

SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL «TUTOR MULIERIS»

I. En época clásica, el *tutor mulieris* carecía de la *negotiorum gestio*, entendiéndose por tal la realización de actos jurídicos en sustitución del sometido a tutela, y sólo conservaba la *interpositio auctoritatis*. Esta doctrina aparece firmemente sentada en Gai.1.190,191: 190...mulieris enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causi dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur. 191. Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, ei post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt¹.

Tal estado de cosas habría sido el resultado de una progresiva desnaturalización de la *tutela mulieris*², asumida por la sociedad romana y sus órganos jurídicos la idea de que realmente resultaba irracional mantener a perpetuidad a las mujeres bajo tutela, aunque ello no habría conducido, en época clásica, a su eliminación propiamente tal, sino que tan sólo a su conversión en mera formalidad sin contenido³. Como consecuencia de tal situación, Gai.1.191 parece expresar que, puesto que las mujeres manejan sus propios negocios (*negotia tractant*), con lo cual se entiende que los tutores no tienen ingerencia en ellos, y puesto que la *interpositio auctoritatis* constituye una pura

1. Cf. ULP. 11.25: *Pupillorum pupillarumve tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.*

2. Para una exposición de este proceso: vid. BONFANTE, *Corso di diritto romano* (reimp. Milano 1963) I 560 ss.; GARCÍA-GARRIDO, *Ius uxorum* (Roma-Madrid 1958) 142 ss.

3. Sobre la irracionalidad de la *tutela mulieris* y su desvaloración por los romanos de época clásica: vid. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (trad. SANTA CRUZ, Barcelona 1960) 171 ss.

formalidad, ningún *iudicium ex tutela*⁴ es dado a la mujer en contra de su tutor, a diferencia de lo que sucedía respecto de los impúberes de ambos sexos, los cuales, *finita tutela*, disponían de la *actio tutelae*⁵ para exigir cuentas a su tutor.

A la ausencia de real contenido de la *tutela mulieris* corresponde, pues, la irresponsabilidad del tutor: es tal, sintéticamente, el dato aparente que Gayo nos transmite, y este dato ha llegado a constituirse en doctrina común⁶. Pero en esta nota intentaremos matizarlo a la luz de otros testimonios de las fuentes y de un análisis más exhaustivo de las noticias gayanas, los cuales, si bien no permiten modificar el punto de partida, para expresarlo con las palabras de Ulp. 11.25, de que *mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt*, sí facultan para modificar la apresurada conclusión que se extrae de Gai. 1.191 de que *cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur*.

II. Leemos en Gai.1.190: “Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera ” En este texto, Gayo formula una verdadera condena de la *tutela mulieris*, negando que existiera alguna razón valiosa que justificase la permanencia vitalicia de las mujeres púberes bajo tutela; en seguida, se hace cargo de un argumento a favor de la institución, que debía de ser corriente⁷: que, por la ligereza de su espíritu, las mujeres general-

4. Debe recalcarse la expresión *iudicium ex tutela* que, a nuestro juicio, quiere referirse comprensivamente a las tres acciones derivadas de la tutela, a saber, la *actio tutelae*, la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*, y no únicamente a la primera.

5. Aquí, en cambio, GAYO se refiere exclusivamente a la *actio tutelae*, no sólo porque emplea la expresión técnica (dice: *tutelae iudicio*), sino que también porque indica su objeto: la rendición de cuentas (*rationem reddere*). Sobre la última parte del texto: vid. n. 22.

6. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (Leipzig 1901) 2 p. 296; BONFANTE, *Corso* 1, p. 563; PEROZZI, *Instituzioni di diritto romano*² (reimp. Milano 1947) 1, p. 513; SACHERS en PWRE 7.A.2, sv. *tutela*, col. 1598; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶ (reimp. Aalen 1970) 320; KASER, *Das römische Privatrecht*² (München 1971) 1, 368; D'ORS, *Derecho privado romano*² (Pamplona 1973) 317.

7. SOLAZZI, *Istituti tutelari* (Napoli 1929) 168 s.

mente son engañadas, considerándolo más especioso que verdadero, y luego fundamenta esta afirmación, en lo que sigue del texto más arriba transcrito, aduciendo tres hechos: (i) que las mujeres manejan sus propios negocios; (ii) que, en ciertos casos, el tutor interponía su *auctoritas dicis causa*, y (iii) que, a menudo, aquél es obligado por el pretor a interponerla. ¿Qué significa todo esto en la economía del pensamiento gayano?

Lo que el jurista intenta demostrar es que, realmente, no se puede imputar a las mujeres una ligereza de espíritu que las conduzca a ser habitualmente objetos de engaño: afirmar lo contrario, es afirmar un hecho, y para refutarlo resulta necesario afirmar otros hechos, que es lo que Gayo hace; su pensamiento es, por tanto, el siguiente: tan falso resulta afirmar que las mujeres adolecen de una suerte de ligereza de espíritu que las hace ser objetos de engaño, que ellas, como se ve en la práctica, manejan sus propios negocios (sobreentendiéndose que eficientemente); que el tutor no siente la necesidad de controlarles sus actos jurídicos, por lo cual les otorga la *auctoritas* para simplemente cumplir la formalidad (*dicis causa*); y que el pretor suele obligar al tutor que intentó negar aquélla, a otorgarla, dando así razón a la mujer en contra del propio tutor. ¿Cómo, entonces, puede afirmarse que las mujeres adolecen de *levitas animi*?

