemos las siguientes características para ésta tutela:

- Se puede ejercer ésta tutela sobre menores bajo patria potestad, o menores expósitos.
- Esta tutela será conferida solo para hacerse cargo de niños menores de quince años.
- Se tiene la obligación de alimentar al pupilo, educarle y lograr ponerle en condiciones de vivir por sí mismo.
- Pasarán al tutor oficioso los bienes del pupilo, el tutor no podrá deducir de las rentas del pupilo los gastos hechos en su educación.
- El tutor debe dar cuenta de todos los bienes que haya administrado pertenecientes al pupilo.

Ahora veamos el Título X, “De la menor edad, de la tutela y de la emancipación, Decretado el 26 de Marzo de 1803 (5germinal, año XI) promulgado el 5 de abril (15 germinal). En el capítulo II “De la tutela”, en la sección primera “De la tutela de los

⁶⁰ Ibidem, pág.156

padres” las siguientes características:

- El padre es durante el matrimonio el responsable de los bienes personales de sus hijos menores.
- Si hubiere disolución del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, la tutela corresponde al cónyuge supérstite.
- será responsable solidariamente con ella de la indemnización correspondiente.
- Respecto al punto anterior, si el Consejo de familia no priva a la madre de la tutela, le dará necesariamente como cotutor a su nuevo marido, quien será responsable junto con la madre de las gestiones posteriores al matrimonio.

A continuación tenemos la sección II “De la tutela conferida por el padre o la madre”, de ésta tutela se desprende lo siguiente:

- Es un derecho individual del cónyuge supérstite el nombrar tutor pariente o extraño.
- Si la madre que contrajo nuevo enlace y no continúa siendo la tutora de los hijos del primer matrimonio, no está facultada para nombrar tutor a los hijos.
- Si la madre que contrajo nuevo enlace está debidamente confirmada en la tutela, puede nombrar tutor a los hijos de su primer matrimonio, más este no será válido mientras no lo confirme el consejo de familia.
- El tutor tiene la libertad de no aceptar la tutela, si no es de las personas que a falta de ésta elección especial hubieran podido ser encargadas de la tutela por el consejo de familia.

Acto seguido, pasemos a la sección III, “De la tutela de los ascendientes” de la que anotamos las siguientes características:

- Cuando el cónyuge supérstite no hubiere nombrado tutor al menor, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno, a falta de este al materno, y así subiendo en línea directa, pero siempre prefiriendo al ascendiente paterno al materno del mismo grado.
- Si en defecto de los abuelos paterno y materno del menor, la concurrencia aparece entre dos ascendientes del grado superior ambos por la línea paterna del menor, la tutela corresponderá al que resulte ser el abuelo paterno del padre del menor.
- Si se verificase la misma concurrencia entre los bisabuelos de la línea materna, será el consejo de familia el que decida nombrar a uno de ellos.

De acuerdo a la sección IV “De la tutela conferida por el consejo de familia” se tienen las siguientes características:

- Cuando un hijo menor y no emancipado carece de tutor elegido por los padres y no tiene ascendientes varones o si el tutor se encuentra en caso de exclusión o excusa legal, será el consejo de familia quien nombre un tutor.
- El consejo de familia se compone de un juez de paz, de seis parientes o afines vecinos del pueblo donde ha de nombrarse el tutor, la mitad de los miembros será materna y la otra paterna, siempre será preferido el pariente sobre el vecino afín del mismo grado, y si concurren parientes del mismo grado el de mayor edad será el elegido.

El Código civil Napoleón dedica varios artículos al funcionamiento del consejo de familia, es alta la importancia que este órgano reviste en la dinámica del

nombramiento de los tutores; trata de no dejar vacíos en el funcionamiento y objeto de este órgano.

De la lectura de las características de la tutela en el Código civil Napoleón hasta ahora vistas, se puede notar claramente que se refieren los títulos a la tutela de los menores.

Sin embargo para entrar en la tutela a la que estarían sujetos los mayores de edad incapacitados tenemos que referirnos al Título XI “De la mayor edad, de la interdicción y del asesor judicial”. Decretado el 29 de Marzo de 1803 (8 germinal año XI), promulgado el 8 de abril (18 germinal); en el capítulo II cuyo título es “De la interdicción” y que en su artículo 509 indica a la letra:

“Artículo 509. El individuo interdicto, se considerará como menor en lo relativo a su persona y bienes, aplicándose a estos casos las leyes dictadas sobre la tutela de los menores”⁶¹

Ahora bien ¿Quiénes estaban en estado de interdicción?

“Artículo 489. El mayor de edad que se encuentre en un estado habitual de imbecilidad, enajenación mental o locura, debe estar sujeto a la interdicción, aunque aquel estado presente intervalos de lucidez”⁶²

La figura de la curatela aplica para casos concretos, así de acuerdo al artículo 478 del código napoleónico deberá haber un curador cuando se entreguen las cuentas de la tutela al menor emancipado.

También para el caso de acciones relacionadas con los bienes muebles del menor emancipado, se requería la figura del curador quien tenía la misión de velar el debido empleo del capital recibido, según el numeral 482, por último el artículo 393

61 Código de Napoleón, Ob cit, pág. 182

62 Ibidem, pág. 179

señala la necesidad del curador para la mujer encinta cuyo marido hubiere muerto. No hay una “distinción propiamente dicha entre la tutela y la curatela.”⁶³

⁶³ Álvarez Caperochipi, José, Ob cit, pág. 191

CAPITULO II

DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES EN EL DERECHO ROMANO. LOS SUJETOS A TUTELA

1. Concepto de tutela
2. Objeto de la tutela
3. Requisitos para ejercer la tutela
4. Facultades y funciones del tutor
5. Clases de tutela
6. Acciones que derivan de la tutela
7. El impúber
8. Tutela de las mujeres (tutela *mulierum*)
9. Extinción de la tutela

1. Concepto de tutela

Etimológicamente tutela proviene del sustantivo latino “*tutela ae*” que significa protección o defensa y *tutela ae* proviene de “*tutoraris ari*” verbo que significa fundamentalmente defender, guardar, preservar, sostener, sustentar, socorrer.⁶⁴

Podemos considerarla como el poder otorgado por el derecho civil a una persona con el objeto de que esta proteja a otra incapaz, por razones de edad o de sexo. En esta situación se encontraban los impúberes *sui juris* y las mujeres *puberes sui iuris*.

En las Instituciones de Justiniano encontramos un pasaje de Paulo que contiene una definición que Servio Sulpicio, uno de los más notables jurisconsultos de fines de la república, hizo de la tutela “ la fuerza y potestad sobre una cabeza libre dada y permitida por el derecho civil para proteger al que por su edad no puede defenderse

⁶⁴ Aguilar, José Luis, Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano. U.C.V. Facultad de Derecho. p. 14

por sí mismo” (*tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civile data ac permissa*).⁶⁵

Esta definición ha dado origen a diferentes comentarios en los que prevalece el criterio de considerarla equivocada, en virtud de que el término *vis ac potestas* sugiere una potestad, situación que el derecho romano no reconoció debido a que sólo conoció cuatro potestades clásicas (*patria potestas, dominica potestas, manus* y *mancipio*) y las personas protegidas por esta institución eran precisamente sujetos libres de potestades.

Finalmente la definición señala exclusivamente la incapacidad por motivo de la edad, olvidando lo referente a la incapacidad por razones de sexo. En tiempos del emperador Justiniano ya no existía la tutela por razones de sexo.⁶⁶

En sus orígenes sólo podía ejercer la tutela el *paterfamilias* debido al gran parecido que guardaba con la patria potestad, sin embargo cuando perdió su carácter de *vis ac potestas* (autoridad sobre el pupilo y sus bienes) se permitió que el *filiifamilias* pudiera ejercer el cargo de tutor.⁶⁷

Finalmente en el Imperio absoluto, la madre y la abuela podían ejercer la tutela de sus descendientes, siempre que se comprometieran bajo juramento a no casarse nuevamente.⁶⁸

Es la tutela “En general, toda suerte de amparo, defensa, custodia o cuidado y dirección de personas e intereses”⁶⁹

La lectura general de éstos párrafos preliminares señala en primera instancia una

⁶⁵ D. 26, 1, 1, pr.

⁶⁶ Ortolán en su obra lleva a cabo un análisis detallado de la definición serviana. Ortolán. Ob. Cit. pp. 165-167.

⁶⁷ Inst. 1.14.

⁶⁸ C. 5. 35. 2; Nov. 118.5, D. 26.1. 16.

⁶⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos, primera edición, editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina 2007, pág. 964

acción intencional, luego ésta acción implica la participación de ciertas personas quienes han de ayudar o procurar a otras más, a cubrir ciertas necesidades que el derecho estima, no pueden cubrir por sí mismas.

El Maestro Sáinz y Gómez Salcedo en su libro de Derecho Romano señala la definición que Servio Sulpicio Rufo (Cónsul en el 51 a. C.), notable Jurisconsulto de fines de la República, realizó para la tutela como “la fuerza y potestad sobre una cabeza libre dada y permitida por el derecho civil para proteger al que por su edad no puede defenderse por sí mismo (*tutela est, ut servuis definit, visa ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civile data ac permissa*)”.⁷⁰

Esta definición despertó la inquietud de diversos estudiosos del derecho por no cubrir en su contenido la realidad de la institución tutelar. Por ejemplo, el derecho romano reguló que las personas sujetas a la tutela no habían de estar bajo *potestas*, debían reunir la calidad de *sui iuris*; en cuanto a las personas sujetas a protección, solamente se refiere a la edad, sin incluir la condición del sexo.

El diccionario de Cabanellas define la palabra *Cura* de la siguiente forma: “Voz lat. Cuidado. Aflicción o pesar, Estudio. Administración o manejo. Curación”⁷¹

2. Objeto de la tutela

El tutor se ocupaba de la fortuna del pupilo, no de su educación y su salud, por lo que era generalmente el pretor quien designaba a la persona destinada a educarlo, y quien fijaba la cantidad necesaria para ello, tratándose normalmente de uno de los parientes más cercanos del impúber.

El tutor debía completar la personalidad jurídica del impúber y administrar el conjunto de su patrimonio.

⁷⁰ Sáinz y Gómez Salcedo, Ob cit, Pág. 408

⁷¹ Cabanellas, Ob cit, pág. 264

3. Requisitos para ejercer la tutela

- a) Debía el tutor realizar un inventario de los bienes del pupilo, con el objeto de garantizarle la restitución de sus bienes al término de la tutela.
En caso de no hacerlo sin causa justificada, se le consideraba culpable de fraude y se le condenaba a indemnizarlo por los perjuicios que pudiera causarle.
- b) Ciertos tutores debían de proporcionar de la *satisdatio* que consistía en la promesa hecha por el tutor al pupilo de conservar intacto su patrimonio y de presentar fiadores solventes que adquirieran el mismo compromiso,⁷² garantizando su actuación a través de una fianza que como ya vimos anteriormente sólo se exigía al tutor legítimo, en virtud de que el tutor testamentario y el dativo eran perfectamente conocidos e investigados. Por lo que no había duda de su actuación.
- c) El emperador Justiniano exige que el tutor manifieste si es deudor o acreedor del pupilo, pues en caso de serlo, lo excluye de la tutela. Y en caso de omitirlo, pierde sus derechos de crédito o los anticipos hechos en caso de ser deudor.

