

El itinerario histórico jurídico de la mujer libre viuda visigoda hacia la conquista de la tutela de los hijos menores

The historical juridical itinerary of the free Visigoth widow woman towards the conquest of the guardianship of minor children¹

RESUMEN

La civilización romana consideró a la tutela como una institución civil de potestad política y fuerza viril. La mujer romana era concebida como un ser inferior y siempre estuvo sujeta al poder de un ciudadano varón, bien como hija (patria potestas), bien como esposa (manus), bien como pupila (tutela). Con el Imperio, de forma progresiva, la condición jurídica privada de la mujer romana mejora. La idea de que su debilidad de sexo era más aparente que real se va imponiendo en la mentalidad de los magistrados, los juristas y los tribunales. La mujer se libera de la tutela del ciudadano. También, de forma paulatina, la jurisprudencia clásica admitió su óptica del derecho natural y de gentes. A partir del siglo II d. C., los magistrados y los tribunales admitieron de forma discrecional las solicitudes de acceso al poder tutelar de los hijos menores impúberes a las madres viudas libres de las provincias orientales. Posteriormente, con la irrupción civil del cristianismo, las cancellerías imperiales reconocieron, de forma oficial ex lege,

¹ Artículo elaborado en el marco del Proyecto Estatal de Investigación, «La Dimensión Performativa del Razonamiento Jurídico», PID2022-136352NB-I00, obtenido en régimen de concurrencia competitiva (1 de septiembre de 2023 al 31 de agosto de 2027).

que, en ausencia de voluntad testamentaria o de tutela legítima, la madre tenía el derecho y el poder civil tutelar de sus hijos huérfanos impúberes. Esta dinámica legislativa del Bajo Imperio fue adoptada posteriormente por *Lex Romana Wisigothorum* y *Liber Iudiciorum*. Este último, además, instituyó un nuevo régimen de paridad y equidad romano cristiano, patriarcal y matriarcal y concedió el derecho de tutriz de los hijos menores impúberes a la madre viuda visigoda.

PALABRAS CLAVES

Derecho de Tutela, madre viuda, romana y visigoda, hijos menores.

ABSTRACT

Roman civilization considered guardianship as a civil institution of political power and virile force. Roman woman was conceived as an inferior being and was always subject to the power of a male citizen, either as a daughter (parental power), or as a wife (*manus*), or as a ward (guardianship). With the Empire, gradually, the private legal status of Roman women improves. The idea that their gender weakness was more apparent than real is taking hold in the minds of judges, jurists and courts. Women are released from the guardianship of citizens. Also, gradually, the classical jurisprudence admitted its view of natural and people's law. From the second century A. D. the magistrates and the courts accepted discretionary applications for access to the tutelary power of impubescent minor children to free widowed mothers from the eastern provinces. Later, with the civil irruption of Christianity, the imperial chancelleries officially recognized, *ex lege*, that, in the absence of willful will or legitimate guardianship, the mother had the right and the tutelary civil power of her impubescent orphaned children. This legislative dynamic of the Lower Empire was later adopted by *Lex Romana Wisigothorum* and *Liber Iudiciorum*. The latter, moreover, instituted a new regime of parity and equity, Roman Christian, patriarchal and matriarcal and granted the right of guardianship of the impubescent minor children to the Visigoth widowed mother.

KEY WORDS

Guardianship law, widowed mother, Roman and Visigoth, minor children.

Recibido: 4 de abril de 2024

Aceptado: 7 de mayo de 2024

SUMARIO/SUMMARY: I. Tutela civil: Los orígenes. I.1 La Ley de las XII Tablas. I.2 Del tutor familiar al tutor dativo pretorio *ex decreto*. I.3 Tutela: perspectiva del *Ius Gentium*. I.3.1 Tutela *impuberum*: Institución del derecho de gentes. I.3.2 Mujer romana: De pupila a tutora *minorum ex decreto*. I.3.3 Mujer romana, tutora civil: Concesiones discrecionales individualizadas de los poderes públicos (S. II d. C. - S. IV d. C.).-II. El Bajo Imperio: Hacia la conquista del derecho civil de tutela del hijo menor por la mujer romana viuda. II.1 Madre viuda tutriz: Régimen jurídico justinianeo.-III. Derecho visigodo. III.1 Una herencia del Bajo Imperio: la mujer tutriz en *Lex Romana Wisigothorum*. III.2 Conquista

de la mujer y madre visigoda del reconocimiento pleno del derecho de tutriz de sus hijos huérfanos impúberes menores: *Liber Iudiciorum*.—Bibliografía.