Si tal era el interés de Gayo, es decir, argumentar con hechos en contra de la afirmación de otros hechos, nosotros no estamos autorizados para tomar sus afirmaciones como descriptivas del Derecho vigente, no, naturalmente, en el sentido de que Gayo haya errado, sino que en el sentido de que no nos es posible extraer de ellas la consecuencia de que la *tutela mulieris*, diríamos, desde el punto de vista del Derecho objetivo, había pasado a ser una pura y mera formalidad sin función alguna, del mismo modo en que, p. ej., la *mancipatio* en cuanto compraventa, ya no cumplía ninguna función en época clásica.

Ciertamente, la *tutela mulieris* no estaba para que el tutor asumiera la *negotiorum gestio*; pero esto no constituía una novedad especial, por cuanto la *negotiorum gestio* ya en la *tutela impuberis*, respecto de los *infantia maiores*, era más bien excepcional, aunque también es cierto que aquélla ni siquiera a título excepcional procedía respecto de las mujeres púberes. Esto, sin embargo, no se deduce de

Gayo, ni cuando éste señala que las mujeres *sui negotia tractant*⁸, porque *tractare negotia* no es expresión técnica para referirse a la gestión del tutor que suele designarse como *negotia gerere*⁹. El empleo del verbo *tractare* es revelador del deseo de Gayo de dar a entender la aptitud de las mujeres para el manejo práctico de sus asuntos, para la negociación y la discusión comerciales, tan naturales en el mundo del tráfico jurídico.

Gayo indica que el tutor, en ciertos casos (*in quibusdam causis*) otorgaba la autoridad *dicis causa*. Esta podía ser una actitud práctica asumida por los tutores, pero no una, diríamos, regla objetiva de Derecho. Que Gayo diga que ello suceda en ciertos casos, significa tanto que no todos los tutores lo hacen como que no en todos los casos, aunque, de hecho, muchos tutores y en muchos casos lo practicaran: el tutor no había perdido su facultad de inmiscuirse en el negocio, de analizar su conveniencia para la mujer, y, en definitiva, de otorgar su *auctoritas* con conocimiento de causa, pero tampoco había perdido la facultad de negar formalmente aquélla. Y esto último queda claramente demostrado por la última afirmación de Gayo: que el pretor, a menudo, obligaba al tutor a interponerla; esto sólo se explica aceptando la posibilidad de negativa del tutor, ante la cual la intervención del pretor podía ser invocada por la mujer. Pero Gayo puntualiza que la compulsión del magistrado en contra del tutor se practicaba *saepe*, lo cual significa que podía no producirse en casos concretos. Tenemos que pensar, entonces, en que el pretor ordenaba o no al tutor interponer su *auctoritas* luego de un examen suyo sobre la cuestión, del cual resultare un juicio sobre el fundamento de la negativa del tutor, p. ej., en relación con el beneficio o perjuicio que el acto propuesto acarrearía para la mujer. En otras palabras, el pretor se subrogaba en la función del tutor, retrayendo para sí el análisis de la sustancia del acto, y de esta manera, con ocasión de la negativa del

8. Gai. 1.190.

9. D.18.1.34.7; 26.7.18.pr.; 47.2.55.5. Cf. *negotia administrare*: D.46.3.100; 46.7.35. La distinción entre *negotia gerere* y *tractare negotia* puede ilustrarse con un ejemplo: la negociación misma de, p.ej., una compraventa: fijación del precio, modalidades de su pago, pactos accesorios, etc., constituyen un *tractare*; pero la celebración formal del acto jurídico compraventa, un *gerere*; nada obstaba a que el pupilo, en un caso concreto, se ocupara de lo primero y que el tutor luego, asumiendo lo determinado, celebrare el acto como *gestor*.

tutor para dar la *auctoritas*, de todos modos los actos de la mujer resultaban controlados, aunque ello fuese por el magistrado.

Distinto habría sido si el magistrado hubiere usado proceder sistemáticamente y sin mayor trámite (*de plano*) a ordenar al tutor reticente que interpusiera la *auctoritas*; en tal caso, estaríamos facultados para pensar en una transformación de la *auctoritas tutoris* en una pura formalidad sin función alguna, pues entonces más valía al tutor cumplir el trámite que exponerse a sufrir la segura orden del magistrado. Pero el *saepe* gayano impide llegar a tal conclusión. Esa matización del propio jurista nos autoriza a pensar en un control formal del pretor sobre el acto debatido, y obsta a suponer que, desde el punto de vista del Derecho objetivo, la *auctoritas* habría dejado de cumplir su misión. Nuevamente debemos repetir que la intención de Gayo debió de ser tan sólo mostrar cuan falso era el argumento de la *levitas animi* de la mujer, al punto que, a menudo, el pretor les daba la razón por sobre el parecer negativo del tutor, obligando a éste a autorizar el acto.