4. Facultades y funciones del tutor.

El poder que ejercía sobre la persona del pupilo, se limitaba a determinar al domicilio de éste y su deber se ajusta a proveer su manutención y educación, entregándole la cantidad de dinero requerida.⁷³ Las costumbres imponían a los tutores ciertos deberes para con el pupilo a fin de defender los intereses del mismo.

En cuanto a las funciones legales del tutor, los romanos admitían una sabia distinción. Se ocupaba de la fortuna del pupilo y no de su guarda ni de su educación. Casi siempre era el pretor era el que designaba a la persona destinada a educar al

⁷² Gayo, 1. 199.

⁷³ El cuidado y educación del pupilo generalmente es la madre la que se encarga.

impúbero. Pudiendo ser la madre, el abuelo o cualquier otra persona cuyos meritos fueran garantía para asegurar la buena educación del impúbero.

El tutor solo debía velar por los intereses del pupilo y antes de ejercer su cargo debía someterse a varias formalidades, en la primera de ellas debía hacer un inventario de los bienes del pupilo a fin de asegurar la restitución al fin de la tutela y si no lo hacia se le consideraba culpable de fraude.

Otros tutores debían suministrar la *satisdatio* que significa prometer por una estipulación mantener intacto el patrimonio del pupilo.⁷⁴

Una última formalidad fue impuesta por Justiniano en la novela 72, en donde encontramos medidas destinadas a proteger los intereses del pupilo cuando era acreedor y deudor del tutor.

El tutor una vez que ha entrado en funciones, debe intervenir en el cumplimiento de los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo. Se empleaban dos procedimientos el *negotia geril* y la *auctoritas*.

El tutor ejercía sus funciones de índole patrimonial a través de dos modalidades: a) la *Auctoritas tutoris* y b) la *Gestio negotiorum*.

a) La *auctoritas tutoris*. La palabra *auctoritas* proviene de “*augere*” que significa aumentar.

Esta *auctoritas* consistía en la asistencia que realizaba el tutor para el pupilo, cooperando con él para que pudiera realizar un negocio jurídico dotado de plena validez jurídica, a través de este procedimiento el tutor con su presencia complementaba la deficiente capacidad del pupilo, y su personalidad para que pudiera contratar.⁷⁵ Esta *auctoritatis interpositio* determinaba que las

⁷⁴ Gayo 1. 199.

⁷⁵ Gayo, 1. 199 y 200.

repercusiones económicas de los actos afectarían directamente el patrimonio del pupilo. Los romanos consideraban que a través de este proceso, se iniciaba la capacitación del impúber o *infantia maior* en los negocios.

Sin embargo, el impúber podía realizar algunos actos válidos sin la cooperación del tutor, esto es sin la *auctoritatis interpositio*, sobre todo cuando se obtenían beneficios y eran considerados nulos cuando le ocasionaban perjuicios, situación de injusticia que el emperador Antonio Pio modificó, disponiendo que el impúber que actúe sin la *auctoritas tutoris* se hace responsable hasta el importe de su enriquecimiento.⁷⁶

- Requisitos de la *auctoritas*

- 1) Debía hacerse estando presente el tutor, por lo que no puede darse por mensajero, ni por carta.
- 2) Debía darse en el momento mismo del acto, no pudiendo darse una vez realizado el acto.
- 3) Era voluntaria, sin que el magistrado pudiera contradecir al tutor.
- 4) El tutor debía completar la personalidad del pupilo, por lo que no podía sujetarse a condiciones o términos.
- 5) En un principio se necesitaba el cambio de palabras sacramentales.⁷⁷

“Se podía nombrar varios tutores para un solo pupilo y en el caso de la tutela testamentaria era suficiente, según el derecho clásico por la *auctoritas* de uno solo, en tanto que en la tutela legítima y dativa se requería la *auctoritas* de todos, hasta

⁷⁶ D.26. 8. 5.

⁷⁷ En tercero que iba a negociar con el pupilo, se dirigía al tutor diciéndole: Auctorne fis ¿das tu auctoritas? El autor respondía: sí, Auctor fio.

que el derecho justinianeo equiparó la función de los tutores legítimos y dativos con la del testamentario.

- b) La gestión de negocios (*gestio negotiorum*). Consistía en la realización de un acto por el tutor, sin la intervención del pupilo, administrando los negocios de éste como si fuesen propios.

Cuando se trataba de un infante menor de siete años (*infantia minor*) su incapacidad de obrar era total por lo que requería de un tutor que realizara por medio de la *gestio* los negocios jurídicos revestidos de validez.

En la *gestio negotiorum* no se requería la presencia del pupilo y era el tutor quien se constituía en propietario, acreedor o deudor, según el caso y de acuerdo a los principios de representación indirecta reconocidos por el derecho romano.

Sin embargo, en el caso de los procedimientos judiciales en los que de acuerdo al sistema de las acciones de la ley las partes no podían substituirse, se admitió que el tutor ocupara el lugar del infante y en lo referente a la herencia, como su aceptación o repudio, también era un acto de carácter personal, se admitió que en cuanto pudiese hablar el infante, realizara el acto de *auctoritas* del tutor, así como cuando se trataba de enajenar alguna cosa por *mancipatio* o *in iure cessio*.

Al terminar la tutela de infante, el tutor tenía la obligación de rendir cuentas. Durante este acto el pupilo debía estar asistido por varios curadores a cuyo nombramiento estaba obligado el tutor.

- B. Por lo que se refiere a las facultades del tutor sobre los bienes del pupilo fueron ilimitadas durante la época de la monarquía, pues se le consideraba como propietario de los bienes del pupilo. Encontramos en esta época tres restricciones a sus facultades:

- a) En lo relativo a las donaciones.

- b) A los negocios jurídicos que fueron de interés tanto del tutor como del pupilo.
- c) A los actos ejecutados de mala fe por el tutor, que podían ser anulados.

En la época republicana, el derecho honorario limita las facultades tutor a través del procedimiento de la *in integrum restitutio* (que explicaremos al estudiar la curatela de los menores de 25 años).⁷⁸

Posteriormente durante el principado, el emperador Séptimo Severo a través de un senadoconsulto de nombre *Oratio Severi* del año 195 d. C. prohíbe al tutor enajenar los inmuebles rústicos y suburbanos del pupilo sin la autorización del magistrado. Durante el imperio absoluto, Constantino amplía esta prohibición a los inmuebles urbanos y a los muebles preciosos y finalmente, Justiniano prohíbe al tutor recibir capitales por cuenta del pupilo a no ser que la aprobara el magistrado.⁷⁹

5. Clases de tutela

Para la designación del tutor (que también se llamaba delación de la tutela) el derecho romano conoció tres clases de tutela de los impúberes; A) la tutela testamentaria por la cual el *paterfamilias* nombraba un tutor para su hijo, B) la tutela legítima que era determinada por la ley a falta de tutela testamentaria y C) la tutela dativa en la que la designación del tutor provenía del magistrado.

A) Tutela testamentaria

Es aquella por la cual el *paterfamilias* nombraba un tutor en su testamento para sus hijos impúberes, los que se convertían en *sui iuris* al morir el *paterfamilias*. Esta forma de delación en la tutela la encontramos reglamentada en la *Ley de las XII Tablas*, en donde se le permite al

⁷⁸ Sáinz y Gómez Salcedo, ob, cit. p. 291 a 295.

⁷⁹ C. 5. 3. 25. 27.

paterfamilias no solamente elegir a su heredero sino también el designar al tutor de su hijo en su testamento.⁸⁰

En la época clásica este atributo de autoridad paterna de nombrar tutor se amplió, tomándose en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador, de acuerdo a los siguientes principios:

- a) Cuando el padre nombraba un tutor al hijo emancipado, el magistrado debía de confirmar este nombramiento, sin necesidad de investigación alguna.
- b) Si el nombramiento era hecho por la madre, el magistrado debía informarse sobre la honradez y habilidad del tutor para confirmar el nombramiento.
- c) Si el nombramiento fue hecho por el patrono o por un extraño, el magistrado debía de informarse acerca de la honradez y habilidad del tutor, siempre que el impúber no tuviera más fortuna se designaba heredero por el testador, confirmando el nombramiento.

Gayo señala que el tutor debe ser designado por su nombre, en forma imperativa y podía ser antes de la designación de heredero.⁸¹

El jefe de la familia podía así mismo designar a uno o varios tutores, los cuales al igual que sus nombramientos no dependían del parentesco, por lo que podían rechazarle sin explicación alguna, siempre y cuando se hiciese en forma solemne ante testigos (*abdicatio tutelae*).

El *paterfamilias* sólo puede nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede instituir como herederos, por lo que se excluye a los peregrinos, *dediticios*,

⁸⁰ Ulpiano, 11. 14.

⁸¹ Gayo, l. 149; 2. 231.

latino junianos y a los esclavos. ⁸²

B) Tutela legítima

Es aquella que por disposición de la ley le las XII tablas se le otorgaba al agnado más cercano del impúber o a falta de este a los gentiles, siempre y cuando no existiera tutela testamentaria. Gayo nos señala que la *Ley de las XII tablas* indica como tutor agnado más cercano y cuando existieran varios en el mismo grado, todos son considerados tutores.⁸³

Posteriormente, en el derecho de Justiniano correspondió la tutela al pariente más cercano, sea *agnado* o *cognado*.

Encontramos otros tipos de tutela legítima, como la del patrono y sus hijos, la del ascendiente emancipador y la fiduciaria, que pretendían resolver algunos casos implícitos en la ley:

- a) Tutela legítima del patrono. En la cual los libertos o esclavos manumitidos tienen por tutor a su patrón, a la muerte de éste, a sus descendientes.
- b) Tutela del ascendiente emancipador. Era la que se reservaba al ascendiente al emancipar a su hijo.
- c) Tutela fiduciaria. Que se daba a los terceros que habían intervenido en la emancipación, al realizar la tercera *manumisión* de acuerdo al derecho clásico y desde la época del emperador Justiniano a los hijos agnados del *paterfamilias* emancipador, cuya tutela sobre sus antiguos hermanos es denominada tutela fiduciaria.

El tutor legítimo no podía ser removido de la tutela ni le era permitido renunciar a la

⁸² Paulo señala que el hecho de que un esclavo sea nombrado tutor es consecuencia directa del otorgamiento de su libertad. D. 26. 2. 32.

