

LA SANCIÓN POR OMITIR EL DEBER DE PEDIR TUTOR PARA UN PARIENTE IMPÚBER EN DERECHO ROMANO

ÁLVARO D'ORS

SUMARIO: 1. La ley de Constancio, del 357. Planteamiento del tema. 2. La epístola de Septimio Severo: "epístola" y no "rescripto". 3. Relación con el sc. Tertuliano. 4. Rescripto aclaratorio de Severo y Caracala, del 203. 5. Desarrollo postclásico. La ley de Constantino, del 315 (y la de Constancio, del 357). 6. La ley desaparecida del Código Teodosiano. 7. La novela 11 de Teodosio II, del 439. 8. La ley de Zenón, del 479. Justiniano. Resumen.

1. En una ley del emperador Constancio, del año 357¹, se dice que los abuelos y abuelas que hubieren dejado de solicitar el nombramiento de tutor para su nieto impúber pierden su derecho a heredar de éste; y que esta sanción se hallaba ya en las "antiguas leyes" (*priscis legibus statuta*)². Esta ley postconstantiniana pero preteodosiana nos coloca en la mitad de un recorrido histórico que había empezado con el senadoconsulto Tertuliano, de la época de Adriano, y había de tener todavía un curioso desarrollo postclásico.

En esta modesta contribución al justo homenaje que la Universidad de Chile ofrece a su gran historiador del derecho, amigo también desde hace muchos años, me limitaré a trazar algunos rasgos aclaratorios de la compleja historia de esta sanción, que empezó referida a la madre y fue extendida a otros herederos ab intestato.

¹CTh. 3. 18, 1: *Avos quoque et avias tutoris necessitas postulandi teneat obligatos... emolumentum successionis amittant...*

²La *interpretatio* omite esta referencia vaga al "antiguo derecho"; vid. infra. núm. 7.

2. Ulpiano, comentando el sc. Tertuliano³, dice que pierde el derecho a heredar de su hijo impúber —se entiende, en virtud y dentro de los límites de aquel senadoconsulto— la madre que no hubiera pedido inmediatamente tutores “idóneos” para sus hijos huérfanos que carecieran de tutor⁴; incluso cuando los tutores presentados se hubieran excusado o hubieran sido recusados. Y Ulpiano se extiende a continuación en un minucioso comentario de esta sanción.

Como muestra el siguiente cotejo, ese §23 del comentario de Ulpiano se refiere a una constitución de Septimio Severo que, por suerte, se nos conserva literalmente citada por Modestino, dentro del contexto griego de su libro sobre las excusas para no ser tutor⁵.

He aquí los dos textos, de Modestino y de Ulpiano (sólo aquél da el proemio): Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis⁶ pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo.

Mod.

Et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandum sibi bonorum intestatorum filiorum.

Ulp.

Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina ediderit, ius non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.

La exacta coincidencia textual de la parte dispositiva⁷ muestra, sin lugar a dudas, que Ulpiano tenía presente esa constitución de Severo; a ella se refiere luego su minucioso comentario. Se ha conjeturado incluso que los Compiladores habrían podido suprimir, en el texto de Ulpiano, la

³Ulp. 13 *ad Sabinum*, D. 38, 17, 2, 23.

⁴Aunque parecía innecesario aclararlo, en un rescripto del 293 (C.J. 5, 31, 9) se dice que no incumple la madre su deber si el hijo tenía ya un tutor. Podía tener un tutor testamentario nombrado por su padre; también uno legítimo, como agnado próximo; no los hermanos agnados, ni el *patruus* (tío paterno), que, al excluir a la madre de la sucesión del hijo de ésta, quedaban fuera del supuesto de que ésta pudiera heredar de su hijo, a no ser que esos tutores legítimos, como herederos voluntarios, hubieran repudiado la herencia del pupilo.

⁵Mod. 1 *excus.*, D. 26, 6, 2, 2. En el §5 vuelve a leerse un texto en latín, pero ya nuestro gran Antonio Agustín (vid. Krüger, *ad leg.*) había dicho que se trataba de un añadido para citar a Paulo: *et apud Paulum...*

⁶Mommsen corrige: *subveniendi*.

⁷La diferencia *habeat-habet* es irrelevante. Quizá *ediderit* (cfr. C. 5, 31, 2: *adire praetorem et nomina edere*) fuera la lección auténtica, a pesar de que Modestino pretende hacer una cita literal; pudo ser una falta mecánica en la transmisión de su obra.

cita literal de la constitución, pero esto no me parece probable, pues no se explicaría que se repitieran, a continuación de la supuesta cita literal, otra vez las mismas palabras, como vemos en ese §23⁸.