III. Aclarado que las palabras de Gayo sólo intentaban ilustrar una cuestión de hecho, sin pretender una descripción del Derecho objetivo, debemos enfrentarnos con el siguiente problema que plantea Gai. 1.190: ¿Cómo operaba la orden del pretor dirigida al tutor de interponer la autoridad en un caso concreto?, ¿qué sucedía si éste, pese a la orden de aquél, persistía en su negativa?

Nos sería posible suponer varios remedios, p. ej., la imposición de medidas coercitivas en contra del tutor reticente, o fórmulas útiles con la ficción de haberse interpuesto la *auctoritas* para resguardar a la contraparte de la mujer, etc.; pero todo esto no pasaría de ser conjeturas no apoyadas en las fuentes. Nosotros preferimos intentar una respuesta a nuestro problema recurriendo a los expedientes previstos por las reglas generales del Derecho tutelar, de las cuales tenemos seguras noticias.

Las preguntas que nos hemos formulado también podrían formularse a propósito del *tutor impuberum*, con la diferencia de que, en ese caso, no podríamos partir del supuesto de una negativa del tutor a cumplir alguna orden del pretor de otorgar la *auctoritas*, porque tal orden no era procedente: D. 26.8.17 (Paul., 6 *ed.*): “Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum

est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturum consequitur.” Con esta diferencia, pues, veamos qué sucedía en caso de que el tutor de un impúber se negara a ser *auctor*. La respuesta fluye de nuestro texto: el tutor debía dar cuentas, a través de la *actio tutelae*, de sus desautorizaciones a los actos del pupilo, y respondía si de ello se había seguido algún perjuicio para su patrimonio, porque el acto habría resultado conveniente.

Con este principio podría relacionarse D. 26.8.10 (Paul., 24 *ed.*): “Tutor, qui per valetudinem vel absentiam vel aliam iustam causam auctor fieri non potuit, non tenetur.” Lenel¹⁰ indica que no es posible saber con qué materia se conectaba lo que Paulo señala en el texto; pero nos parece que el jurista discurre aquí, precisamente, sobre la base del caso de aquel tutor que no prestó su *auctoritas* a un acto del pupilo, para declarar que, si la no-prestación de aquélla se debió a enfermedad, ausencia u otra justa causa¹¹, no podrá exigírsele responsabilidades en la *actio tutelae* (*non tenetur*). Naturalmente, esto no significa que si negó la *auctoritas* sin ninguna justificación de las ahí señaladas, era necesariamente responsable: en ese caso, la cuestión de la responsabilidad quedaba determinada por la existencia o no del perjuicio, y bien podía resultar que, de todos modos, nada le fuera reclamable.

Tal era, pues, el régimen de responsabilidad para el *tutor impuberum*, derivada de su falta de *auctoritas* para los actos del pupilo. Y, si no nos equivocamos, debemos considerar que en ese mismo régimen hallaremos la respuesta para el problema propuesto antes, en relación con la *tutela mulieris*: si el tutor, desobedeciendo la orden del pretor de dar la *auctoritas*, persistía en su negativa anterior, la mujer podía exigirle una responsabilidad a través de la *actio tutelae*. No encontramos argumentos que obliguen a desechar intrínsecamente esta posibilidad, y ella, que en el régimen tutelar general, como acabamos de ver, es real, se presenta como complemento necesario de la orden del pretor: de lo contrario, o bien debemos entrar a hipótesis sin fundamentos para explicar su eficacia, o bien debemos suponer que no la tenía.

10. LENEL, *Palng.* 1 (Paul. 406) col. 1018 n. 3.

11. La expresión *aliam iustam causam* ha sido denunciada: vid. *Index Interp. ad. leg.*

De que, en este caso, y a diferencia de lo que sucedía en la *tutela impuberum*, existiera una previa orden del pretor, podríamos conjeturar varias cosas suplementarias, como, p. ej., una dispensa para la mujer de probar el perjuicio (a través de una *praescriptio*), o la posibilidad de un régimen de excepción en cuanto al momento de intentar la *actio tutelae*, que normalmente sólo procedía *finita tutela* ¹², para que pudiese entablarse de inmediato (también con una *praescriptio* que la conservara para futuras ocasiones), etc. Pero esto ya son puras hipótesis.

IV. Ya antes ¹³ hemos hecho notar la importancia de las restricciones que Gayo introduce a lo por él afirmado en el párrafo 1.190, en relación con la tutela ejercida por los patronos sobre sus libertas, y ahora habría que agregar que también en relación con la sustentada por el *parens manumissor* sobre sus hijas manumitidas, que en aquella oportunidad no nos interesaba: Gai. 1.192: “Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, qui ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.” Según este texto, las tutelas legítimas correspondientes al patrono y al *parens manumissor* poseen alguna fuerza o valor (*vis*), en cuanto a que el tutor no podía ser compelido por el pretor —lo cual debe entenderse en relación con Gai. 1.190— a dar su *auctoritas* para el testamento de la mujer, la alienación por ésta de la *res Mancipi* y la asunción por ella de todo tipo de obligaciones, salvo, pero únicamente en los dos últimos casos ¹⁴, que existiese una *magna causa* que justificare la enajenación o la asunción de la deuda.