I. TUTELA CIVIL: LOS ORÍGENES

La tutela surgió por imperativo legal en la civilización romana². Desde sus orígenes, fue concebida como una potestad civil patriarcal, exclusiva del ciudadano romano *paterfamilias*, *iure civili data ac permissa*³, y como un poder subsidiario y supletorio de la patria potestad. Desde una óptica privada, la tutela se diseñó por los *veteres* para cuidar a los miembros (*mujeres in manu*, hijos e hijas menores impúberes, hijas púberes...) agnados de la familia y su patrimonio. Desde una óptica pública, la tutela fue construida como un poder político de hombres romanos libres para proteger hombres y mujeres romanos libres⁴. Con perspectiva acorde, el jurista Paulo confirma la relación originaria entre tutela y fuerza viril: «Mas son tutores lo que tienen esta fuerza y potestad, de la que tomaron su nombre; y así se llaman tutores, como cuidadores y defensores⁵».

La tutela era ejercida, en el ámbito de la familia, por los agnados varones sobre las mujeres púberes e impúberes, por razón de su sexo. También, y en ausencia de la patria potestad del *paterfamilias*, sobre los hijos y las hijas menores impúberes. El *filiusfamilias* y la *filiasfamilias sui iuris* pupilos no tenían suficiente edad, razón y capacidad para entender y gobernarse por sí mismos.

De la antigüedad monárquica de la tutela testamentaria y de la *tutela mulierum*, nos informa Tito Livio:

– *Si in sua quisque nostrum matre familiae, Quirites, ius et maiestatem uiri retinere instituisset, minus cum uniuersis feminis negotii haberemus: nunc domi uicta libertas nostra impotentia muliebri hic quoque in foro obteritur et calcatur... maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere, feminas sine tutore auctore voluerunt, in manu esse parentium fratrum, virorum*⁶.

– *Anco regnante... notitiamque eam brevi apud regem liberaliter dextereque obeundo officia in familiaris amicitiae adduxerat iura, ut publicis pariter ac privatis consiliis bello domique interesset et per omnia expertus postremo tutor etiam liberis regis testamento institueretur*⁷.

² D. 26, 1, 6, 2, *Ulpiano libro 38 ad edictum*.

³ D. 26,1, 1, *Paulus libro 38 ad edictum*.

⁴ D. 26,1, 1, *Paulus libro 38 ad edictum*: «*Tutela est in capite libero*».

⁵ D. 26, 1, 1, 1, *libro 38 ad edictum*. También, D. 26, 2, 22, *Ulpiano libro 45 ad edictum*. D. 26, 1,16, *Gayo libro XII ad edictum provinciale*: «*Tutela virile officium est*». D. 26, 2, 18, *Neratius libro III Regularum*: «*quia id munus masculorum est*».

⁶ TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, 34, 2, 11.

⁷ TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, I, 34.

I.1 LA LEY DE LAS XII TABLAS

Posteriormente, en los inicios de la República, la Ley de las XII T (449 a. d. C.) estableció dos tipos o especies de tutela civil:

A) *Tutela Mulierum:*

– T. V, 1: *Veteres – voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, – in tutela esse; – exceptis virginibus Vestalibus, quas – liberas esse voluerunt,* (Gayo, *Inst.* I, 144. 145; Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 1, 12, 18; L. Numae, 9).

La tutela era un poder protector y de amparo, pero también opresor y de sometimiento. Según el comentario de Gayo, los *veteres* quisieron que solo las Vestales fuesen libres. Las mujeres ciudadanas no podían emanciparse. Tenían que estar siempre ligadas, sometidas y vigiladas por el poder jurídico protector de la tutela varonil. Tenemos el honor de asistir al origen político y a la causa pública (lo que hoy conocemos como razón de Estado) de la institución. Roma protege a sus mujeres libres, impúberes y púberes *sui iuris*,... *etiam perfectae aetatis sint*.