Hay que observar, antes de nada, que esa constitución de Severo no es un *rescriptum*, como se dice hoy con cierta frecuencia⁹, sino una *epistula*¹⁰. No se comprende cómo se ha podido incurrir en este error cuando el mismo Modestino introduce su cita como de una *epistole* (en griego). Ya el mismo proemio de la constitución, con su enfática alusión al interés público del asunto y el deseo imperial de una amplia difusión de su decisión, indica que no se puede tratar de un rescripto, dirigido a un particular, sino de una epístola dirigida a un magistrado¹¹. Lo que puede haber inducido al error de llamar rescripto a lo que es evidéntísimamente una epístola pudo ser el hecho de que, en el mismo comentario de Ulpiano tal como se presenta en el Digesto, se habla de "rescripto" en los §§29 y 32. Pero éstos no son de Ulpiano.

El §29 presenta la cuestión de si incurre en la sanción la madre que omite la petición, no de tutores para sus hijos impúberes, sino de *curatores* para sus hijos *minores*. Este párrafo se encuentra dentro de una larga serie (hasta el §42) de cuestiones introducidas con el *quid si...?* característico de los glosadores prejustinianos, y ya este rasgo formal permite dudar de la autenticidad: "no es concebible" que Ulpiano hubiera escrito así¹². Pero hay, además, una razón de fondo para excluir este párrafo como postclásico, y es la de que en él se presupone ya consumada la asimilación de la curatela a la tutela como igualmente necesarias¹³. En este mismo §29 se

⁸Vid. Krüger, *ad leg.* Por su parte, Marianne Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum und ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (1967), pp. 312s.n.1, piensa que, sin copiar el texto entero —de lo que ella llama "Reskript"—, Ulpiano habría hecho mención expresa de esa constitución cuyo texto reproduce, pero que tal mención fue luego suprimida; pero tampoco se entiende por qué los Compiladores lo hubieran de hacer así. Sobre la integración de esta constitución de Severo en el senadoconsulto Tertuliano vid. más adelante en el texto.

⁹Así, ya el mismo Krüger, *ad leg.*, y hasta Meinhart cit., pp. 312ss. y otros.

¹⁰Así, correctamente, Kaser, *RPR*, I, p.358 n. 57: *epist. Severi*.

¹¹Pudo ser un pretor —cfr.-C.J. 5, 31, 2: *adire praetorem* — urbano, o incluso un pretor tutelar, existente ya en esa época; cfr. infra n. 22.

¹²En este sentido crítico, Wieacker, *Textstufen*, p. 319 señala la necesidad de un estudio de esta serie precompilatoria incluido el §43. Desde luego, la determinación del plazo anual —*ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet*—, para explicar el *confestim* de la epístola de Severo, fue interpolado, en ese §43, a la vista de la Novela Teodosiana 11 (=C.J. 6, 58, 10), que, como veremos, fue la que introdujo este plazo (infra, núm. 7).

¹³En la época de los Severos el nombramiento de *curator*, es, en principio, todavía facultativo; sólo en época postclásica se extiende a los curadores el régimen de los tutores,

dice que la constitución — *rescriptum* — dice el texto hablaba de *curatores*¹⁴, y es que no podía hacerlo; sí, en cambio, un postclásico, para el que tutela y curatela iban siempre juntas, y para quien la diferencia entre una epístola y un rescripto no tenía ya mucho sentido. Si lo tenía para Ulpiano, que no pudo cometer ese error, como tampoco deberían los romanistas de hoy.

Dentro de esa misma serie sospechosa por las reiteradas preguntas retóricas con el *quid si...?* se halla también el §32, pero éste con una aparente referencia positiva al texto de la constitución de Severo: *ut rescripto declaratur*. Se trata de que no cuenta a favor de la madre el haber dado, intencionadamente, el nombre de un tutor que podía excusarse: *quae (mater) defunctorie petiit vel privilegio munitum vel oneratum tribus puta tutelis*. Ya de entrada, llama la atención el uso del adverbio *defunctorie*, que debe entenderse en el sentido de que el tutor propuesto no tenga deber de serlo (que esté exento de la función)¹⁵, y resulta del todo incorrecto que ese adverbio no se refiera a la gestión del tutor, sino a la petición de la madre — *quae defunctorie petiit* — cuando precisamente la madre sí que tenía el deber de hacer tal petición. Además, esa ausencia de deber del tutor a que podría referirse *defunctorie*, aunque de manera gramaticalmente incorrecta, comprende ya los casos de exención por privilegio o de excusa por tener ya tres tutelas, que se distinguen a continuación. Tenemos, pues, otra vez, una redacción impropia de Ulpiano. En la constitución de Severo se decía simplemente que la madre debía presentar unos tutores idóneos¹⁶ y que no pudieran excusarse o ser recusados.

que sí eran necesarios, así como todo lo relativo a las excusas. Es el mismo *minor* quien tiene que pedir el curador; vid. Cj. 5, 31, 1 (del 214), 6 (del 224): la madre no está obligada a pedir curadores, y 7 (del 239).