⁸³ Gayo, 1. 164.

misma. Si no quería ejercer esta función podía transferirla a un tercero por medio de la *in iure cessio tutelae*.⁸⁴

C) Tutela dativa

Esta era otorgada por el magistrado a falta de tutor testamentario y tutor legítimo. La antigua función privada del tutor a raíz de la aparición de esta tutela, se transforma en un nombramiento público que ocasiona una carga pública adicional. Esta tutela es introducida por la *Lex Atilia*, anterior al año 186 a. C. y se extiende a las provincias por conducto de las leyes *Iulia et Titia* en el año 50 a. C.

El nombramiento del tutor al que se le llamó tutor *atilianus* o *datibus*, se hacía por el pretor urbano, contando con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe o por el gobernador de la provincia.⁸⁵ En época del Imperio, una disposición del emperador Claudio permitió a los cónsules nombrar tutores, mientras que otra de Marco Aurelio y Lucio Vero creó un pretor especial denominado *praetor tutelaris*.

En la época de Justiniano el prefecto de la ciudad y el pretor en la capital, fueron los magistrados autorizados para designar tutores y en las provincias los presidentes de éstas, los magistrados locales, los alcaldes y los obispos, de acuerdo a lo relevante del patrimonio del pupilo.⁸⁶

Esta tutela por ser considerada como cargo público no podía ser rehusada a no ser que existiera una excusa justificada (*excusatio*) o designando a otra persona más idónea (*poteoris nominatio*).⁸⁷ El sistema de excusas se extendió posteriormente a la tutela testamentaria y finalmente en el Imperio absoluto a la legítima.

Asimismo, eran incapaces para el desempeño de la tutela los locos, los mudos, los

⁸⁴ Nov. 117 y 118.

⁸⁵ Gayo, 1, 185. Ulpiano 11.18.

⁸⁶ C. 11.4.30., Inst. 1.25.13.

⁸⁷ Fr. Vat. 158-167.

sordos, los ciegos, los enemigos del padre del pupilo, los soldados activos, etc. El emperador Justiniano incluye a los menores de 25 años⁸⁸ y de acuerdo a las novelas, a los obispos, a los monjes y a los acreedores y deudores del pupilo, con excepción de la madre y abuela.⁸⁹

A partir de éste régimen, aparece una nueva acción denominada *actio tutelae* y cae en desuso la *in iure cessio tutelae* que podía ejercitar el tutor legítimo y la *abdicationis tutelae*, que podía ejercitar el tutor testamentario.

La designación de los tutores por estos magistrados debía hacerse previa investigación sobre su moral y solvencia, en el caso del tutor legítimo se exigía una fianza que garantizara el manejo adecuado del patrimonio del pupilo, no así en el caso de los otros cargos de tutor.

6. Acciones que derivan de la tutela

Con el fin de proteger al incapaz encontramos diversas acciones de tutela:

- a) *Accusatio suspecti tutoris*. Era una acción popular de carácter penal que podía ser ejercida por cualquier persona y era utilizada para proteger al pupilo en contra del tutor que incurriera dolosamente en malversaciones o fraudes durante el desempeño de sus funciones.

Durante la época imperial, un senadoconsulto autoriza la sustitución del tutor sospechoso, mediante la designación de un nuevo tutor por el magistrado.⁹⁰ Finalmente es permitida la remoción sin *accusatio* por la ineptitud o abandono de las funciones del tutor y en época del emperador Justiniano es dirigida contra toda clase de tutores que hayan obrado dolosamente, mismos que incurrían en infamia.⁹¹

88 C. 5.30.5., Inst. 1. 25. 13.

89 Nov. 123. 5. 72. 1 y 2

90 Gayo, 1. 182.

91 Inst. 1. 26. 6., C. 5. 43.9 interpolada.

b) La *actio rationibus distrahendis*. Consistía en una acción de carácter penal que se ejercitaba al finalizar la tutela, cuando el tutor legítimo se hubiese quedado fraudulentamente con bienes del pupilo. La sanción importaba una multa del doble del valor de los bienes sustraídos. Finalmente en el derecho Justiniano esta acción reduce su sanción penal pudiendo dirigirse contra cualquier tutor.

c) La *actio tutelae directa*. Al igual que las anteriores esta acción era de carácter penal y se ejercitaba por el pupilo, obligando al tutor a rendir cuentas. En principio solo podía dirigirse contra el tutor dativo que había actuado negligentemente; más tarde se extendió a los demás tutores.⁹² El emperador Marco Aurelio la extendió como *actio utilis tutelae* para exigir la responsabilidad del tutor dativo inoperante.⁹³

d) La *actio tutela contraria*. Consistía en una acción de buena fe que podía ejercer el tutor en contra del pupilo con el objeto de reclamarle los gastos realizados durante el transcurso de la tutela y liberarse de las obligaciones contraídas con este.⁹⁴

7. Tutela de los infantes e impúberes

Son considerados infantes los menores de siete años e impúberes todos aquellos hombres y mujeres que no hubiesen alcanzado la edad de 14 y 12 años respectivamente, de acuerdo a lo considerado por la escuela *proculeyana* (doctrina a la que el emperador Justiniano posteriormente se adhiere).

Estas personas *sui iuris* que por razones de edad no habían alcanzado la pubertad requerían (por su incapacidad de obrar) que se les nombrara un tutor, con objeto de que realizara en su nombre los negocios jurídicos que no podían ejercitar por sí

⁹² Esta acción fue conocida anteriormente por Q. Mucio como *iudicium bonae fidei*.

⁹³ Fr. Vat 155.

⁹⁴ D. 27. 4. 1.

solos. A estos infantes e impúberes bajo tutela se les llamó pupilos.

“La razón fundamental de la tutela radica, en principio, en la necesidad de proteger los intereses del menor impúber, o sea su patrimonio”⁹⁵

La debilidad en la edad, es una cualidad natural de la psique y del físico humanos cuando se es un menor; suena interesante concebir a una persona de tal vez siete u ocho años de edad, por ejemplo, asumiéndose como un ser autosuficiente de aquí en adelante, y porque no decirlo, también como el jefe de una familia romana, de una comunidad debidamente establecida con un patrimonio que se va conformando, a manera de cubrir todas las necesidades del grupo.

El maestro Margadant se refiere a los menores de la forma siguiente: “Incapaces por razones de edad eran el *infans* -literalmente, alguien que todavía no sabe hablar correctamente-, hasta la edad de siete años; el impúber, entre los siete años y el comienzo de la capacidad sexual, es decir, hasta la edad de doce años para muchachas y catorce para muchachos...”⁹⁶

Un menor podía convertirse en *sui iuris*⁹⁷ de la noche a la mañana, a causa de un acto cualquiera, aunque esto normalmente sucedía por el fallecimiento del paterfamilias ó, por emancipación del menor impúber; como sea, adquiriría por algún hecho fortuito o meditado, la calidad de un *sui iuris*.

El impúber era libre, ya no había otro *pater familias* arriba, sino él mismo; le competía desde ahora la capacidad que el derecho le tenía reservada, una vez asentado en su reciente independencia, y listo para el ejercicio de los actos propios de su autoría.

“Ser padre de familia no implica forzosamente connotaciones de ascendencia o

95 Costa, José Carlos., Manual de Derecho Romano público y privado. Segunda edición. 4editorial Abeledo Perrot, Argentina, 2009. pág. 254

96 Margadant, Ob cit, pág. 220

97 Loc. lat. Literalmente, de su propio derecho. Cabanellas Ob cit, pág. 932

descendencia biológica –porque puede no tenerlas- sino que refiere a una situación de independencia económica y jurídica”⁹⁸

Es preciso entender que no era un requisito *sine qua non* la tenencia de una familia, el vocablo *paterfamilias* no aludía a la idea de generación, lo que indicaba era “una ausencia de sumisión a potestad”⁹⁹

Por supuesto había los casos, en los que además de asumir la propiedad del patrimonio, se incluía una familia, por esto en diferentes ocasiones, el nuevo *paterfamilias* se enfrentaba al hecho de estar al mando del grupo al que pertenecía en principio, y que habría de dirigir en adelante con sabiduría, fortaleza, y la necesaria madurez, todas indispensables para cumplir tan importante misión, condiciones que posiblemente por su corta edad y natural falta de experiencia no reunía aún.

Pero para evitar el riesgo de un menor, digamos imprudente, interactuando con el mundo, alguien falto de sensatez e inteligencia para los negocios, y otros menesteres que le competían realizar como un nuevo *pater familias* integrándose a la sociedad, el derecho romano proveyó de manera muy atinada, la institución de la tutela para suplir esas fallas propias de la poca edad en los impúberes, que serían llamados pupilas o pupilos¹⁰⁰ al estar bajo tutela.

El menor impúber pudo contar para su protección y defensa, con las tres formas clásicas de la tutela, las que se diferencian según la forma de delación a saber, y que retomamos de la obra del maestro Sáinz y Gómez Salcedo para describirlas:

“la tutela testamentaria por la cual el *paterfamilias* nombraba un tutor para su hijo, la

98 Costa, Ob cit, pág. 205

99 Arguello, Ob cit, pág. 398

100 Pupila (anterior a pupillus) viene de pupula, diminutivo de puppa (“nena”), palabra infantil semejante a mamma y papp; en el sentido más estricto, se dice de la que ha quedado huérfana de padre (cfr. D.50,16,239pr); la extensión al masculino pudo deberse a la atracción de putus (“niño”), que también, a su vez, se extendió al femenino; cfr. “niña=pupila (de los ojos)”. D’ors, Ob cit, pág. 377

tutela legítima que era determinada por la ley a falta de tutela testamentaria y la tutela dativa en la que la designación del tutor provenía del magistrado.”¹⁰¹

Ortolán en su obra sobre la explicación de las Instituciones de Justiniano, refiere para el nombramiento del tutor testamentario lo siguiente:

“Es permitido á los ascendientes dar por testamento tutores á los hijos impúberos, que se hallen bajo su potestad, y esto sin distinción de hijos ni de hijas. Pero no pueden darlos á los nietos ni á las nietas, sino cuando estos, después de la muerte de su abuelo, no deban pasar á poder del padre.

Si pues en el momento de tu muerte se halla tu hijo bajo tu potestad, tus nietos habidos de aquel no podrán recibir tutores por testamento, aunque se hallen bajo tu potestad, porque, muerto tu, deben pasar bajo la potestad de su padre.”¹⁰² El *pater* solamente podía estipular en su testamento, la tutela para el pupilo o pupilos, que estando bajo su poder, se harían *sui iuris* a la muerte de él.

La facultad de testar, es ampliamente reglamentada por la Ley de las XII Tablas, y garantiza al *paterfamilias* la facultad de nombrar el tutor a los hijos que se harían *sui iuris* a la muerte de este.

Con la elaboración del testamento, la protección meditada por el *pater* trasciende a su muerte, organizando el proceso para el cuidado de los menores impúberes *sui iuris*, amén de restar la preocupación lógica del *pater*, sobre el destino de estos últimos al verse solos e inexpertos al momento del fallecimiento del jefe doméstico.