– T. V, 2: *Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipii usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore [auctore] traditae essent: id[que] ita lege XII tab. [cautum erat]* (Gayo, *Inst.*, II, 47; Gayo, *Inst.* I, 157).

La mujer, por razón de sexo, era incapaz. No tenía libertad para realizar negocios con terceros. No podía transmitir cosas mancipables, sin permiso (*auctoritas*) de su tutor agnado. Si compraba alguna cosa mancipable no adquiría la propiedad mediante usucapión. La tutela del varón púber vigilaba y protegía los intereses de la mujer *sui iuris* impúber. Si era púber, de edad perfecta⁸, el tutor también impedía su capacidad de obrar plena. La función tuitiva de los intereses patrimoniales y personales constituía una forma jurídica lícita de control y sometimiento de la mujer romana al varón agnado familiar.

B) *Tutela Impuberum.* La ley de las XII T. creó la *tutela* de los hijos huérfanos impúberes, testamentaria y *ab intestato*:

– T. V, 6: *Quibus testamento – tutor datus non sit, iis ex lege XII [tabularum] agnati sunt tutores,* (Gayo, *Inst.* I, 155; Ulp., *Reg.*, 11, 3; D. 26, 4, 1; 4, 5, 7).

– D. 26, 2, 1, *Gayo libro 12 ad edictum provinciale: Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare.*

En virtud de la ley decenviral, el *paterfamilias*, en previsión de su muerte, podía designar un tutor testamentario a cualquiera⁹ que considerase idóneo¹⁰,

⁸ GAYO, *Inst.* 1, 190: *Feminas vero perfectae aetatis.*

⁹ D. 26, 2, 20, 1, *Paulo libro 38 ad edictum.*

¹⁰ GAYO, *Inst.* 1,154. *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XI, 14. *Epitome Gai*, 7, 1.

para sus hijos e hijas de familia herederos, siempre que «no estuviesen en una edad perfecta», es decir, impúberes sujetos por su patria potestad. En ausencia de elección testamentaria, el llamamiento de tutor se originaba por mandato de la Ley de las XII Tablas. Según esta norma, los parientes varones agnados más próximos¹¹ eran los tutores legítimos¹². Por último, si no hubiese, la ley llamaba a la sucesión de la tutela a los parientes más lejanos, varones púberes de los grupos y de los clanes familiares gentilicios (T. VI).

Los hijos que nacen de justas nupcias de ciudadano romano con ciudadana romana siguen la familia del padre no la de la madre¹³. Solo pueden ser pupilos los huérfanos impúberes menores, de edad imperfecta, agnados del *paterfamilias*¹⁴, pero no los huérfanos menores impúberes respecto de la *materfamilias*. Esta última no puede tener agnados¹⁵. Era principio y fin de su propia familia.

Después del óbito del *paterfamilias*, los hijos y las hijas *sui iuris*, libres y menores impúberes, no tenían poder para defenderse por sí mismos. Sin tutor estarían desamparados y desprotegidos, no solo en su nutrición y educación sino también en sus intereses y negocios patrimoniales. La madre y esposa romana no podía ejercer la patria potestad. Tampoco la tutela. Este poder, a semejanza de la patria potestad, era de naturaleza patriarcal y varonil.

En una situación semejante estaban las hijas púberes agnadas. Con la muerte del *paterfamilias* eran libres y *sui iuris*, pero tenían que entrar forzosamente bajo la tutela de un agnado púber¹⁶ (emparentado por la línea de varón¹⁷).

La estructura patriarcal de la familia romana se extendía también a los descendientes de segundo grado. En este sentido, Gayo (*Inst.* I, 146) explicaba que el abuelo *paterfamilias* podía nombrar tutor testamentario a los nietos impúberes de ambos sexos bajo patria potestad, si, con su muerte, estos últimos no entrasen, por derecho civil, bajo la patria potestad de su padre.