¹⁴*Verba rescripti deficiunt, sed dicendum est... eandem esse rationem*, con la particularidad de que parece reducir el supuesto al de hijos para los que la madre no solicitó el nombramiento de tutores — aunque se habla de *curatores* de los impúberos — y, al llegar a la pubertad, omite la madre solicitar la curatela: *si iam puberibus cessare debere*. Este *debere* final resulta superfluo (Krüger, *ad leg.*), si se entiende que el sujeto de *cessare* es la madre que no solicita la curatela para sus hijos, pero también podría entenderse que eran los tutores los que “debían cesar” al llegar a la pubertad sus pupilos. Como veremos (infra núm. 5), Costantino había de liberar a la madre de su deber cuando sus hijos murieran después de haber alcanzado la pubertad. En todo caso, este §29 no puede atribuirse a Ulpiano.

¹⁵Vid. en un rescripto de Severo (Cj. 5, 69 ún., pr) *non defunctorie* en el sentido de “no sin deber”, precisamente para el caso del que tiene tres tutelas a la vez, de las que no puede excusarse, y puede hacerlo de la cuarta. También aquí se ha interpolado la equiparación de la curatela a la tutela.

¹⁶Trifonino, D. 26, 6, 4, 4, explica que no se puede exigir que la madre dé tutores de una solvencia efectiva, sino de aquella que estimó suficiente el magistrado al hacer la *inquisitio*. Sobre la *inquisitio* vid. Alejandro Guzmán, *Cautión tutelar en derecho romano* (1974), pp. 41ss.

Así, pues, la calificación como *rescriptum* de la epístola de Severo no puede atribuirse a Ulpiano. Éste, por su parte, se refiere siempre a ella como *constitutio*, término genérico con el que se pueden designar también las epístolas, y lo mismo hace Trifonino en su propio comentario a esta epístola de Severo¹⁷.

No es mi propósito entrar ahora en el análisis de la casuística relativa a la aplicación de esta constitución de Septimio Severo, sino tan sólo aclarar, en lo posible, la historia de esta sanción por no pedir tutor.

3. Ulpiano va analizando los supuestos en que la madre incurre —*incidit*— en la sanción prevista en la constitución de Severo, pero en el §24 nos sorprende con la cuestión de *an incidat in senatus consultum* la madre que sí pidió el tutor para su hijo, pero lo hizo presionada, contra su voluntad, por los libertos o los parientes, y responde Ulpiano afirmativamente: *puto eam incidere*. Es realmente sorprendente esta mención de senadoconsulto después de haber dado el texto de la constitución y de seguir refiriendo a ello todo el comentario. Este senadoconsulto, naturalmente, sólo podía ser el Tertuliano, que era el que Ulpiano comentaba en ese momento y a propósito del cual trataba de la epístola de Severo. La crítica moderna optó por eliminar esa mención del Tertuliano¹⁸. Pero no deja la cuestión satisfactoriamente resuelta. En efecto, podríamos quizás aceptar la eliminación de esa mención inesperada¹⁹, si no fuera por la duda que suscita el §44 del mismo comentario de Ulpiano, donde nuevamente se habla del *Tertullianum* a propósito del caso especial de que la madre no hubiera solicitado la tutela por favorecer al hijo a quien se había dejado un legado bajo la condición de que “no tuviera tutores” —*si tutores non habuerit*—, en cuyo caso no se sancionaría la omisión de la madre. Este caso de no-responsabilidad de la madre, dice Ulpiano, ya se había tratado “a propósito del Tertuliano” y en referencia a los “magistrados municipales” que hubieran aceptado esa omisión de nombramiento de tutor, contra los cuales debía darse la acción subsidiaria²⁰ si resultaba para el pupilo un

¹⁷D. 26, 6, 4.

¹⁸Cuyacio, pensando en una falsa solución de las letras *sc*, corrigió *in s(ententiam) c(onstitutionis)*. Mommsen optó por suprimir la frase. Lenel, seguido por Solazzi, corrigió, erróneamente, *in rescriptum*.

¹⁹La enmienda preferible sería la de Cuyacio (vid. nota anterior). Ese giro sería apropiado para una interpretación de la intención más que de la letra de texto.

²⁰Sobre esta *actio subsidiaria* vid. Guzmán, *Caución tutelar* (cit. n. 16), pp. 105s., y Valiño, *Acciones útiles* (1974), pp. 371s. Aunque esta acción se daba principalmente contra el magistrado que no hubiese exigido la caución necesaria, podía darse también en este caso de omisión de nombramiento. Esta acción existía ya desde Trajano, y podía muy bien haberse tenido en cuenta a propósito del posterior senadoconsulto Tertuliano.

daño superior al importe del legado: *quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertullianum: et putat* (sin sujeto expreso) *dandam in eos actionem quatenus plus esset in damno quam in legato*²¹.