Una característica interesante de la tutela testamentaria es que como el nombramiento de tutor testamentario no dependía del parentesco, bien podía el tutor librarse de tal misión, sin proporcionar mayor razón o explicación alguna, que la solemnidad de expresar el rechazo ante los testigos pertinentes.

¹⁰¹ Sáinz y Gómez Salcedo, Ob cit, pág. 222

¹⁰² Joseph Ortolán, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial pág. 349

A la vez debe decirse de aquel tutor que hacía mal uso del patrimonio del incapaz, que éste corría con la suerte de ser removido del cargo y reclamada su mala función ante la autoridad pertinente. Vaya no había la necesidad de esperar al término de la tutela para ejercer en su contra alguna acción.

Es importante advertir, que podía no existir la tutela determinada por testamento, a razón de una diversidad de posibles causas, Cabanellas en su diccionario describe las siguientes: “cuando el padre había muerto sin testar o no había nombrado tutor en el testamento; cuando el tutor nombrado había muerto antes que el testador; cuando el tutor testamentario moría o perdía la ciudadanía antes que su pupilo llegara a la pubertad, cuando el testador había nombrado tutor hasta un tiempo determinado, o hasta que se cumpliera una condición, siempre que ésta última sucediera antes de que el pupilo llegara a la pubertad”.¹⁰³

La *Ley de las XII Tablas* contenía regulada además, ante la necesidad de no dejar en desamparo al *sui iuris*, otra forma para deferir la tutela conocida como legítima. En este caso al tutor no lo determina o decide nadie, sino que recibe la tutela de la ley misma; y en la ley se inscribe el hecho obvio de que el tutor debía ser aquel quien a la muerte del impúber, sería el inminente heredero.

La elección recaía sobre el agnado más próximo ó, próximos según que todos fueran cercanos en grado, para el ejercicio la tutela.

En el avance del tiempo, es Justiniano quien al crear un nuevo sistema de sucesiones, cambia los principios de la tutela legítima, es así que el nombramiento del tutor se atribuye al agnado o cognado más cercano “conforme a la política general de este emperador de tener en cuenta el parentesco, tanto por vía masculina como femenina”¹⁰⁴ En consecuencia la familia natural no quedará más en rezago respecto de la civil.

103 Cabanellas, Ob cit, pág. 966

104 Margadant, Ob cit, pág. 220

Como el nombramiento del tutor legítimo tiene relación íntima con el parentesco, no podía librarse de ella como en el caso de la testamentaria. Tampoco podía ser removido, y menos aún tenía la opción de renunciar a la tutela fácilmente; había lugar en todo caso, a su transmisión en otra persona mediante la *in jure cessio tutelae*, para el debido ejercicio. Ahora, para actuar en contra de la mala función del tutor, resultaba menester la espera al término de la tutela misma.

Había además otras modalidades de tutela legítima, una de ellas era la tutela legítima de los patronos:

“Un esclavo podía ser manumitido impúbero, teniendo necesidad de un tutor. ¿Quién debía serlo? ¿Un tutor testamentario? Pero no podía serlo este, porque esta clase de tutores solo se daba por el jefe de familia á las personas sometidas bajo su poder; ¿un agnado? Pero el manumitido da en si principio á una nueva familia y no tiene agnados. Las costumbres lo unían en cierto modo a los agnados.¹⁰⁵”

Después de la manumisión, la ley ha decidido que los libertos impúberos queden bajo la protección del patrono, y en caso de su muerte, los manumitidos no quedarán aún desprotegidos, pues pasarán bajo el cuidado de los hijos del patrono.

Bien se sabe que la tutela de los patronos, no estaba expresamente regulada en las Ley de las XII Tablas, entonces -¿provenía o no de la ley?-, al respecto Ortolán toma de Ulpiano la idea siguiente: “los tutores (...) procedían de la ley de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia: el patrono y sus hijos se hallaban en este último caso”¹⁰⁶

Otra modalidad existente en el derecho romano de tutela legítima, es la de los ascendientes:

“si alguno emancipa antes de su pubertad a su hijo ó a su hija, a su nieto o a su

105 Ortolán, Ob cit, pág. 370

106 Ibidem, pág. 371

nieta, habidos de un hijo, y así sucesivamente, será el tutor legítimo de ellos”.¹⁰⁷

Vemos una condición similar a la tutela del patrono, en cuanto que el impúber ya ha salido de la familia, y no tiene más agnados como consecuencia.

El derecho romano ha previsto sabiamente, que los impúberes en el juego de las diferentes circunstancias, bien comunes, o particulares, de lo que era considerado como la vida cotidiana en Roma, no queden en el desamparo.

Amén de las anteriores, existe la tutela fiduciaria que tampoco haya su origen expreso en la *ley de las XII Tablas*: “Hay todavía otra tutela que se llama fiduciaria: porque cuando un ascendiente, emancipa antes de su pubertad á su hijo, ó á su hija, á su nieto ó á su nieta, u otros, queda revestido de su tutela legítima. Muerto este, y si deja hijos varones, estos se hacen tutores fiduciarios de los hijos de aquel, ó del hermano, ó de la hermana, ó de otros”¹⁰⁸

En todos los casos mencionados de la tutela legítima, hay un factor común para nuestro estudio, el brazo protector hacía de los impúberes, que por diferentes causas podían haber quedado al descubierto, si a la muerte de quien se encontraban sujetos no hubiere estado dispuesta la solución correspondiente.

La carga pública como característica importantísima en el desempeño de la tutela aparece finalmente, a partir de la incesante actividad legislativa del momento, y revoluciona lo concerniente a los deberes del tutor; es así que su función meramente privada desaparece.

Ahora ha de cumplimentar adecuadamente su papel, y olvidar de lleno el eximirse de la tutela por su mera voluntad, ya no hay espacio al capricho como pudo suceder originalmente. “De un derecho del tutor, un poder jurídico, un *munus*, pasa a ser un

107 Ibidem, pág. 371

108 Ibidem, pág. 373

onus, una molesta obligación”¹⁰⁹

Por tanto, no debía el tutor dativo rehusar su encargo, sino mediante la excusa que la ley tenía reservada, cuando la causa para no desempeñar la tutela era tal que estaba considerada como justificada, por ejemplo: personas que por su edad avanzada, por enfermedad, las ocupaciones excesivas, mala relación afectiva con la familia del pupilo entre otras más, no se encontraban aptas para el buen ejercicio de la tutela.

La tutela dativa es el claro ejemplo de la intervención de los funcionarios de manera directa, en su desarrollo y consolidación, el aspecto familiar como factor muy importante en la tutela deja de cobrar tanta importancia, pues hay lugar en adelante la materia pública.

“Una *lex Atilia*, anterior al año 186 a. de C., encargó al pretor urbano el nombramiento de tutor, que se llamó *tutor Atilianus* o *dativus*. El derecho de nombrar tutor pasó, desde el emperador Claudio, a los cónsules, y con Marco Aurelio, a un pretor especial, el *praetor tutelaris*. Por otro lado, las leyes *Iulia* y *Titia*, del año 50 a. de C., extendieron a los gobernantes de provincia la facultad de nombrar tutores en sus respectivas jurisdicciones.”¹¹⁰

8. Tutela de las mujeres (*tutela mulierum*)

Por lo que se refiere a la tutela de las mujeres púberes *sui iuris* éstas se encontraban sujetas a una tutela especial y perpetua (*tutela mulierum*).

Encontramos a este tipo de institución en el derecho antiguo y posteriormente en el derecho clásico. La esencia de esta institución se encuentra según los romanos, en la necesidad de proteger a las mujeres, como resultado de su inexperiencia y en su

¹⁰⁹ Margadant, Ob cit, pág. 219

¹¹⁰ Arguello, Ob cit, pág. 451

ligereza de carácter, a excepción hecha de las vírgenes vestales y posteriormente con la legislación caducaría, se exime también a las ingenuas que hubieren procreado tres hijos y a las libertas con cuatro.

Sin embargo Gayo nos habla de lo irreal de esta apreciación y pone de manifiesto el interés real que tienen los tutores acerca de que el patrimonio de la mujer no pase a otras manos.¹¹¹ Fue sin duda la idea de conservación de los bienes de la mujer en beneficio de sus agnados, evitando que se dilapidaran los bienes el que se nombrara un tutor perpetuo que vigilara sus actos.

Las clases de delación de la *tutela mulierum* fueron las mismas que las de la tutela de los impúberes; testamentaria, legitima o dativa.

Las funciones del tutor se limitaron a la interposición de la *auctoritas* con objeto de dar validez a determinados actos importantes, como el de enajenar una *res Mancipi*, designar herederos por testamento, manumitir esclavos, la *conventio in manum*, y en general realizar negocios que se encontraban regulados por el derecho civil.

Sin embargo la mujer púber bajo la tutela tenía una capacidad mayor que la del impúber, pues si bien requería también de la *auctoritas* para comprometer su patrimonio, podía actuando por su cuenta enajenar las *res nec Mancipi*, prestar dinero y hacer o recibir un pago.

Esta institución empieza a caer en desuso al permitirse otras formas para evitarla, como la de que el marido bajo cuya *manus* se encuentre la mujer le permitiera a ésta elegir un tutor a su gusto (tutor *optivus*) después de muerto el marido, y pudiendo renovar la elección de su tutor las veces que deseara¹¹² y al inicio de la República a través de la *tutelaevitandae causa* (causa para evitar la tutela) consistente en el sometimiento mediante *coemptio* a una persona de su confianza, quien la manumitía inmediatamente

¹¹¹ Gayo, Inst. 1. 192.

¹¹² Gayo, 1. 148.

convirtiéndose en su tutor legítimo, con la denominación de tutor *fiduciarius*.¹¹³

La creación del *ius liberorum* por las *leges Iulia y Pappia Poppae* declarando libre de tutela a la mujer ingenua con tres hijos y la liberta con cuatro, contribuye al deterioro de esta situación. Posteriormente el emperador Claudio suprime la tutela de los agnados por lo que la tutela *mulierum* conserva una mínima importancia, hasta que finalmente desaparece en el derecho justiniano.

9. Extinción de la tutela

La tutela podía extinguirse por causas referentes al pupilo (*ex parte pupilli*) o por causas del tutor (*ex parte tutoris*).

En el primer caso podía terminar:

- a) Cuando llegaba el pupilo a la pubertad.¹¹⁴
- b) Por muerte del pupilo.
- c) Por cualquiera de las *capitis deminutio* del pupilo.¹¹⁵

Por lo que se refiere al tutor deja de ejercer sus funciones:

- a) Por muerte.
- b) Por *capitis deminutio máxima o media*.¹¹⁶
- c) La destitución del tutor.

¹¹³ Gayo, 1. 114. 115., 1. 166.

¹¹⁴ Gayo, 1. 196. Ulpiano 11. 28., Inst. 1. 22.

¹¹⁵ D. 26. 1. 4. Inst. 1. 22. 1.