12. D. 27.3.4; 27.3.9.4.

13. GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano* (Pamplona 1974) 54 n.3.

14. Gai. 1.192 excluye el caso del testamento como de aquéllos en que una *magna causa* podía conducir al pretor a obligar al tutor a interponer la *auctoritas*. Cf. Gai 2.122; 3.43.

V. Gayo refiere este régimen a los dos tipos de tutela legítima antes mencionados y no a la de los agnados, porque ésta, como es bien sabido, había sido abolida por una *lex Claudia*¹⁵; pero, en nuestra opinión, mientras la tutela de los agnados existió, este mismo régimen de excepción debió de serle aplicable. La razón que da Gayo para justificarlo consiste, en síntesis, en el interés que tenían el patrono y el *parens manumissor* en proteger la integridad del patrimonio de la mujer sometida a su tutela, de modo que no se empobreciera por la enajenación de cosas preciosas ni por la asunción de deudas, dada su expectativa sucesoria sobre ese patrimonio. Esta expectativa es supremamente custodiada cuando se establece que, ni siquiera habiendo una *magna causa*, podría obligarse al tutor a dar su *auctoritas* al testamento de la mujer, para evitar así que fuese excluido de la herencia total en virtud de ese testamento.

Ahora bien, puesto que los tutores agnados también eran los eventuales herederos legítimos de la mujer, también ellos tenían el mismo interés en proteger la integridad de su patrimonio y de evitar ser excluidos en contra de su voluntad de la herencia total; lo primero resulta claramente de D. 26.4.1.pr. (Ulp., 14 Sab.); “*Legitimae tutelae lege duodecim tabularum adgnatis delatae sunt et consanguineis, item patronis, id est qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur.*” No resulta, pues, improbable que, mientras coexistieron las tutelas legítimas de los patronos y de los *parentes manumissores* con la de los agnados, es decir, antes de la *lex Claudia*, se reconociera a los últimos el mismo régimen protector de que nos da noticias Gai. 1.192.

VI. Aceptado lo anterior, volvamos al núcleo de nuestro análisis. Tratándose de las tutelas legítimas, en ciertos casos el tutor podía negarse a dar su *auctoritas* y el pretor, sin embargo, podía obligarle a interponerla, si había una *magna causa*. La consecuencia que de esto se sigue es la posibilidad de que el tutor y la mujer bajo su tutela entraran en conflicto en relación con los actos para los cuales la *auctoritas* de aquél era necesaria, y ello implicaba que la mujer realmente quedaba sometida a una suerte de control de parte de su tutor,

15. Gai. 1.157; Ulp. 11.8.

quien, previendo la inexistencia de la *magna causa*, podía impunemente negarse a autorizarla.

Dicho control, por lo demás, se explica perfectamente desde el momento en que el tutor tenía un interés real en el contenido económico del acto y en sus efectos respecto del patrimonio de la mujer, por las razones antes recordadas, de modo que, además, hay que suponer que los tutores legítimos ejercerían plenamente sus facultades, es decir, que no se limitarían a interponer la *auctoritas dicis gratia*. Para la mujer, la tutela podía llegar a constituir una real limitación a su libertad patrimonial.

Es entonces necesario ponerse, a este respecto, en los mismos casos generales antes vistos: si estimaba el pretor que había una *magna causa* que aconsejara la autorización, y, ante la orden, el tutor se negaba, ¿qué consecuencias se seguían para el tutor? Evidentemente, una acción tenía que ser procedente; sólo que ésta no era la *actio tutelae* formularia, si es cierto que, en época clásica, ella no era posible en el ámbito de la tutela legítima¹⁶. En ese caso, hay que pensar en una acción extraordinaria¹⁷ o en la *actio ex stipulatu* nacida de la *cautio rem pupilli salvam fore*¹⁸, que los tutores agnados tenían en todo caso que dar¹⁹ y, según el criterio del pretor, los patronos²⁰.

VII. Es cierto que, extrínsecamente, en contra de la posibilidad de la *actio tutelae* en el ámbito de la *tutela mulieris* podría considerarse a Gai. 1.191: “Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium datur; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, ei post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt.” Gayo indicaría que, como consecuencia (*unde*) de lo por él escrito en el párrafo 1.190, no se da ningún juicio en virtud de la tutela (*iudicium ex tutela*)²¹ en

16. SOLAZZI, *Ist. tut.* 243 ss.; a favor, BONFANTE, *Corso* 1, p. 620; en contra, KUNKEL en *Z. Sav.-Stift.* 50 (1930) 642 s.; KASER, *Rom. Privatrecht* 2 1, 365.

17. Así lo piensa SOLAZZI, *Ist. tut.* 243 ss.

18. La *actio ex stipulatu*, a que daba lugar la *satisdatio*, procedía en los mismos casos y con los mismos presupuestos que la *actio tutelae*: vid. D. 46.6.1; 46.6.4.6; 46.6.9.