Tenemos así —la crítica interpolacionística no le afecta— un dato que no carece de interés: a propósito del senadoconsulto Teruliano se había planteado la cuestión de la eventual responsabilidad de los magistrados municipales por haberse querido cumplir la condición de tal legado dejando al pupilo sin tutor. Parece evidente que tal cuestión, en el contexto de un comentario al Tertuliano, sólo podía plantearse en relación con la pérdida del derecho sucesorio de la madre que hubiera omitido la petición de tutor para su hijo impúber; es decir, el mismo planteamiento que nos presenta Ulpiano en este §44, a propósito del caso de cumplimiento de la condición de no tener tutor impuesta en un legado a favor del pupilo.

Es interesante observar que en el §23, a propósito de a quién se debe pedir el nombramiento de tutor, se lea *loquitur quidem de praetore constitutio*, pero añade Ulpiano inmediatamente: *puto et in provinciis locum habere, etiamsi a magistratibus municipalibus non petat, quoniam et magistratibus municipalibus dandi necessitas iniungitur*. Si admitimos que la cita de Modestino, coincidente con la de Ulpiano, está completa —no hay motivo para no creerlo así—, no vemos que la epístola de Severo hable del “pretor”, y no parece que lo haga implícitamente por estar dirigida a un pretor²². Pero es claro que el senadoconsulto Tertuliano sí debía referirse a la jurisdicción del pretor de Roma y a los magistrados de Italia, no, en cambio, a los de las provincias; es precisamente Ulpiano quien dice que la constitución debe aplicarse también en provincias, y, no sólo por los magistrados municipales, de los que ya hablaba el Tertuliano, aunque en referencia a Italia, y a los que podía extenderse literalmente el precepto senatorial aunque fueran provinciales, sino también a los gobernadores de las provincias, que tenían en ellas la superior jurisdicción. Así, aunque Ulpiano hable aquí de *constitutio*, debía de pensar en el Tertuliano. Esto corroboraría lo que digo sobre la existencia en este senadoconsulto de un primer precepto sobre la sanción de la madre que omitía dar tutor a su hijo impúber. Tal precepto urbano necesitaba de una interpretación extensi-

²¹Es claro que ese *dammum* era imprevisible en el momento de la omisión de nombramiento de tutor, por lo que quizá la frase anterior de ese mismo §44 *si damnum minus sit cumulo legato* (ya *cumulus* es palabra sospechosa de interpolación), como si se tratase de un requisito previo, sea un añadido postclásico, como ya han pensado algunos (vid. *Ind. Interp.*, s. l.).

²²Vid. supra. n. 11.

va para aplicarse en provincias, en tanto la epístola de Severo podía aplicarse allí sin necesidad de una interpretación extensiva como la que hace Ulpiano²³.

Cabe pensar, por tanto, que ya el senadoconsulto Tertuliano imponía, a la madre que pretendía heredar de su hijo, el no haber dejado de darle tutor, y por eso podía decir Ulpiano que incurría en la sanción del Tertuliano la madre que hubiere pedido tutor presionada por los libertos o parientes. En consecuencia, no habría sido Severo quien introdujo la sanción, sino que ésta se hallaba ya en el Tertuliano, aunque fuera de una manera muy simple, que hubo de ser ampliada en la epístola de Severo, unos setenta años posterior. Precisamente en ese intervalo se había establecido el sistema de excusas para la tutela²⁴, y probablemente hubo que aclarar que no cumplía la madre con el deber de pedir tutor para su hijo impúber cuando proponía el nombre de un tutor que podía excusarse o podía ser recusado; quizá fue también una novedad de la epístola el exigir que la petición de tutor fuera inmediata —*confestim*—, aunque todavía sin señalar el plazo que había de determinarse mucho después, el año 439, como veremos.

Como en otros casos, una constitución imperial habría venido a completar un precepto formulado en un senadoconsulto anterior. Esto explicaría que Ulpiano hubiese integrado la epístola en el senadoconsulto, incluso sin una mención expresamente separada del complemento, y que hubiere podido decir que la mujer que no pedía voluntariamente —quizá el Tertuliano tenía la palabra *sponte*— incidía *in senatus consultum*, aunque luego comentara la constitución imperial complementaria, y hablara de *incidere in constitutionem*, o, cuando la incidencia no fuera con el texto literal, sino con la intención del emperador, de *incidere in sententiam constitutionis*. Severo ponía el énfasis de su decisión en la necesidad de que los pupilos no carecieran de tutores, pero habría aprovechado un precepto del Tertuliano para actualizar ese deseo respecto al pupilo que podía ser sucedido por su madre, privando a ésta de su derecho sucesorio si no había pedido tutor para su hijo. Naturalmente, la constitución de Severo, al reiterar y ampliar lo dispuesto por el Tertuliano, vino a ocupar su lugar en los comentarios como el de Ulpiano, Trifonino y demás juristas posteriores.