¹¹⁶ D. 26. 4. 2., interpolada; Gayo, 1. 163., Ulpiano 11.7.

- d) Por la llegada de un término o de una condición limitando las funciones del tutor testamentario.¹¹⁷
- e) Por una excusa plenamente justificada.

¹¹⁷ D. 26.1. 14. 3. 5. Inst. 1. 22. 2.5.

CAPITULO III

LOS SUJETOS A CURATELA EN EL DERECHO ROMANO

1. Concepto de la curatela
2. Objeto de la curatela
3. Facultades y funciones de curador
4. Acciones que derivan de la curatela
5. El *furiosi*
6. El Pródigo
7. El menor de veinticinco años
8. Curatelas especiales
9. Extinción de la curatela

1. Concepto de la curatela

“Podemos considerarla como el poder otorgado por el derecho civil a una persona con el objeto de que ésta represente y proteja a aquellas personas incapaces de obrar, ya sea por una causa particular o accidental.

El curador debía poseer características similares al tutor, teniendo como función principal la de cuidar los intereses patrimoniales del incapaz y no la de interponer la *auctoritas* como en el caso del tutor.

Encontramos su origen en la *Ley de las XII tablas* en la que se limitaba la curatela exclusivamente a la protección de los *furiosi* y la de los pródigos (incapacitados accidentales), posteriormente se amplía la curatela a los sordos, mudos, dementes a los enfermos graves, a los menores de 25 años y en algunos casos a ciertos impúberes.”¹¹⁸

118 José María Sáinz. ob. cit. p. 327 a 328.

La designación de curadores es hecha por los mismos magistrados que los tutores, con la salvedad de curador por testamento que una vez que era designado por el paterfamilias debía ser confirmado por el pretor o el presidente de la provincia.¹¹⁹

La curatela encuentra su origen en la *Ley de las XII Tablas*, el maestro José María Sáinz y Gómez Salcedo indica lo siguiente: “podemos considerarla como el poder otorgado por el derecho civil a una persona con el objeto de que ésta represente y proteja a aquellas personas incapaces de obrar, ya sea por una causa particular o accidental.”¹²⁰

Álvaro D’ors señala la *cura* o curatela en términos generales como “un encargo de administración de cualquier tipo, tanto pública como de patrimonios privados”¹²¹

Por su parte Rodolfo Arguello señala que “para el derecho romano la curatela (*cura*) implicaba una administración”¹²²

2. Objeto de la curatela

La institución de la curatela funge “para proteger el patrimonio de los incapaces no sometidos a tutela.”¹²³ Tiene un objeto más direccionado hacia la administración de los bienes del incapaz, aún cuando no se puede eludir el hecho, de que hubo casos en que se velaba también por la persona, como ejemplo de este caso era el demente, ya más adelante veremos con detenimiento este punto.

En definitiva, no era exclusiva de los impúberes la protección de los bienes, había además otros patrimonios, que precisaban en determinadas circunstancias de incapacidad e inexperiencia del titular, además de otras causas, la asistencia de

119 Inst. 23. 1.

120 José María Sáinz, Ob cit, pág. 232

121 Alvaro D’ors, Derecho Privado Romano, editorial ediciones Universidad de Navarra, décima edición, Pamplona 2004, pág. 297

122 Arguello, Ob cit, pág. 455

123 Argüello, Ob cit, pág. 448

alguna persona para su cuidado y vigilancia.

Los diferentes tipos de incapacidad que sujetaban a la persona a la curatela, podían o no acontecer; el factor accidental o excepcional que determina el requerimiento de ésta institución, refiere que la persona no necesariamente ha de recaer en alguna condición tal, que requiera de la procuración externa.

Ambas instituciones, la tutela y curatela, tienen una serie de diferencias, empero reúnen una finalidad en común: el derecho romano hace uso de éstas dos figuras jurídicas, también llamadas instituciones, para cubrir a la persona en su derecho de ser dignificada y respetada frente a otros, a partir de la aparición en su persona de una serie de condiciones particulares o naturales limitantes de la libre conducción de su vida.

3. Facultades y funciones del curador

Debe cuidar el patrimonio del enfermo. El paciente mientras se encuentra en estado de locura, no puede realizar ningún acto jurídico; pero si recobra sus facultades debido a un intervalo lucido entonces puede obrar solo, como si nunca hubiese estado desequilibrado.

El curador del loco no otorga su *auctoritas*, solo administra. El curador era responsable, como un gestor de negocios. El incapaz y sus herederos tenían contra él una *actio negotiorum* directa para obligarle a rendir cuentas.¹²⁴

4. Acciones que derivan de la curatela

Encontramos en la curatela fundamentalmente a la *actio negotiorum gestorum* directa y la contraria, equivalentes a la de la gestión de negocios, en la que una persona llamada gerente, tramitaba sin conocimiento y consentimiento del dueño la realización de un acto jurídico. Justiniano las calificó como *utilis* (ventajosa) y les imprimió un régimen

¹²⁴ Sabino Ventura Silva, Derecho Romano Edit. Porrúa, México 2011, p. 153

similar a la *actio tutelae*.

5. El *furiosi*

Los *furiosi* de acuerdo a la opinión general de los autores eran aquellos enfermos de sus facultades mentales con intervalos de lucidez, en los que adquirirían capacidad completa, a diferencia de los dementes, insanos o *mente capti* que eran aquellos locos sin intervalos de lucidez y completamente incapaces.

De acuerdo a la *Ley de las XII tablas* la delación de la curatela del *furiosi* podía ser legítima a favor del agnado más cercano,¹²⁵ a falta de éste a la de los gentiles y cuando la gentilidad cayó en desuso, el magistrado nombraba al curador.

La función del curador en este caso era la de valerse de la *gestio*, obrando siempre en el lugar del loco, esto es la de administrar los bienes del incapaz, además de representarlo y cuidar de su persona.

“¿Cuánto tiempo más seremos juguetes de tu furor?”, se pregunta el cónsul Cicerón, en el 63, apenas pronuncia en el senado sus primera palabras contra el principal conspirador de la República”¹²⁶

Furioso según Cabanellas es aquel “Poseído de furia (v.) o dominado por la ira. Violento, irascible, loco peligroso”¹²⁷

Es un hecho probado que todo lo referido al comportamiento humano se mueve en un impreciso ámbito, del que son más las conjeturas que los hechos que podemos tomar como ciertos.

Hablar de la lógica como coherencia del pensamiento, hablar de racionalidad o de

125 Así por ejemplo un hijo podía ser el curador de su padre *furiosus*.

126 Joaquín Muñiz Coello. Entre la furia y a amentia. Dos casos de la antigua Roma. Gerion, Volumen XVIII, año 2000, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, pág. 239.

127 Cabanellas, Ob cit, pág. 418

normalidad como categorías, pero sacadas del contexto de tiempo y lugar, resulta inexacto y desde luego confuso, por cuanto todos estos conceptos se vacían de significado si no los referimos a la sociedad concreta que los formula.

El tema de lo racional e irracional se mueve aún hoy entre nociones y límites extremadamente dudosos, y hablar de locos o de locura, supone aludir a aspectos aún hoy poco explorados y peor conocidos del comportamiento de la persona, accesibles por vías, de las que en ocasiones, ni siquiera podemos estar plenamente seguros de que sean las correctas.

Si además consideramos nuestra ignorancia sobre cuáles eran las pautas de normalidad estrictamente vigentes en un tiempo y lugar concreto, a los que referimos nuestro análisis, por ejemplo, pautas que eran no menos cuestionadas por la sociedad que teóricamente las sustentaba, el panorama de certezas y seguridades que podemos esperar no puede presentarse más sombrío.

“En la antigüedad, clásica la reflexión sobre la locura alternaba entre el plano de la enfermedad y la esfera de los asuntos sobrenaturales, el mundo de los dioses, de cuyas relaciones con los hombres podía sobrevenir la insania, la locura, su principal secuela, y sin que ésta segunda manifestación se asumiese como destino afortunado.

Heródoto ya distinguía estas dos vertientes, la locura debida a causas naturales, como una patología más del ser humano, y la locura de origen divino. Y era complejo trazar la línea divisoria entre lo que era una demencia común y una locura profética”¹²⁸

Para los romanos, el furioso tanto significaba genéricamente el loco¹²⁹, el que

¹²⁸ Muñiz, Ob cit, pág. 236,237

¹²⁹ Locura parece ser término derivado del árabe, aunque no sin grave complejidad otros han intentado otras etimologías, como la derivación de Glauco, cuyo significado de “gris, pálido, acuoso, sin vida”, aplicado a los ojos, se vincula a la mirada perdida e inexpresiva de muchos afectados por ciertas enfermedades mentales. Ibidem, pág. 236

carece de mentalidad de modo permanente, como, en sentido más estricto quien padece de demencia transitoria y goza de intervalos de lucidez.

Pero si se quiere hacer una diferencia más específica, se puede decir entonces que existían los *furiosi* y los *mente capti*. El *furiosus* es el hombre afectado en sus facultades mentales pero, con la peculiaridad que goza de intervalos de lucidez.

El Maestro Sáinz y Gómez Salcedo señala que “los dementes, insanos o *mente capti* eran aquellos locos sin intervalos de lucidez y completamente incapaces”¹³⁰

“La figura del loco en la polis griega, como después en la ciudad romana, despertaba la curiosidad y el temor de estar ante aquel de cuyo comportamiento o actitud podían esperarse reacciones imprevisibles, y sin que para el transeúnte cupiese cosa distinta que la mera observación de sus gestos y una prevención mínima de autodefensa”¹³¹

Es a partir de La Ley de las XII Tablas que hubo la preocupación sobre la persona de los *furiosi*, y así se dispuso que todos aquellos que cubrieran las condiciones de: *sui iuris*, púberos y *furiosi*, vaya, hablamos de personas que no se encontraran bajo la protección de un jefe de familia, así tampoco bajo la de un tutor, y que evidentemente de acuerdo a su circunstancia particular, no podían hacer su vida en cuanto a la autonomía en el ejercicio de derechos y respuesta a las obligaciones en forma autosuficiente.

“Cicerón reflexionaba sobre los estados patológicos de la mente y calificaba de insanos a aquellos que, alterados en su razón, habían salido de su potestad, *exisse ex potestate*. Lo que ellos, los romanos, llamaba furor, correspondía a la griega “melancolía”, la bilis negra, “como si la mente sólo se perturbara por la bilis negra y no, muchas veces por la iracundia más grave, por el temor o por el dolor”, venía a

130 Sáinz, Ob cit, pág. 232

131 Muñiz, Ob cit, pág. 237

aclarar el orador de Arpino. Y recordaba cómo ya los antepasados se precavían de las consecuencias de la furia humana, definida como la ceguera de la mente para todas las cosas, singularizando un trato legal específico para los *furiosi* en la *Ley de las Doce Tablas*¹³²

Todas estas personas poseídas por una serie de alteraciones mentales visibles que llegaban a atemorizar a todos aquellos que les rodeaban, se debían encontrar sometidas al tenor del derecho romano, a la curatela legítima, ya fuera la de sus agnados, o de los gentiles en su caso.