19. D.26.4.5.1.

20. D. 26.4.5.1. Cf. D.26.5.13.1.

21. Vid. n.4.

favor de la mujer y en contra de su tutor, a diferencia de lo que ocurre con los impúberes. Pero tal interpretación de este texto es varias veces criticable.

Dicha interpretación parece entender que los *iudicia ex tutela* sólo eran posibles en contra de los tutores en cuanto ellos *negotia tractant*, o, en otras palabras, que los tutores que no cumplían esta función y que sólo se limitaban a la *auctoritatis interpositio* no estaban sometidos a ningún *iudicium ex tutela*. Esto se desprendería del siguiente orden de ideas gayano: en 1.191, dice él que los tutores, cuando manejan los negocios de sus pupilos (*ubi pupillorum pupillarumve negotia tractant*) deben dar cuentas a través del *iudicium tutelae*, llegada la pubertad²²; en 1.190 había afirmado que la mujer maneja sus propios negocios (*mulieres. . ipsae sibi negotia tractant*), con lo cual quiere indicar que los tutores no los manejan; entonces, la consecuencia resulta natural: *unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur*; el *tractare negotia* está en la base de los *iudicia ex tutela*.

Existe en este razonamiento un profundo equívoco. Es cierto que las tres acciones tutelares exigían, como presupuesto de procedencia, que el tutor en contra de quien se intentaban fuese, por un lado, un *tutor gerens*²³, el cual, por otro, hubiese asumido su cargo, es decir, que no fuese un *cessans*²⁴ desde el comienzo²⁵; en especial, la *actio*

22. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, ahora, en *Scritti di Dir. Rom.* (Napoli 1972) 6, 267, siguiendo a BESELER, *op. cit.* ibidem, estima una glosa la frase *atreddunt* de Gai. 1.191. Esta hipótesis es todo menos segura; pero, aún cuando se considerare lo contrario, la correlación entre las ideas de Gai. 1.190 *ipsae sibi negotia tractant* y de Gai. 1.191: *unde cum tutore nullum ex tutela iudicium datur*, todavía permitiría considerar lo afirmado en el texto.

23. *Tutor gerens* era, o bien el tutor único a quien, obviamente, correspondía directamente la administración, o bien aquél a quien, de varios, la administración de la tutela había sido encargada de acuerdo con el edicto *de administratione tutorum* (cláusula *si parens destinaverit*): vid. Inst. 1.24.1; D.26.2.19.1; 26.7.3.1; 46.3.14.1. Cf. D.3.1.3, pr., relativo a la rubrica *qui nisi pro certis personis ne postulent* y D.26.7.24.1; 46.7.3.5, referentes a la rúbrica *quibus alieno nomine agere liceat*. Para el edicto *de administratione tutorum*, últimamente, GUZMÁN, *Caución tut.* cit. en n.13, 161 ss.

24. *Tutor cessans* era el *tutor gerens* que, o bien no había nunca asumido su cargo, o bien lo había asumido para luego abandonarlo.

25. Para la *accusatio suspecti tutoris*: vid. D. 26.10.4.4, y para la *actio ratiombus distrahendis*: vid. D.27.3.2.pr.

tutela no era posible si el tutor, al que había correspondido la gerencia, no había nunca administrado el cargo, hasta el punto de que fue necesario introducir una *actio tutelae utilis*, precisamente para exigir al *cessans* absoluto las responsabilidades derivadas de su *cessatio*²⁶. Pero cuando las fuentes exigen que el tutor no sea *cessans*, refiriéndose a aquél *qui tutelam gerit*²⁷ no aluden con ello a un *tractare negotia*, como si se pretendiera decir que cuando el tutor tan solo se había limitado a interponer (o denegar) la *auctoritas* sin nunca haber realizado algún acto que pudiera incluirse en un *tractare negotia*, nuestras acciones no eran posible. Realmente, lo que se exige es que el tutor asuma el cargo (*gerere tutelam*²⁸) pero se entiende que lo asume tanto cuando realiza actos calificables de *negotiorum gestio* como cuando otorga (o deniega) la *auctoritas*, como cuando de algún otro modo se inmiscuye en lo pupilar; el *tractare negotia* podía ser una de las tantas formas de hacerlo, pero no, evidentemente, la única. Por lo demás, esta idea parece muy clara en D. 26.7.5.1 (Ulp., 35 ed.): “Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit etiamsi modicum, cessantque partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare.” En este texto, Ulpiano trata de determinar cuándo se entiende que el tutor ha gestionado la tutela (precisamente, para los efectos de saber cuándo es procedente la *actio tutelae*), y dice que basta para considerarlo como *non cessans* que haya ligeramente tocado (*atingere*) “algo pupilar” (*quid pupillare*); no sabríamos cómo considerar todavía *cessans* al tutor que, p. ej., como primer acto de ejercicio de su cargo interpuso la *auctoritas* en un acto de pupilo.

26. Para la *gestio tutelae* (no *negotiorum*), como presupuesto de la *actio tutelae*. vid. Inst. 1.20.7; D. 46.6.4.3. Para la *actio tutelae utilis*: vid. D. 26.7.5.3; 26.7.39.11; 27.1.37.1; 46.6.4.3.