²³En CJ. 5, 31, 3, se prueba la aplicación en provincias expresamente (*ex eadem provincia*), pero también los otros rescriptos de ese título (excepto el 2, que habla de *adire praetorem* quizá un pretor tutelar, cfr. supra n. 11) parecen provinciales.

²⁴Sobre el origen tardo-clásico del régimen de excusas vid. Guzmán, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (1976), pp. 139ss.

4. El mismo Septimio Severo, pero ya conjuntamente con su hijo Caracala, hubo de volver sobre el tema, a causa de la perplejidad que ocasionaba el que la madre sancionada por no haber cumplido con su deber no pudiera acceder a la herencia de su hijo, pues no estaba claro si, en su defecto, debía heredar quien la siguiera en el orden de sucesión intestada; es decir, si debía seguir siendo considerada como heredera, aunque impedida, o dejaba de serlo en beneficio de los agnados o, si no los había, del Fisco. La cuestión fue suscitada por una mujer (probablemente provincial), Mamma Maximina, que, naturalmente, no debía de ser la madre sancionada, sino probablemente una hermana del pupilo interesada en heredarle en todos sus bienes. A ella dirigieron los emperadores un rescripto —éste sí verdadero “rescripto”— el año 203²⁵. En él se decidía que, al quedar impedida de suceder la madre, la herencia debía pasar al siguiente heredero ab intestato o, en su defecto, al Fisco²⁶.

Pero la historia de la sanción no termina aquí, sino que, como ya anuncié al principio, tal sanción se iba a extender por analogía a otras personas: la mencionada ley de Constancio, del 357, se refería ya a los abuelos y abuelas que hubiesen omitido la petición de tutor para sus nietos impúberes; en efecto, no había razón para no hacer tal extensión del antiguo precepto cuando se había reformado el orden sucesorio ab intestato y, en especial, el llamamiento de la madre a la herencia de sus hijos: si se trataba de no dejar sin tutores a los impúberes, la obligación de darlos debía extenderse a todos los parientes, y bajo la sanción de perder su derecho si no lo hacían; sin embargo, como veremos, la posición de la madre no dejó de ser algo especial, aunque por otros motivos²⁷.

²⁵Ulp., frag. cit., §47.

²⁶Vid. sobre esta cuestión Meinhart (op. cit. n. 8), pp. 168ss.

²⁷Esta extensión, por omitir la propuesta de tutores, a todos los parientes herederos ab intestato, francamente, no aparece documentada más que para los abuelos (en la cit. n. 1 ley de Constancio), pero se puede entrever en otras disposiciones. En un rescripto del 294 (CJ. 5, 31, 10) se ve cómo el tío paterno asume el deber, que incumbía a la madre, de dar tutores a sus sobrinos; es verdad que el verbo *potes* que utiliza Dioleciano (y Maximiano) parece indicar que se trata de una facultad más que de una necesidad, pero no hay que excluir que la sanción, en caso de morir la madre, se aplicara a ese tío paterno. En un rescripto del 223 (CJ. h. t. 5) se dice que no se impide a la tía paterna hacer esa misma solicitud —*non prohibetur*—, pero cuando en otro rescripto del mismo emperador (CJ. h. t. 4) se dice que el acreedor puede pedir tutores para los hijos de su deudor cuando no haya “parientes que los pidan”, parece insinuarse que esos *necessarii* tenían obligación de hacerlo; si es así, la sanción por la omisión podría ser la de no poder heredar del pariente de cuya tutela se despreocuparon. De una manera algo obscura se nos indica que los parientes que pueden heredar del pupilo tienen el deber de haber pedido tutores para él, y, si existía tal deber, sólo con la pérdida de

5. El desarrollo postclásico de la sanción, cuyo comienzo conjeturamos que se hallaba ya en el Tertuliano, iba a ser bastante complejo.

Es comprensible que un nuevo planteamiento de la cuestión empezara ya a promoverse desde el emperador Constantino, con el que se inicia un cambio en todo el régimen de la sucesión familiar²⁸.