Por lo tanto es sabido que al momento de aparecer los síntomas de la locura, se abre paso la institución de la curatela del agnado más próximo, esto sucedía sin que mediase como requisito *sine qua non* la decisión de un magistrado. Así pues por ejemplo, el hijo podía ser el curador de su padre.

Ya posteriormente, cuando la gentilidad cae en desuso, entra entonces en funciones el magistrado a efecto de nombrar el curador correspondiente para el furioso.

En los casos en los cuales correspondía al magistrado el nombramiento del curador, -señala Arguello- “le era permitido seguir las instrucciones dejadas por el padre en el testamento, sin que ello supusiera la existencia de una curatela testamentaria”¹³³

Esta limitante es porque la *Ley de las XII Tablas* no daba este derecho al testador. La razón para no dar esa facultad al testador según Ortolán “es porque refiriéndose á circunstancias particulares todas las causas por las que se daban curadores, y cuyas causas imponían una especie de incapacidad en personas generalmente capaces, no debía estar en las facultades del testador obrar por autoridad propia,

132 Ibidem, pág. 238

133 Arguello, Ob cit, pág. 455

como si tales causas existiesen.”¹³⁴

Considerando que el incapaz recobraba la lucidez mental, a continuación sucedía que retomaba legalmente la capacidad de ejercer plenamente sus actos y su vida común, tal y como si nunca hubiera estado enfermo.

Hablamos entonces de un tipo de incapacidades que si bien afectaban la capacidad intelectual del sujeto en momentos o tiempos no definidos estrictamente, el derecho si pudo y tuvo la precaución de prevenir que habría de recobrase la lucidez en algún momento, por lo tanto pensaba en el futuro y así el incapaz “al fin no tan incapaz”, podrá con la dignidad inherente a la persona que es, asumir por mano propia sus derechos y obligaciones al ser necesario nuevamente.

“En realidad, médicos, intelectuales y ciudadanos corrientes asumían la enajenación mental y procuraban adaptar sus actitudes, respecto del individuo con desórdenes mentales, según la repercusión que la conducta insana tuviese para con el resto de la ciudadanía. No fue el desorden síquico tema central de los tratados médicos, porque el desconocimiento generalizado no daba pie para grandes disertaciones.

En breves apartados se enumeraba un catálogo de actitudes peligrosas o no peligrosas para el resto de la sociedad, y todo lo más, algún médico, yendo más allá, distinguía si este peligro podía tornarse incluso para el propio sujeto.

De ahí que actitudes y prevenciones no fueran las mismas para los perturbados violentos, aquellos cuya mente había sido víctima de la furia, los *furiosi*, y los otros, aquellos que no representaban más que una anécdota curiosa e incluso jocosa, por sus imprevisibles salidas, en la vida cotidiana de la ciudad”¹³⁵

La misión del curador para con estas personas finalmente, es la de cuidar de la persona, considerando con claridad las condiciones de salud que en circunstancias

134 Ortolán, Ob cit, pág. 411

135 Muñiz, Ob cit, pág. 237

no meditadas, devengan en una inestabilidad y falta de coherencia en las ideas y la lógica relación de estas entre sí en los intervalos de locura.

El cuidado de la persona del incapaz requiere por supuesto la protección del patrimonio que le pertenece, a partir de la incesante vigilancia del curador, para evitar que con los actos del incapaz pueda venir la disminución obvia, si el este último transaba en condiciones inviables de salud.

La vía de actuación del curador era la *gestio*, era necesario asumir la administración de los negocios del incapaz como propios, se posicionaba en este sentido en el lugar del loco frente a los terceros.

Otra labor importantísima del curador sobre la persona del incapaz no solamente incluía la protección del patrimonio, sino que además se sumaba a sus funciones la intención de la curación de la enfermedad del incapaz a su cargo, si bien no era la prioridad, si formaba parte adyacente en las funciones de este.

6. El pródigo

Era considerada pródiga la persona que dilapidaba los bienes que hubiera recibido de sus parientes paternos *ab intestato* y más tarde a todos aquellos que también dilapidaran bienes recibidos por testamento.

Como en el caso anterior, esta curatela se otorgaba en forma legítima a su heredero agnaticio y en su defecto a los gentiles declarando al pródigo por decreto del magistrado en estado de interdicción.

Esta medida fue más allá de lo previsto por la *Ley de las XII tablas*, al considerar que todo aquel que dilapidara sus bienes, sea cual fuera el origen o procedencia de su fortuna, se le nombrara un curador que evitara la disminución del patrimonio del pródigo.

Para la validez a los negocios jurídicos que pudieran ocasionar su empobrecimiento, el curador debía prestar su *auctoritas*. Sin embargo, el pródigo no requería de curador para los actos en que se mejorara su posición económica como era el caso de una herencia.

Según Ulpiano, no requería de un nuevo decreto para extinguir esta curatela, era suficiente que el pródigo se enmendara para levantarse el estado de interdicción. En el caso del curador tenía la naturaleza de un administrador y por lo tanto en este caso también tenía que rendir cuentas.

En ciertas situaciones, los integrantes de una familia sin llegar a ser dementes, presentan ciertas anomalías que los inhabilitan parcialmente para los actos de la vida civil.

Cabanellas en su diccionario señala el siguiente concepto para el pródigo:
“*Prodigus*. Voz lat. Pródigo. Para la Ley de las XII Tablas, tenía la consideración de pródigo la persona *sui iuris* (de su propio derecho) que disipaba los bienes recibidos por sucesión ab intestato del padre o del abuelo paterno (*bona paterna avitaque*), en detrimento de sus descendientes legítimos”¹³⁶

En cuanto a la prodigalidad, nuevamente el autor la define como: “Derroche, desperdicio, gastos excesivos o frívolo consumo de los bienes propios.”¹³⁷

“La clásica conceptualización ulpiana define al pródigo como...”quien no es capaz de llevar cuenta y límite de sus gastos, sino que se arruina dilapidando y malgastando sus bienes...”¹³⁸

El pródigo es la persona cuya actitud insensata está encaminada a la franca

¹³⁶ Cabanellas, Ob cit, pág. 804

¹³⁷ Ibidem, pág. 804

¹³⁸ Bernal, Beatriz, “La curatela del pródigo en el derecho romano”, Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XVI, número 48, septiembre-diciembre 1983, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pág. 781

disminución de sus bienes. Sin embargo no hay en este imprudente, la condición de la incapacidad natural, como sería el caso del *furiosi*. Se trata entonces de personas que a pesar de cubrir los requisitos necesarios para hacerse cargo de sí mismos, se pierden en la ligereza de su carácter corriendo el riesgo de extinguir su fortuna.

Es importante considerar que no es suficiente el gasto esporádico o eventual para considerar a la persona como un pródigo, se estima que la conducta haya sido continua o habitual, sin razón justificada, que implica la salida definitiva de los bienes de la fortuna que se traducen en pérdidas económicas y absurdas.

La conducta manifiesta de la persona que realiza gastos ha de constituir un verdadero peligro, pues estos no guardan debida proporción con su patrimonio o con los rendimientos que de este se deriven. “No se exige la ruina efectiva o próxima del patrimonio, sino que dicha conducta revele que tal sería el resultado que se produciría si no se pusiere fin a la misma”¹³⁹

En la sociedad romana antigua, la de carácter gentilicio, se protegía principalmente el patrimonio familiar, posteriormente con la sociedad imperialista romana del periodo clásico, la institución adquirió el carácter encaminado a proteger el patrimonio familiar amén del propio del pródigo en cuestión.

“Asentada la propiedad privada, ya no se trataba de proteger el patrimonio familiar, sino el propio del tutelado. Pasó por consiguiente, de ser un derecho o *potestas* a ser un deber, y de asunto familiar se convirtió en materia de carácter público”¹⁴⁰

7. Del menor púber de 25 años (*cura minorum*)

Los romanos sintieron la preocupación de proteger a la inexperiencia de la juventud en negocios jurídicos, en virtud de que el hombre que cumplía los 14 años, adquiría

¹³⁹ Paula Domínguez, Tristán, El prodigus y su condición jurídica en el Derecho romano clásico, editorial Cedecs, primera edición, Barcelona 2001, pág. 47

¹⁴⁰ Bernal, Ob. cit, pág. 784

plena capacidad y no estaba protegido por ninguna disposición legal, determinó el inicio de una serie de medidas que los protegieran hasta los 25 años. Éste es el caso específicamente de los jóvenes púberes *sui iuris*, en virtud de que las mujeres púberes, como vimos anteriormente, caían en tutela perpetua.

Este régimen de protección se inicia aproximadamente en el año 191 a.C. con la expedición de la *Lex Plaetoria* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium* de la que se conocen vagamente algunas disposiciones, pero que según testimonio de Marco Tulio Cicerón, otorgaba a las personas que no hubieran cumplido todavía los 25 años una acción especial, *la actio legis plaetoria*, que se podía ejercer en contra de aquel tercero que hubiese abusado de la inexperiencia del menor para conseguir un beneficio. Esta acción de carácter popular terminaba con la nota de infamia y casi siempre con una multa.

Con objeto de dar una mayor protección de la *Lex Plaetoria*, el pretor concede una excepción denominada *exceptio legis plaetoriae* en contra de las reclamaciones de las personas que habían efectuado negocios con el menor y una *restitutio in integrum* por la cual todo acto tachado de fraude, violencia o dolo que perjudicara a un menor, se consideraba no realizado y restablecía las cosas a su estado primitivo.

Este recurso sólo se concedía después de un examen del asunto, constatando que el perjuicio del menor proviniera de su inexperiencia y que el derecho civil no le hubiere proporcionado ningún otro recurso.

En virtud de esta serie de medios de protección que constituían graves inconvenientes para los terceros que contrataran con ellos, ocasionó una gran disminución en las contrataciones con los menores, afectando el crédito de éstos. Por lo que se inicio la práctica de que éstos menores púberes actuaran en los negocios asistidos de curadores, cuyo nombramiento tenía carácter optativo.

Una constitución del emperador Marco Aurelio permite que los menores de ambos

sexos puedan a su capricho estar o no estar provistos de un curador y asimismo puedan pedir curadores permanentes hasta que llegasen a su mayoría de edad. Esta institución de curadores permanentes, sin embargo, no logró hacer desaparecer las disposiciones anteriores que se prestaban para cometer abusos, aunque sí permitió la contratación con un poco de más confianza con los menores.

En el derecho postclásico, el cargo de curador de un menor tiene características similares a las del tutor del impúber, pues administra sus negocios con la obligación similar del tutor de rendir cuentas al final de la curatela y el dar su consentimiento a los actos que realice el púber, en forma parecida a la *auctoritas* del tutor.