1.2 DEL TUTOR FAMILIAR AL TUTOR DATIVO PRETORIO EX DECRETO

E. Volterra sostuvo que la *tutela impuberum* arcaica fue un poder y un derecho del tutor sobre las personas de los pupilos¹⁸. Su origen, según creen algunos autores, estuvo ligado a la herencia. Su fin, en consecuencia, fue la protección

¹¹ GAYO, *Inst.* 1,156: *Sunt autem agnati per virilis sexus cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patrus et patris filius et nepos ex eo. At hi qui per femini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati.*

¹² GAYO, *Inst.* 1,155; *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XI, 3.

¹³ GAYO, *Inst.* I, 56; I, 156.

¹⁴ La jurisprudencia clásica admitió el nombramiento de tutores para los póstumos, Gayo, *Inst.* 1, 147.

¹⁵ GAYO, *Inst.* 1,156.

¹⁶ GAYO, *Inst.* 1, 144; 1, 157.

¹⁷ GAYO, *Inst.* 1, 156.

¹⁸ VOLTERRA E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Civitas, Madrid, ed. 1988, p. 125.

del patrimonio hereditario del hijo de familia menor impúber *sui iuris*, en favor de sus potenciales herederos¹⁹.

Sin embargo, se debe poner de relieve que, desde sus orígenes, la tutela familiar tuvo también ciertos fines de amparo y de seguridad personal del pupilo. Ante el vacío de poder de la patria potestad, sin un gobierno y una administración ciertos y efectivos del patrimonio de los miembros impúberes de la familia, y sin la asistencia tutiva constante de otro varón agnado púber (pariente por la línea de varón a la familia del *paterfamilias* fallecido), los hijos menores impúberes, de ambos sexos, aunque hubiesen sucedido de forma automática, como *heredes sui*, en el patrimonio paterno, estarían probablemente condenados, *propter aetatis infirmitatem*²⁰, a una muerte segura.

La tutela fue una potestad del ciudadano romano varón. Desde su creación, los tutores tuvieron siempre funciones onerosas (*munus*²¹): vigilancia, cuidado y protección, personal y patrimonial, tanto de la mujer (prevista también en la Ley de las XII Tablas) como de los hijos impúberes, en edad imperfecta. Incluso, si la hija menor alcanzaba la pubertad seguía bajo el control tutivo de un tutor. La *materfamilias* viuda probablemente ejercería de hecho los cuidados directos de los hijos menores (nutrición, vestido, educación), pero siempre bajo el poder jurídico y la supervisión de su tutor civil.

Las competencias del tutor se ejercían en el ámbito privado de la familia, pero tenían siempre una evidente proyección pública. La acusación contra el tutor sospechoso por comportamientos fraudulentos con su pupilo (*accusatio suspecti tutoris*) y la acción contra el tutor legítimo, por malversación de las cuentas y el patrimonio del pupilo (*actio de rationibus distrahendis*²²) se remontan a ley de las XII Tablas²³. Por evidentes razones de seguridad jurídica, ambas acciones podían ser ejercidas por cualquier ciudadano y su existencia demuestra por sí misma que la tutela civil comprendía en su propia naturaleza el deber de conservar y de administrar correctamente los intereses patrimoniales del pupilo.

El gobierno y las facultades de la tutela se desarrollaban frecuentemente en las relaciones con terceros: conservación, gestión, administración y defensa procesal del patrimonio y de los negocios de los pupilos. Es posible sostener que, de forma progresiva, la fiscalización exterior de la actuación de los tutores correspondió tanto a la ciudadanía, como al pretor. A lo largo de la República, y con mayor intensidad en sus dos últimos siglos, se fue consolidando con fuerza

¹⁹ Tesis originaria de P. Bonfante, *vid.* Volterra E. cit., p. 126. En esta línea se sitúa BERNAD MAINAR R., «La tutela y la curatela en el Derecho Romano: conexión con la regulación actual de la tutela y la curatela en la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad», en *RIDROM*, núm. 30, 2023, pp. 10 y 13: «Dada la relación manifiesta entre la familia romana y la sucesión, originariamente la tutela estuvo directamente relacionada con la herencia: el tutor actuaba en interés del pupilo pero podía hacerse su heredero, en el supuesto dado de que el pupilo muriera antes de haber comenzado la libertad».