En efecto, tenemos una ley de Constantino, que se puede fechar en el año 315²⁹, en la que se libera de la sanción a la madre que no pidió tutor

su derecho hereditario podemos pensar que se podía sancionar la omisión de ese deber, como en el caso de la madre. Una consideración especial merece el caso de los libertos, que, naturalmente, no son herederos ab intestato del hijo impúber de su manumisor. También a ellos les incumbe el deber de pedir tutor para ese hijo, considerándose tal deber como parte del *obsequium* debido al patrono. Un rescripto del año 214 (CJ. 5, 31, 2) presupone ese deber y amenaza al liberto que no lo cumple con el *obsequii deserti periculum*. No se nos aclara en qué puede consistir ese castigo. Tampoco nos lo dice Modestino (D. 26, 6, 2, 1) cuando advierte que, si incumplen ese deber, serán "gravemente castigados". Correlativo de ese deber es el de ser tutor de tal pupilo, pero, se dice, siempre que éste tuviera alguna expectativa hereditaria sobre los *bona liberti* (Papiniano, FV. 224 = D. 26, 5, 14). Se puede pensar que tal castigo es el de la *accusatio ingrati liberti*, cuya pena tampoco conocemos exactamente (vid. Kaser, *RPR*, I², p. 299), pero, del mismo modo que la ingratitud del liberto podía ser causa de la revocación de las donaciones por él recibidas del patrono, así también podemos pensar que la omisión de pedir tutor para el hijo impúber del patrono quedase sancionada con su inhabilitación para recibir las disposiciones testamentarias que el patrono hubiera dejado a su favor. Observemos incidentalmente que la reducción, interpolada en D. 8, 55, 1 pr., al caso de ingratitud (como prueba el cotejo con FV. 272) no excluye, como muestra el escolio a ese fragmento vaticano, que se diera ya antes de Justiniano. Aunque no se trate de parientes herederos ab intestato, ese caso del liberto induce a pensar que la pérdida del derecho a heredar podía ser la sanción ordinaria por la omisión del deber de dar tutor al pariente huérfano. De todos modos, es claro que hay que distinguir entre el caso de la madre y el del liberto. Este último caso nada tenía que ver con la epístola de Severo; simplifica excesivamente Guzmán, *Dos estudios* (op. cit. n. 24), pp. 68 y 223 n. 29. Aunque sin seguridad, por falta de pruebas, podemos conjeturar que tanto los parientes como los libertos que pudieran heredar de un pupilo familiar o del hijo de su patrono, debían haber cuidado de que no quedara aquel pupilo sin tutor, si no querían correr el riesgo de perder su derecho hereditario en caso de no haber alcanzado aquél la pubertad antes de morir. Si este tema se nos presenta hoy con cierta oscuridad (vid. Kaser, *RPR*, I², p. 358), que no tiene en cuenta la constitución de Constancio en II², puede deberse a que Justiniano (vid. el final de nuestro texto) parece haber reducido el deber de dar tutores a la madre y a los libertos.

²⁸Es especial, pudo afectar a la antigua sanción del Tertuliano y de la epístola de Severo la reforma del régimen sucesorio de la *luctuosa hereditas*; vid. mi contribución en *Studi De Francis II* p. 453 [= *Estudios Visigóticos I* (1956), pp. 127ss.].

²⁹CJ. 6, 56, 3. Se suple esta ley como 1^a del título del Código Teodosiano 5, 1: *de legitimis hereditatibus*. La fecha del 315 es rectificada (Catulino, destinatario de la ley fue procónsul de África del 315 al 318), pero la que resulta de algunos manuscritos sería posterior (326?, 354?), por lo que podría colocarse después de la 1, que es del 321. En todo caso, esta ley es anterior a las reformas de la sucesión intestada que pudieron suscitar la extensión de nuestra sanción a otros parientes ab intestato.

para su hijo cuando éste hubiere muerto después de haber alcanzado la pubertad³⁰. Detrás de esta mitigación hemos de ver la nueva práctica, que aparece expresamente en la legislación posterior, de que la madre venía a desempeñar el papel de tutora de sus hijos impúberes, por lo que era razonable no considerar que había faltado a su deber cuando su hijo llegaba a la pubertad antes de que ella le heredase. Este precepto hemos de pensar que siguió vigente para el futuro, aunque no se reitere en las leyes que vamos a ver.

A esta mitigación de Constantino había de seguir, sin embargo, por un lado, la extensión de la sanción a otros parientes herederos ab intestato, como vemos en la ya mencionada constitución de Constancio del 357, referida a los abuelos, y, por otro lado, una mayor penalización para la madre, como persona más obligada que nadie a no dejar sin tutores a sus hijos. Pero hay que tener en cuenta que, como he dicho, la madre hace de tutora de sus hijos impúberes huérfanos de padre, y que esa práctica importada de los derechos helenísticos se hace oficial en el siglo IV, al menos, a fines de ese siglo³¹. Ahora bien: la madre, tutora de su hijo impúber, pierde la tutela cuando contrae nuevas nupcias, y por eso lo que el legislador va a tener en cuenta es el caso de que la madre, antes de contraer nuevas nupcias, no se preocupe de dar un tutor para su hijo. Esto es lo que mantiene la especialidad de la sanción respecto a la madre, y lo que explica que pudiera parecer más grave su omisión que la de los otros parientes, los cuales, aun en el caso de ser tutores, no perdían la tutela por contraer nuevas nupcias.