27. Las expresiones relacionadas con *tutelam gerere* son técnicas: vid. FV. 304; D. 12.2.17.2; 26.7.1. pr.; 26.7.3. pr.; 7,8; 26.7.5.; 1-3; 26.7.12. pr.; 26.7.55. pr.; 26.8.4; 29.2.49; 47.2.57.4. También *tutelam administrare*: vid. D. 26.7.1. pr.; 26.7.51; 26.8.4; 40.12.39.2. Como decimos, estas expresiones no aluden a la *negotiorum gestio*, sino que al hecho de haber un *tutor gerens* (vid. n.23), normalmente *non cessans* (vid. n.24), bastando, para que se dé esta situación, un *atingere quid pupillare* (D. 26.7.5.1.).

28. La fórmula de la *actio tutelae*, reconstruida por LENEL, *Ed. Perp*³ (reimp. Aalen 1956), tít. XXII § 124 (p. 318), es: *Quod Ns. Ns. At Ai. tutelam gessit, quidquid ob eam rem, etc.*

Por otra parte, veamos D. 26.7.18. pr. (Iul., 21 *dig.*): “Qui tutor negotia pupilli gessit, quamvis in nulla re auctor pupillo fuerit, quin tutelae iudicio teneatur, dubitari non oportet: quid enim prohibet ita patrimonium pupilli compositum esse, ut nihil gerere necesse sit, in quo tutoris auctoritas interponi debeat.”

Aunque el período *quid-debeat* podría estar interpolado o ser una glosa²⁹, la primera parte resulta suficientemente significativa para nuestros fines. Juliano resulta aquí más exigente para estimar la existencia del *tutelam gerere* y, por ende, para conceder la *actio tutelae*, que lo que luego habría que serlo Ulpiano, según vimos, que tan sólo reclama un *attingere quid pupillare*. Este pasaje, a nuestro juicio, revela alguna confrontación de opiniones: la afirmación de Juliano parece querer rebatir, en efecto, esta otra: que si el tutor nunca había sido *auctor*, entonces la *actio tutelae* era improcedente; al jurista le basta la *negotiorum gestio*, aún no acompañada de la *auctoritas*. Ahora bien, no podemos saber con certeza si la hipotética corriente que Juliano rebate aquí, al exigir que el tutor hubiese sido *auctor*, también exigía que hubiese sido *gestor* alguna vez, de modo que ni esta última calidad sin la primera, ni ésta sin la segunda no permitían interponer la acción; o si únicamente se limitaba dicha corriente a exigir en todo caso la *auctoritas*, hubiese o no habido *gestio*. Tampoco podemos saber si la doctrina de Juliano, a su vez, al contentarse con la *gestio* aún sin *auctoritas*, aceptaba, para también hacer procedente la acción, la sola *auctoritas*, aún cuando no hubiese habido *gestio*; o, por el contrario, exigía Juliano en todo caso la *gestio* como el requisito realmente relevante de la acción. Pero, a nuestro juicio, la situación debió de plantearse en estos términos: la corriente que Juliano rebate ponía como condición *sine qua non* la calidad de *auctor*, independientemente de la existencia o inexistencia de *negotiorum gestio*, es decir, *gerere tutelam* era, para ella, *auctoritatem interponere*. Para Juliano, en cambio, había un *gerere tutelam* tanto cuando había *negotiorum gestio* aún sin *auctoritas*, como cuando *auctoritas* aún sin *negotiorum gestio*. Evidentemente, la *auctoritas* es el requisito mayor y el que configura la institución tutelar: de este modo, el único punto no discutible de la cuestión tenía que ser éste: que habiendo *auctoritas*, había

29. Vid. *Index Interp.* ad leg.

administración de la tutela; el punto en discusión era si había aquélla faltando la *auctoritas*; el paso dado por Juliano consistió, pues, en desligar la relación necesaria entre *auctoritatem interponere* y *tutelam gerere*. De ahí que el jurista no se haya planteado el problema contrario al que se plantea en D. 26.7.18. pr.: si queda sujeto a la *actio tutelae* el tutor que en algún caso fue *auctor* pero nunca *gestor*: esta situación tenía una sola respuesta, e indiscutida: ese tutor quedaba sujeto a la acción.

De esta manera, pues, tanto en la interpretación que daba Ulpiano a la expresión *tutelam gerere*, como en las que le daban Juliano y la hipotética corriente que él contradice, la actividad del tutor únicamente traducida en la *interpositio auctoritatis* permitía considerar que aquél quedaba sujeto a la *actio tutelae*, porque esa sola actividad era suficiente para estimar que había administrado el cargo. En ese caso, el juicio de tutela recaería, precisamente, sobre los perjuicios que el tutor pudo haber causado al pupilo otorgando la *auctoritas*³⁰.

Los textos gayanos, según hemos visto, parecen exigir un *tractare negotia* como presupuesto de procedencia de las acciones tutelares, pues, aún cuando se reconoce que el *tutor mulieris* ejerce la *auctoritas interpositio*, se niega en su contra dichas acciones. De acuerdo con todo lo anterior, esta idea es equivocada. En línea de principios, aunque los *tutores mulieris* realmente no manejaran los negocios de la sometida a su tutela ni actuaran como *negotiorum gestores*, puesto que interponían la *auctoritas*, gestionaban la tutela, y ello bastaba para que se considerase existente el presupuesto sobre el cual estas acciones descansaban³¹.