²⁰ *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XI, 1.

²¹ MARTÍNEZ DE MORATÍN LLAMAS, M.^a L., Tutela y Curatela en derecho romano, en *RGDR*, núm. 35, 2020, p. 15.

²² D. 26, 7, 55, 1, *Trifonino libro 14 disputationum*.

²³ D. 26, 10, 1, *Ulpiano libro 35 ad edictum: Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*. GAYO, *Inst.* 1, 181.

en la sociedad romana la idea de que la tutela era un poder y una relación de confianza que se debía ejercitar en interés del pupilo, dentro y fuera de la familia. Los tutores no podían actuar en interés propio. Si creemos a Gayo, todavía vigente el viejo procedimiento civil de las *legis actiones*, si existían conflictos de intereses, «el pretor urbano daba otro tutor a la mujer o al pupilo (tutor pretorio), para que actuase por ellos en el proceso²⁴». Ningún menor, ciudadano libre, podía estar desamparado, no solo por la ley sino también por las costumbres de la sociedad²⁵. Los pupilos huérfanos impúberes siempre tenían que situarse bajo el cuidado de un tutor. Era cuestión de Estado. A pesar de la privacidad estricta de la tutela familiar, el ejercicio correcto de esta última tenía evidentes repercusiones en la Ciudad-Estado. Así, Gayo, siglo II d. C., advertía: «hay que procurar que el pupilo no quede expuesto al peligro de engaños después de la muerte del padre²⁶».

Esta perspectiva pública de la institución fue adoptada paulatinamente por la legislación comicial tardorrepública y de los inicios del Principado. Nuevas normas (*lex Atilia de tutore dando*²⁷, 210 a. d. C. aprox.²⁸ y *leges Iulia et Titia*²⁹, S. I a. d. C. aprox.) encomendaron a los pretores, los tribunos de la plebe, los gobernadores³⁰ y a los presidentes de las provincias el nombramiento de tutores para los impúberes menores *sui iuris*, que no tuviesen un tutor. La nómina de magistrados y jueces imperiales competentes se fue ampliando durante el Imperio: cónsules³¹, *pretor tutelarius*³², procónsules, procuradores, legados, prefectos³³, gobernadores³⁴ y presidentes de las provincias³⁵. El Senado también asumió la titularidad de la competencia. Según Ulpiano, esta facultad no era un acto de jurisdicción. Tampoco de imperio. Era un imperativo legal:

*Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps*³⁶.

²⁴ GAYO, *Inst.* 1, 184.

²⁵ *Tituli Ex Corpore Ulpiani*, XI, 24.

²⁶ GAYO, *Inst.* 1, 181.

²⁷ *Tituli Ex Corpore Ulpiani*, XI, 14: *Lex Atilia iubet mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quod tutores Atilianos appellamus.*

²⁸ Según LEWIS A., «Slavery, Family and Status», en *The Cambridge companion to Roman Law*, 2015, p. 161: «... the *lex Atilia*, («... of unknown date before 186 BC., when it is mentioned in Livy (*Ad urbe condita*, 39, 9) authorized the praetor to make an appointment. Originally the praetor acted in concert with the tribunes of the plebs, but under the Empire the *praetor tutelaris* acted alone following an examination (*cognitio*)».

²⁹ GAYO, *Inst.* 1, 185. *Tituli Ex Corpore Ulpiani*, XI, 14.

³⁰ GAYO, *Inst.* 1, 183.

³¹ Suetonio, *Divus Claudius*, 23, 2: *saxit ut pupillis tutores a consulibus darentur.*

³² *Historia Augusta, Marcus Aurelius*. 10, 1, 11: *Praetorem tutelarem primus fecit, cum ante tutores a consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur.*

³³ D. 26, 10, 1, 8, *Ulpiano libro 35 ad edictum.*

³⁴ GAYO, *Inst.* 1, 183.