6. Efectivamente, había en el Código Teodosiano una ley, que podemos conjeturar que seguía a la ya mencionada de Constancio, y que, por tanto, era posterior³² aunque ignoramos qué emperador pudo darla, pues falta la *inscriptio*. Nos da noticia de esa ley perdida la novela 11 de Teodosio II, pero más ampliamente la *interpretatio* que acompaña a esa novela. Por ella sabemos que Teodosio abrogó esa ley por ser excesivamente amarga para

³⁰A esta mitigación precedió, unos años antes—el 291—, otra de Diocleciano (y Maximiano), recogida en CJ. 5, 31, 8, por la que se consideraba excesivamente “duro” que se privara de la herencia luctuosa a la madre cuando había ella encargado de velar por el nombramiento de tutor de su hijo a un representante que no llegó a cumplir su encargo por haber muerto en manos de unos atracadores.

³¹Sobre la recepción en Roma de la tutela materna del derecho helenístico vid. Kaser, *RPR*, II², pp. 227s.

³²Por ser posterior, no podía entrar entre las *priscæ leges* que invocaba Constancio (en la ley cit. supra en el núm. 1)

la madre³³, pues la sanción que establecía contra ella era la de nota de infamia e incapacidad de testar o donar sus propios bienes, con esto de nuevo también: que la omisión prevista no era sólo la de no haber pedido tutor para su hijo impúber, sino también la de no haber pedido *curator* para su hijo *minor*³⁴, o no hubiera hecho inventario de los bienes de su hijo. Se agravó así la sanción, pero, como no se habla más que de la madre, es claro que para los otros parientes seguía la sola sanción de no poder heredar. Como digo, ignoramos la fecha de esta ley perdida, pero el que se exija de la madre la confección del inventario induce a pensar que en ella se presupone que esa madre había desempeñado la tutela o curatela de su hijo, y esto puede llevarnos a colocar esa ley a fines del siglo IV³⁵.

7. La Novela Teodosiana 11 —de Teodosio y Valentiniano, el año 439— obedece expresamente al deseo de mitigar la pena impuesta por aquella ley anterior, hoy perdida. El énfasis se pone ahora —en el retórico proemio— en la necesidad de una mayor moderación —*moderamen desideratur*— para el castigo de los “crímenes”, y deseo de que los jueces no sigan aplicando lo que resulta excesivo —*quod modum emendationis excedit*—, por lo que se abroga aquella ley anterior de emperador desconocido. En el §1 se vuelve a la antigua sanción de pérdida del derecho a heredar del hijo, sea ab intestato sea por substitución; hay que pensar sobre todo en la substitución pupilar: el padre, en su testamento, habría podido nombrar heredera de su hijo impúber a la madre de éste para el caso de que ese hijo muriera antes de llegar a la pubertad. Al mismo tiempo, se fija, por primera vez, un plazo para que la madre cumpla con su deber: un año; también en esto hay que ver una mitigación respecto al antiguo *confestum* de la epístola de Septimio Severo. Luego, en el §2, se prevé el caso de que la madre haya contraído nuevas nupcias sin haber pedido que le sustituyeran en la tutela de su hijo, o no hubiera rendido cuentas por la gestión de la tutela que perdió al contraer nuevas nupcias. Por último, en el §3 se añade que los bienes de su nuevo marido quedan gravados con una hipoteca tácita —*iure pignoris*— en garantía de la responsabilidad de la

³³El hecho de haber sido abrogada explica que desapareciera luego en la transmisión del Código Teodosiano, y que, naturalmente, no fuera recogida por Justiniano.

³⁴En ese momento se debía de haber consumado ya la equiparación de *curatores* y *tutores*.

³⁵En el Códice Parisino 4403 del Teodosiano se insertó esa ley a continuación de la del 357 de Constancio, con un texto reconstruido sobre la mencionada referencia de la *interpretatio* de Nov. Teod. 11, como dada por el mismo Constancio, pero es lo más probable que sea posterior. Por lo demás, hay que suponer que seguía vigente la limitación introducida por Constantino, en su ley del 315, de eximir de la sanción a la madre cuando su hijo hubiera muerto pupúber.

madre como ex tutora. Todavía, a esta parte dispositiva sigue (§4) la recomendación al prefecto del pretorio de Oriente y ex cónsul Florencio, a quien se dirige la ley, para que la mande publicar con edictos y la haga observar por todos.

Esta ley teodosiana se acogió en el Código de Justiniano, pero repartida en tres lugares. Omitidos el proemio y la recomendación final a Florencio, el §1, en su última parte propiamente dispositiva —*Sciant...*— se recogió literalmente en el título *de legitimis heredibus*³⁶; el §2, excepto las primeras palabras introductorias, se recogió también literalmente en dos leyes geminadas de los títulos *ad senatus consultum Tertullianum*³⁷ y *in quibus causis pignus tacite contrahitur*³⁸; la razón de esta geminación está en que en este último lugar se añade, también literalmente, la disposición del §3 sobre la hipoteca tácita de los bienes del nuevo marido (omitiendo la repetición del supuesto que precede).