30. En las fuentes hay ejemplos concretos de sujeción del tutor a la *actio tutelae*, basados en su actividad de *auctor*: vid. D.26.8.11; 27.3.1.1,2.

31. SCHULZ, *Der. rom. clás.* 180: "la *actio tutelae* pudo haberse dado contra el *tutor mulieris* para hacer efectiva la responsabilidad por su negligencia en la prestación de la *auctoritas*"; esta frase, rigurosamente exacta, no tiene, sin embargo, en cuenta que también podía darse dicha acción en el caso de negativa del tutor a prestar su autoridad. En todo caso, SCHULZ con la afirmación transcrita, constituye una excepción a la doctrina común (vid. n.6) de que la *actio tutelae* era improcedente por principio en la *tutela mulieris*; mas, cuando continúa "pero, realmente, no sucedió así. Por el contrario, los juristas quisieron facilitar al tutor el cumplimiento de su

¿Qué quiso, entonces, decir Gayo? Para ensayar una respuesta, es necesario intentar llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina de que la *actio tutelae* era posible en la *tutela mulieris* sobre la base de la sola *auctoritatis interpositio*.

Según ello, este tutor, que con ser *auctor* no era sin embargo *negotiorum gestor* ni se inmiscuía en la sustancia del negocio de cuya *auctoritas* se trataba, podía, sin embargo, ser demandado por la mujer para exigirle responsabilidad por todos los perjuicios que se hubieran derivado para ella del acto en que su tutor intervino como *auctor*, inclusive si lo hizo *dicis gratia*, aunque podríamos, quizá, aceptar una defensa si la *auctoritas* se interpuso por orden del pretor. Pero resulta claro que este régimen habría resultado del todo injusto para el tutor; esta injusticia derivaba, precisamente, del hecho de que él, aún siendo *auctor*, no había manejado el negocio, a diferencia de lo que sucedía con los impúberes. Entre estos, que el tutor prefiriera presentar al pupilo y autorizar él el acto en vez de celebrarlo como *gestor*, no excluía que, en definitiva, verdadero responsable de la sustancia del negocio fuera el propio tutor, quien lo había tratado y convenido, para luego simplemente presentar al pupilo un hecho consumado, del cual tan solo formalmente aquél era el autor. La independencia de hecho de que gozaban las mujeres púberes para manejar sus propios negocios excluía la intervención del tutor en lo sustancial de cada acto, por muy *auctor* que fuese, y habría, por tanto, resultado improcedente responsabilizarle luego. Así, el *tractare negotia*, que no era un presupuesto jurídico para la procedencia de la *actio tutelae*, resultaba un presupuesto fáctico: nunca la mujer iba poder probar un dolo del tutor, quien no había intervenido en nada en el acto; a lo sumo, esta actitud suya de interponer la *auctoritas dicis causa* sin ocuparse del *tractare negotia* podía ser constitutivo de culpa o negligencia, y es en este punto en donde podemos conjeturar que la jurisprudencia haya limitado la

misión, y, para ello estimaron procedente eximirle de toda responsabilidad", nuevamente parece alinearse con esa doctrina. Si no nos equivocamos, para facilitar al tutor el cumplimiento de su misión era necesario precisamente responsabilizarle en al menos un caso: si se negaba a dar la autorización; con ello el tutor quedaba prevenido de que mejor para él era no poner obstáculos a la mujer en el manejo de sus propios negocios.

responsabilidad del *tutor mulieris* al dolo, de modo que, al no hacer procedente la acción por culpa, en los hechos, ello significara no hacerla procedente nunca, si no había habido un *tractare negotia*³².

Pero la lógica de este razonamiento nos obliga a preguntarnos por la solución procedente en el caso de un tutor minucioso o de una mujer realmente inexperta que se amparase en su tutor, de modo que éste no se limitara a interponer la *auctoritas dicis gratia*, sino que ahondara en la sustancia misma del acto conduciéndolo hasta su conclusión; en otras palabras, el caso de un *tractare negotia*. Esta situación no difería de aquella que se daba cuando el tutor presentaba al impúber para que éste, con su *auctoritas*, celebrase el acto, que, no obstante, él había concluido. En este caso, evidentemente, podía haber un dolo del tutor, y entonces nuevamente debemos aceptar la posibilidad de la *actio tutelae* (y de las demás acciones tutelares) como real. Y la hipótesis de que el tutor intentara el *tractare negotia* o fuera solicitado para ello, encuentra un apoyo firmísimo en el caso de los tutores legítimos, que tenían un interés personal en entrometerse en el fondo de los negocios de la mujer: en consecuencia, aquéllos casos en que el pretor no ordenaba la interposición de la *auctoritas* porque no había *magna causa*, la decisión pertenecía al propio tutor, y si se había inmiscuído realmente en el acto, entonces tenemos que pensar, de acuerdo con las reglas generales, en que la *actio ex stipulatu* o la acción extraordinaria podía serles dirigida en su contra por la mujer³³. Por lo demás, no podemos supo-

32. La *actio tutelae* era procedente, desde luego, en caso de dolo, pero también en ciertos casos de culpa: vid. KASER, *Rom. Privatrecht*² 1, p. 366; D'ORS, *Der. priv. rom.*² 316 n.7.