A finales del siglo III d. C. los emperadores conceden la autorización para realizar actos de simple administración a los hombres mayores de 20 años o mujeres de 18 años, era una especie de mayoría de edad anticipada, denominada *venia aetatis*.

Finalmente, en el derecho justiniano, señala que el tercero que haga un pago a un menor asistido de su curador o un pupilo con la *auctoritas* de tutor, podía obtener el juez sin gastos, una sentencia autorizando a cobrarse y luego de ello el pago fuese invulnerable.

- Curatela excepcional de impúberes

Podía existir curatela de impúberes en los siguientes casos:

- a) Cuando el tutor sostiene un juicio en contra de su pupilo.
- b) Cuando el tutor ha presentado una excusa temporal, se requiere durante este intervalo de nombrar un curador en su lugar.
- c) Cuando el tutor se muestre incapaz de solucionar un asunto de su pupilo. En todos estos casos sólo puede hacer actos de gestión que no supieran a las

auctoritas del tutor.¹⁴¹

8. Curatelas especiales

El derecho romano designaba curador en las hipótesis siguientes:

- a) En la época justiniana, el *curator impuberis* para los casos de enfermedad, ausencia, etc., del tutor, situaciones en las cuales, en el derecho clásico se nombraba otro *tutor praetorius*
- b) El nombrado para los bienes adventicios para un *alieni iuris* no administrados por el padre
- c) El *curator ventris*, para asegurar los derechos sucesorios de un concebido y no nacido
- d) Los *curatores bonorum*, que se designaban para cuidar masas de vienes en diversas hipótesis (titular prisionero de guerra, *hereditas iacens*, ejecución sobre el patrimonio del deudor).

9. Extinción de la curatela

La curatela se extinguía en el caso de los furiosos, locos, sordos y mudos cuando están curados.¹⁴²

- a) La de los pródigos, cuando se levantaba el estado de interdicción por enmendarse en su comportamiento.
- b) La otorgada para un negocio especial cuando éste estaba terminado.

¹⁴¹ Paulo, Lib 19, D, de auct. Et. cons. Tit. XXVI, 81.

¹⁴² D. 27. 10. 1.

c) La de los hombres púberes a los 25 años o cuando obtienen la dispensa de edad (*venia aetatis*).¹⁴³

d) La curatela otorgada al pupilo durante la tutela se extingue con la pubertad. El curador debía administrar y rendir cuentas de su gestión al final de su cargo.¹⁴⁴ Antes de iniciar su gestión, los curadores deben cumplir iguales formalidades que las de los tutores, así como rendir cuentas y de las garantías también.

143 D. 4. 4. 3., C. 2. 45.

144 Artículo 626 del Código para el Distrito Federal.

CAPITULO IV

TRASCENDENCIA DE LA TUTELA Y LA CURATELA DEL DERECHO ROMANO CON EL DERECHO ACTUAL

1. Tutela y curatela en general
2. Diferencia entre tutela y curatela
3. Diferencias y concordancias entre la tutela y la curatela con el derecho actual

1. Tutela y curatela en general

- Sus antecedentes y desarrollo histórico.

Como vimos anteriormente, para ser considerado persona física se requería tener los tres estatus; el *status libertatis*, el *civitatis* y el *familiae*, esto les otorgaba la capacidad de derecho, sin embargo, requerían de la capacidad de hecho, esto es, de las condiciones legales requeridas para obrar en el campo jurídico, que no todas las personas tenían, tal es el caso de los infantiles, los impúberes, las mujeres *sui iuris* solteras, los dementes, los pródigos y los menores de 25 años, los cuales tuvieron necesidad, para ejercer sus derechos, de representantes legales que suplieran su incapacidad. Situación que originó que se les colocara bajo la protección de tutores o curadores.

En un principio estas instituciones nacieron como un poder establecido para salvaguardar el patrimonio de la familia del pupilo, en beneficio de los presuntos herederos y paulatinamente este concepto fue transformándose y a fines de la República se convierte en una protección en interés del incapaz, implicando una serie de obligaciones para los tutores y curadores, garantizando diversos beneficios del pupilo.

Finalmente, en el Imperio absoluto la tutela es considerada como una carga pública, molesta y onerosa. Gayo señala que estas instituciones fueron inspiradas por la

naturaleza misma de las cosas, y comunes en lo general a todos los pueblos.¹⁴⁵

2. Diferencias entre tutela y curatela.

La diferencia entre la tutela y la curatela ha suscitado divergencia de opiniones, pues se ha pretendido que la tutela estaba dirigida para situaciones normales, como la infancia, la impubertad y el sexo femenino, en cambio la curatela estaba destinada a proveer incapacidades accidentales como la prodigalidad, la locura o la inexperiencia de algunos púberes menores de 25 años.

Según Cuq,¹⁴⁶ la tutela y la curatela procedían de dos diferentes ideas. En un principio, la propiedad suponía el derecho de hacerse justicia por propia mano; exigía fuerza física. Cuando el propietario era un infante o una mujer no poseía esa fuerza; era el tutor quien se las procuraba.

La curatela parte de una idea diferente. Se quiso proteger la propiedad contra el mal uso que ciertas personas hubieran podido hacer de ella. No se trataba de prestar un apoyo material al propietario, si no de poner a su lado a una persona que cuidara de su propiedad e impidiera su abuso.¹⁴⁷

Sin embargo podemos considerar, según se desprende de sus funciones tanto del tutor como del curador, que el tutor asistía al pupilo por conducto de la *auctoritas* (defendía) y el curador administraba, cuidaba (*curare*).¹⁴⁸

En Roma todo ser humano para ser considerado como persona requería de ciertos requisitos, esto es reunir los *status libertatis, civitatis y familiae (ser sui juris)*,

¹⁴⁵ Gayo, 1. 189.

¹⁴⁶ Cuq, Eduard. *Manual des Institutions Juridiques des Romains*. Paris, Francia. Editorial Plon. 1928. p.114.

¹⁴⁷ Cuq; Ob. Cit. p.112.

¹⁴⁸ Como señala Margadant, la distinción romana entre ambos conceptos no corresponda a la actual, pues en nuestro derecho civil el curador es una persona que debe vigilar al tutor, un medio más de protección del pupilo en contra del tutor; el incapaz tiene conjuntamente un tutor y un curador de acuerdo al Art. 618 de nuestro Código Civil y en el derecho romano el incapaz tiene en algunos casos un tutor y en otro un curador. Guillermo Floris Margadant. Ob. Cit. p. 207.

características que el derecho romano exigía para ser tutor y curador, “esto es, condiciones legales requeridas para obrar en el campo jurídico, que no todas las personas tenían”.¹⁴⁹

Hablando de la tutela se contemplan a los infantes e impúberes y las mujeres *sui juris* púberes (*tutela mulierum*) y en la curatela se refería a los dementes, los pródigos, los menores de 25 años.

Todos ellos tuvieron la necesidad del apoyo de representantes para ejercer plenamente los derechos y obligaciones. Instituciones éstas, que fueron desarrollándose en las diferentes épocas e influencias.

3. Diferencias y concordancias entre la tutela y la curatela con el derecho actual

La distinción romana entre tutela y curatela no corresponde a la moderna. Los tutores y curadores disponían de la *actoritatis interpositio* (una figura que el derecho moderno no conoce) y de la *gestio negotiorum* de las cuales los tutores actuales ya no necesitan servirse, pues representan a los pupilos en forma directa contrariamente a lo que sucedía en el derecho romano.

La mayoría de edad en nuestro derecho comienza a los 18 años y en Roma comenzaba a los 25 años; y entre la pubertad y la edad de 25 años, los romanos colocaban en forma intermedia a la curatela facultativa.

La vigilancia de personas *sui iuris* que no pueden darse cuenta del alcance de sus actos por falta de edad o defectos mentales.

Otra interesante distinción se da entre pupilos ricos y pobres, establecido por Justiniano al designar magistrados más importantes para otorgar la tutela dativa en caso de los primeros. Método de designar a los tutores que se ha conservado en el derecho actual en el Art. 461 del Código Civil para el Distrito Federal, con la misma

¹⁴⁹ Ibidem, pág. 220

prelación establecida por Roma entre las tres formas.

También podía haber pluralidad de tutores a fin de repartir la tarea según la clase de determinados negocios. En el caso de los infantes el tutor debería resolver los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés mediante la *gestio negotiorum*.

En tal caso las consecuencias de estos actos repercutían en el patrimonio del tutor, ya que éste no tenía la representación directa del pupilo como en el derecho moderno.

El tutor romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio aunque por cuenta del pupilo de la rendición de cuentas de la tutela, cuando ésta terminaba, tenía el tutor que hacer los traspasos necesarios al patrimonio del ex pupilo, y recibir los traspasos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la *gestio negotiorum*. Este sistema se califica como de representación indirecta.

El establecimiento de la tutela por testamento, por vía legítima y por intervención de la autoridad, encontramos que diversas medidas preventivas y represivas para proteger al pupilo. Estas concordancias y aproximaciones son significativas en nuestro derecho actual.

Por lo que se refiere a los dementes estos se encontraban bajo una curatela legítima o dativa. El curador obra sólo por *gestio negotiorum*, pero lo que realizare el demente en *dilucida intervalla* (momentos de lucidez) es completamente válido, aunque no hubiere intervenido el curador.¹⁵⁰

Por lo que se refiere a esto, el derecho actual es más sensato al disponer que la incapacidad no cesa sino por la muerte del incapacitado o, por una sentencia que revoque la interdicción.¹⁵¹No basta un período de evidente lucidez para dar validez a los actos del incapacitado.

¹⁵⁰ Paulo, Sentencias, III, 4o, 11.

¹⁵¹ Artículo 467 del Código para el Distrito Federal.

Por lo que se refiere al pródigo (aquel que dilapida los bienes de su familia) se le vigilaba a través de un curador. Cuando se mejoraba su condición, conservaba su capacidad; para lo demás, el curador interviene con la *gestio negotiorum* o dar su consentimiento, figura semejante a la *autoritatis interposito*.

Esta institución, sobrevive en muchos códigos, a excepción del nuestro. En el caso de negocios fraudulentos cometidos del tutor en perjuicio del pupilo, se utilizaba la *in integrum restitutio*, para anularlos, y la *actio negotiorum gestorum*, en caso de perjuicios sufridos por el pupilo a causa de la torpeza del tutor.

Lo primero que debía de hacer el tutor en el momento de tomar su cargo era la de preparar un inventario, bajo la vigilancia de funcionarios públicos (*tabularii*, precursores de nuestros notarios).

Es en la época del emperador Septimo Severo cuando se dispuso que los tutores requerían de una autorización judicial para vender bienes raíces de sus pupilos,¹⁵² sensata disposición que el derecho postclásico extendió a todos los objetos de valor y que el derecho actual ha recogido.¹⁵³

Contrariamente a lo que sucede al derecho moderno el tutor romano sólo podía ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionaran con la salud o educación de su pupilo, el cual no tenía que vivir en casa del tutor.