Como puede observarse, en esta ley del 439 se da ya por supuesto que la sanción consistente en perder el derecho sucesorio se había extendido a otros parientes herederos ab intestato, y sólo se trata de la madre para liberarla de la pena excesiva que sólo para ella se había impuesto en la ley anterior, pero que había sido recogida por el mismo Teodosio en su Código, un año antes. En el mismo Código figuraba la ley de Constancio sobre los abuelos; pero en ella se dice que ya había sido establecido así en las “antiguas leyes”. Nada permite conjeturar que esa extensión a los parientes herederos ab intestato fuera introducida por una ley especial, sino que por “antiguas leyes” debe entenderse el “antiguo derecho”. La extensión, de la antigua sanción prevista para la madre, a los abuelos y abuelas es la que aparece en la ley de Constancio como establecida en ese antiguo derecho, y nada se dice allí de otros parientes. Hay que tener en cuenta que esos otros parientes, posibles herederos, eran normalmente tutores ya del pupilo, y que, en caso de excusarse o de ser recusados, ya el mismo trámite implicaba la sustitución de su tutela, y por eso no era necesario establecer una sanción por su posible omisión de pedir nuevo tutor³⁹; sólo respecto a los abuelos no-tutores, pero posibles herederos, era

³⁶CJ. 6, 58, 10: *sciant...*

³⁷CJ. 6, 58, 6.

³⁸CJ. 8, 14, 6. Esta parte de la novela 11 se refleja, con referencia expresa —*secundum legem novellam “de tutoribus pupillis nominandis”*— en la *lex Romana Burgundionum* 36, 4. Obsérvese que la rúbrica conservada en el Breviario Alariciano es *de tutoribus*.

³⁹En este sentido debe entenderse lo que dice Modestino, D. 26, 6, 2, 6, de que el tutor que se excusaba no tenía obligación de proponer quién le sustituyera en sus funciones; cita, a este propósito, una constitución de Severo y Caracala. Cuando no había posible *excusatio*,

necesario prever una sanción para el caso de que no pidieran un tutor para sus nietos. Quiero decir con esto que, aunque sólo parezca hablarse de los abuelos, en realidad, existía ya la idea de que todo heredero ab intestato debía preocuparse de que el pupilo de que pretendía heredar no hubiese quedado sin tutor. Pero esta idea se impuso sin necesidad de una ley especial, por simple interpretación analógica de lo establecido para la madre, cuyo deber se había concretado en el de no dejar sin tutor al hijo cuya tutela había perdido por haber contraído ella nuevas nupcias.

8. Finalmente, una ley del emperador Zenón, del 479⁴⁰, extendió el deber de pedir la madre un tutor para sus hijos al caso de que éstos fueran hijos naturales. En esta ley vuelve a invocarse el precedente de las "leyes y sagradas constituciones" relativas al caso de hijos legítimos. Esta frase parece tener en consideración la diferencia entre las leyes del siglo IV y del V que hemos visto y la "constitución" de Severo complementaria del Tertuliano, pero la referencia resulta genérica, también aquí, para designar el "derecho".

En fin, como en otros, esa legislación fue recogida por Justiniano, en el Digesto y en el Código, aunque sin llegar a una conjunción sistemática, y con algo que indica, también en este caso, una vuelta al derecho más antiguo, que es la omisión de la ley de Constancio sobre los abuelos. A pesar de las novedades de la novela 11 de Teodosio, Justiniano parece volver a reducir a la madre la sanción de perder su derecho a heredar del hijo para el que no pidió tutor: una vuelta al Tertuliano.

Así, pues, nuestra sanción empezó por ser una limitación a un derecho especial a favor de la viuda respecto a la herencia de su hijo huérfano sin descendencia, pero pronto se integró en el régimen de previsión de ausencia de tutela, lo que permitió la extensión a otras personas a las que se creía obligadas a procurar que los pupilos no quedasen sin tutores. Desde que se admitió que la viuda fuese la tutora de sus hijos impúberes, incluso curadora de los *minores*, la antigua sanción vino a castigar las segundas nupcias con descuido de sustitución en la tutela o curatela; con esta función había de subsistir en el *Corpus Iuris*, a pesar de conservarse en él algunos textos antiguos menos ajustados a ese nuevo fin.

cabía la posibilidad de la *potioris nominatio* a la que se refiere una *oratio Severi* (FV. 158), que quizá sea la misma que cita Modestino. En este caso, sí que hay un deber de proponer un nuevo tutor. Cfr. Kaser *RPR*. I², p. 358, que incluye al ex tutor entre los obligados a proponer uno, que haga sus veces.

⁴⁰CJ. 5, 31, 11.