33. Vid. en GUZMÁN, *Caución tut.* cit. en n.13, p.52 ss., la exégesis crítica de D.26.5.13.2: un caso en el cual el patrono resulta designado por el magistrado como tutor (la referencia al curador está interpolada) de su propia liberta, ya púber, con exigencia de *satisdatio*. Ibidem, p.54 n.3 apuntábamos la razón por la cual a este *tutor mulieris* se le solicitaba la caución, y decíamos que porque "el patrono, como tutor legítimo de su liberta, administraba la tutela". Debemos ahora precisar: este "administrar" la tutela se refiere, desde luego, a su actividad como *auctor* (de acuerdo con esto, pues, todo *tutor mulieris* administra la tutela), pero, específicamente, en el caso del patrono y del *parens manumissor*, se refiere a lo que hemos señalado en el texto: la ingerencia real del tutor en los negocios de la mujer respecto de los cuales aquél no podía ser obligado a interponer la *auctoritas*;

ner que ésta habría de quedar en la más absoluta indefensión, si es que el tutor decidía ejercer sus derechos de tal, y lo hacía con consecuencias dañinas para el patrimonio de aquélla.

De esta manera, pues, la *actio tutelae* era jurídicamente procedente en contra del *tutor mulieris*, aunque, en la práctica, ella podía quedar inmovilizada si no había habido un *tractare negotia*, y es a esto a lo que Gayo debió de querer referirse cuando afirma que *cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur*, frase ésta que lo único que quiere significar es que, en los casos (idea expresada por *unde*) de hecho descritos en el párr. 190: (i) si el tutor interpuso la *auctoritas dicis causa* sin un *tractare*; y (ii) si el tutor la interpuso cumpliendo una orden del pretor, en estos casos no se daba a la mujer la *actio tutelae*; no quiere esa frase significar que nunca, por principio objetivo del sistema jurídico, dicha acción era improcedente, como nosotros, con enorme verosimilitud, hemos creído poder demostrar. Es, en estos textos, una suerte de confusión entre los planos de la práctica y de los principios lo que conduce a interpretarlos en la forma en que tradicionalmente se les interpreta; a dicha confusión Gayo ha contribuido en su apasionamiento polémico en contra de la *tutela mulieris*.

VIII. La posibilidad de que la *tutela mulieris* implicara una traba para la mujer en su desenvolvimiento patrimonial, explica muy acertadamente este dato de las fuentes: el interés de la mujer por tener como tutor a alguien complaciente con su voluntad y en deshacerse de aquél que no contaba con su asenso. Para lograrlo, la jurisprudencia había ideado artificios como la *tutoris optio*, en relación con la tutela testamentaria, según la cual el marido, en su testamento, otorgaba a su mujer la facultad de elegir su propio tutor³⁴ y la *coemptio tutelae evitandae causa*, respecto de las tutelas testamentaria y legítima, en virtud de la cual se desembarazaba de su

en ningún caso puede referirse, naturalmente, a la *negotiorum gestio*; no obstante, debemos confesar que podría resultar equívoco afirmar que estos *tutores mulieris* "administraban" la tutela.

34. GAI. I.150-154.

actual tutor para situarse bajo la tutela de otro, previamente elegido por ella ³⁵.

¿A qué causa obedecía este interés de las mujeres por tener tutores hechura suya?

Es cierto que estos expedientes podían servir para fines prácticos en un ambiente de excelentes relaciones entre el tutor y la mujer, como, p. ej., el que supone Kniep ³⁶ para explicar la función de la *in iure cessio tutelae*: el tutor podía vivir alejado de la mujer, con lo cual involuntariamente entrababa la acción de la mujer al serle imposible interponer su *auctoritas*; pero mejor puede explicarse en un conjunto más general, como es precisamente el deseo de la mujer de que el tutor siguiera su parecer, evitando que intentara entrabarla con el ejercicio de sus facultades. Si, para parafrasear a Gayo ³⁷, tampoco las tutelas testamentaria y magistratual hubiesen estado dotadas de ninguna *vis*, entonces, quizá, ningún interés general habría existido en la mujer por tener tutores complacientes ³⁸.

ALEJANDRO GUZMÁN

(Universidad Católica del Valparaíso)
(Universidad de Chile, Santiago)

35. GAI. 1.114, 115, 195a. GAYO habla de que la mujer por este medio, lo que intentaba era *deponere tutorem*.

36. KNIIEP, *Gai Institutionum* (Jena 1911) 1 p.276.

37. Gai 1.192.

38. Se recordará la lamentación de Cicerón, p. *Mur.* 12, de que los tutores más están sometidos a la voluntad de las mujeres que éstas a la autoridad de aquéllos.