Normalmente vivía con su madre, quien al no tener la patria potestad no podía ser tutora. Por otro lado encontramos que el tutor no podía casarse con su pupila a menos que liquidara las cuentas de la tutela.

También el tutor tenía prohibido hacer un testamento para el pupilo¹⁵⁴ o que realizara donaciones con los bienes de éste,¹⁵⁵ salvo las que el decoro social exige

¹⁵² D. 27, 9. 1.

¹⁵³ Artículo 561 del Código para el Distrito Federal.

¹⁵⁴ Artículo 537 del Código para el Distrito Federal.

¹⁵⁵ Artículo 576 del Código para el Distrito Federal.

de vez en cuando.

Por lo que se refiere al dinero recibido en virtud de la tutela, debía ser invertido en forma segura, especialmente en terrenos. Fondos que no debían quedarse más de dos meses sin invertir, so pena de que el tutor indemnizara al pupilo por los intereses dejados de ganar.

Encontramos también que hubo fianzas obligatorias que debían otorgar los tutores, salvo los testamentos y los que fueran nombrados, después de ser investigados, por un magistrado.¹⁵⁶

Así mismo debemos mencionar la hipoteca tácita, general, que recibía el pupilo sobre los bienes del tutor y la preferencia que tenía en caso de concurso o quiebra.

El emperador Trajano añadió a este sistema protector una acción subsidiaria que el pupilo podía ejercer contra los magistrados que hubieran nombrado a un tutor indigno de confianza o que hubieran aceptado fiadores insolventes.¹⁵⁷

Con estas disposiciones, el derecho romano creó una protección eficaz del pupilo contra la mala fe o torpeza de su tutor, protección que el derecho moderno ha copiado en gran parte.

Al terminar la tutela, el tutor rendía cuentas y se ajustaba la relación financiera entre tutor y pupilo, mediante un traspaso del saldo que el uno debía al otro. Si el tutor estaba en deuda con el pupilo, este disponía de la *actio tutelae* directa, pero si el saldo era a favor del tutor, éste podía ejercer la *actio tutelae* contraria.

¹⁵⁶ Artículos 519 y 520 del Código para el Distrito Federal.

¹⁵⁷ Artículo 530 del Código Civil para el Distrito Federal.

Conclusiones

I. Por lo que se refiere a la tutela perpetua, la de las mujeres impúberes aunque disminuida todavía existía a mitad del siglo IV de nuestra era y en el año 410 desapareció en forma total.

II. La tradicional *agnatio* del derecho romano constituye una base muy distinta del parentesco mixto del derecho romano.

III. La similitud entre la familia romana y una pequeña política crea una naturalización doméstica. Como es la *conventio in manum*, figura jurídica que el derecho moderno ya no conoce.

IV. La división entre romanos *sui iuris* y *alieni iuris* da lugar a una duplicidad entre adopción y adrogación que no tiene el derecho actual.

V. La patria potestad romana tenía una extensión mucho mayor que la moderna, en cuanto sus facultades y a su duración.

VI. La división entre las *iustae nuptiae* y concubinato tenía un significado que no corresponde al actual entre matrimonio y concubinato.

VII. La disolución del vínculo matrimonial ocurrió todavía en la Roma imperial con gran facilidad; en comparación con ella, hasta los modernos divorcios de gran rapidez, pueden calificarse como lentos.

VIII. El derecho romano imperial castigó las diversas maneras, durante varios siglos, la soltería y la falta de hijos, al contrario de nuestro sistema.

IX. Por lo que se refiere a la distinción romana entre tutela y curatela no corresponde a la moderna. Los tutores y curadores disponían en Roma de la *autoritatis*

interpositio, figura que el derecho moderno no conoce exactamente y de la *gestio negotiorum*, de la cual los tutores modernos ya no tienen la necesidad de servirse, pues representan a los pupilos en forma directa, contrariamente de lo que sucedía en el derecho romano.

X. El derecho moderno no conoce la tutela de mujeres mayores de edad como el derecho romano.

XI. Desde el siglo antepasado el derecho civil tampoco conoce la tutela de los pródigos.

XII. Por lo que se refiere a la mayoría de edad en nuestro país comienza a los 18 años, tanto que en Roma comenzaba a los veinticinco años.

XIII. En Roma se inició el parentesco agnaticio y poco a poco se desarrollo éste hasta la cognaticia moderna.

XIV. Encontramos en Roma el establecimiento de la tutela por testamento, por vía legítima y por intervención de la autoridad.

XV. En el derecho romano encontramos diversas medidas, preventivas y represivas, para proteger al pupilo contra su tutor.

XVI. Sin embargo la diferencia entre tutela y curatela romana se ha suscitado divergencia en opiniones pues se ha pretendido que la tutela estaba dirigida para situaciones normales como la infancia, la impubertad y el sexo femenino, en cambio la curatela estaba destinada a proveer incapacidades accidentales como la prodigalidad, la locura o la inexperiencia de algunos pueres menores de 25 años.¹⁵⁸

¹⁵⁸ José María Sáinz Ob. Cit. Tomo I p. 288.

XVII. Finalmente, dependiendo de los códigos civiles en nuestro país, encontramos que en el código civil federal no se menciona la curatela, tanto que en el código civil para el Distrito Federal en el capítulo XIV que precisamente lleva el título de “Del Curador” en los artículos 618 y 619 se menciona. Sin embargo este es un estudio que corresponderá al Derecho Civil Actual.

Bibliografía

1.- *Corpus Iuris Civilis* (cuerpo del derecho civil romano). Trad. I. García del Corral. Barcelona, J. Molina, 1889; reip. Lex Nova, Valladolid, 1988.

2.- *Digesto Corpus Iuris Civilis, (Cuerpo del derecho civil)*. Vol. I: *Instituciones y Digesto*. Trad. B. Rodríguez de Fonseca - J. M. Ortega; Vol. II: *Código y Novelas*. Trad. A. Biscardi (Barcelona, N. Ramos y Cía., 1874).

Enciclopedias

3.- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 2007. HUBER OLEA,

4.- Francisco José. *Diccionario de Derecho Romano, Comparado con el Derecho Mexicano y Canónico*. Ed. Porrúa, México 2000.

Obras de doctrina

5.- FLORIS MARGADANT Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Vigésimosexta edición, editorial Esfinge, Naucalpan, México, 2010.

6.- BERNAL Beatriz, LEDESMA José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*. Decimocuarta edición, editorial Porrúa, México, 2008.

7.- ARGUELLO Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. Tercera edición corregida, editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

8.- SÁINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María. *Derecho Romano I*. Cuarta reimpresión, editorial Limusa, México, 1997.

9.- SAINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María (coordinador). *Antología de Derecho Romano*. Primera edición, editorial Colegio de profesores de Derecho Romano,

2010.

10.- SÁINZ Y GÓMEZ SALCEDO José María. Derecho Público y Privado Tomo II, FES Acatlán, UNAM, México 2013.

11.-DI PIETRO Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Tercera edición, editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009.

12.- DE CERVANTES Javier. *La Tradición Jurídica de Occidente*. (Antología de los apuntes del profesor Javier de Cervantes, preparada por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández), primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.

13.-LEDESMA URIBE José de Jesús. *El Cristianismo en el Derecho Romano*. Primera edición, editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2007.

14.- CHAVEZ ASECIO Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Octava edición, editorial Porrúa, México, 2007.

15.-SIRVENT GUTIERREZ Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Doceava edición, editorial Porrúa, México, 2010.

16.- GONZÁLEZ MARTIN Nuria. *Estudios Jurídicos en homenaje a Martha Morineau* Tomo I. Primera edición, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

17.- BRENA SESMA Ingrid. *La Intervención del Estado en la tutela de menores*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G estudios doctrinales número 157, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

18.- LEHMANN Heinrich. *Derecho de Familia volumen IV*. Traducción de la segunda edición alemana, con orientación sobre la legislación española, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

19.- PLANITZ Hans. *Principios de Derecho Privado Germánico*. Traducción directa de la tercera edición, editorial Bosch, Barcelona, 1957.

20.- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ José A. *Curso de Derecho de Familia tomo II, patria potestad, tutela y alimentos*. Primera edición, editorial Civitas, Madrid, 1988.

21.- DIEZ PICAZO Luis. *Familia y Derecho*. Primera edición, editorial Civitas, Madrid, 1984.

22.- MONTERO DUHALT Sara. *Derecho de Familia*. Cuarta edición, editorial Porrúa, México, 1990.

23.- RAMOS NUÑEZ Carlos. *El Código Napoleón y su recepción en América Latina*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, Lima, 1997.

24.- PEÑA GUZMAN Luis Alberto y ARGUELLO Luis Rodolfo. *Derecho Romano*. Segunda edición editorial Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1966.

25.- D'ORS Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Décima edición revisada, editorial Eunsa, Pamplona, 2004. COSTA José Carlos. *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Segunda edición, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

26.- ORTOLAN Joseph. *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, tomo I. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

27.- GARCIA GARRIDO Manuel. *Iux Uxorium*. Cuadernos del Instituto Jurídico

Español número 9, Roma-Madrid, 1958.

28.- CREMADES Ignacio y PACHECO Javier. *Dos Et Virtus*. Editorial Bosch, Barcelona, 1983.

29.- DE IBARROLA Arturo. *Derecho de Familia*. Quinta edición, editorial Porrúa, México, 2006.

30.- ZAVALA PÉREZ Diego H. *Derecho Familiar*. Primera edición, editorial Porrúa, México, 2006.

31.- DOMINGUEZ TRISTAN Paula. *El Prodigus y su condición jurídica en Derecho romano clásico*. Primera edición, editorial Cedecs, Barcelona, 2000.

Otras fuentes

32.- QUINTANO RERPOLLES Antonio. *Diccionario de Derecho Comparado Alemán-Español*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

33.- LETE DEL RIO José. Revista Documentación Jurídica (Monográfico dedicado a la Reforma del Código Civil en materia de Tutela) *Pasado y presente de la tutela o guarda de los menores*, tomo XI, enero-marzo 1984, número 41.

34.- Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio. Cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia, tomo III, Lope de Vega 18, Madrid, 1972.

35.- Código Napoleón. Código Civil Francés. Primera edición, editorial Investigaciones Jurídicas, San José C.R. 2001.

36.- CAMPOS VARGAS Henry. *La mujer en la literatura jurídica romana: una*

aproximación de género a las instituciones de Gayo. Revista de Ciencias Jurídicas, número 107 (11-32) mayo-agosto, 2005.

37.- MUÑOZ COELLO Joaquín, Entre la Furia y la Amentia. “*Dos casos de la antigua Roma*”. Revista Gerion, Volumen XVIII, Año 2000, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. pp. 235-259.

38.- BERNAL GOMEZ Beatriz. *La curatela del Pródigo en el derecho romano*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie. Año XVI, Número. 48, septiembre-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.

Legislación

39.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa. S. A. México. D. F. 2015