³⁵ D. 26, 10, 1, 3, *Ulpiano libro 35 ad edictum: Damus autem ius removendi suspectos tutores Romae praetoribus, in provinciis praesidibus earum.*

³⁶ D. 26, 1, 6, 2, *Ulpiano libro 38 ad Sabinum.*

La *tutela impuberum* (testamentaria y legítima) salía del ámbito de la decisión exclusiva del *paterfamilias* y entraba en el ámbito colectivo de la sociedad civil y de la decisión de sus magistrados. El Estado consideraba que el nombramiento de tutor era una competencia pública (Cicerón, *De Oratore*, 1, 228: «... *populum Romanum tutorem instituere*³⁷»). La Ciudad-Estado asumía la defensa de los menores impúberes *sui iuris* y de las mujeres púberes e impúberes libres. Cualquier ciudadano podrá pedir tutor para aquel que no lo tuviese, tanto en Roma como en las provincias³⁸. Ahora, los tutores también pueden ser ciudadanos romanos sin vínculos agnaticios recíprocos con sus pupilos y pupilas³⁹.

Si creemos a Gayo, a diferencia de la *tutela mulierum*, la tutela de los impúberes no se consideraba onerosa porque finalizaba con la pubertad⁴⁰ (principio no vigente en la tutela de las mujeres, porque estas estaban siempre bajo tutela). Sin embargo, la institución se había ido aquilatando a lo largo de la República y de la etapa clásica como una carga jurídica para el tutor (D. 50, 4, 1, 4, *Hermogeniano libro primo epitomarum: Aequae personale munus est tutela*). Este debía actuar siempre pensando en el interés de la mujer y del pupilo.

En este contexto histórico afloraron también las discusiones entre los juristas republicanos sobre la definición y la naturaleza de la institución. Según Gayo, «Quinto Mucio defendía que existían cinco géneros de tutela. Otros tres, como Servio Sulpicio. Labeo, dos⁴¹». La idea, según Gayo, era que «había tantos géneros como especies⁴²». La labor científica de la jurisprudencia anclaba los fundamentos civiles de la institución, a la par que contribuía a su desarrollo. Así, según Paulo, Servio Sulpicio definió la *tutela impuberum* como «un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo⁴³». Más tarde, Pomponio, *libro singularis enchiridii*, definió el concepto de pupilo: «el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación⁴⁴».

Para lograr sus fines, el tutor sustituía y gestionaba en nombre propio (*negotiorum gestio*) los negocios de los hijos de familia impúberes *sui iuris*, en edad imperfecta (en el Principado, según la Escuela Proculeyana, varones menores de siete años, cinco años las hembras). Su incapacidad de obrar era absoluta⁴⁵. Los impúberes mayores de estas edades (hasta la adquisición de la capacidad de engendrar, según la Escuela Sabiniana, o catorce años para los varones y

³⁷ CICERÓN, *De Oratore*, 1, 228: *et duos filios suos parvos tutelae populi commendass et ac se*». Tito Livio, *Ab urbe condita*, 24, 22, 15: «*publicae tutelae esse*».

³⁸ GAYO, *Inst.* 1, 185.

³⁹ GAYO, *Inst.* 1, 173; 1, 78; 1, 180; 1, 184; 1, 185.

⁴⁰ GAYO, *Inst.* 1, 168.

⁴¹ GAYO, *Inst.* 1, 188.

⁴² GAYO, *Inst.* 1, 188.

⁴³ D. 26, 1, 1, *Paulo 38 ad edictum*.

⁴⁴ D. 50, 16, 139.

⁴⁵ GAYO, *Inst.* 3, 109: *Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetati pupilli nullum intellectum habent*.

doce para las hembras, según la Escuela Proculeyana⁴⁶), y las mujeres púberes, con capacidad de obrar limitada, eran asistidos por la potestad civil y la fuerza viril del tutor, mediante su *auctoritas interpositio*⁴⁷ («consejo y autorización jurídicos vinculantes»). Con esta facultad, convenía cualquier negocio o contrato de riesgo, realizaba actos de disposición patrimonial, asumía obligaciones y defendía, en cualquier proceso civil legítimo⁴⁸, los intereses patrimoniales del pupilo. A diferencia de la mujer pupila, púber o impúber, los hijos varones impúberes pupilos se liberaban del control y el sometiendo a la tutela cuando llegaban a la pubertad⁴⁹.

El pretor urbano, por su parte, fiscalizaba las actuaciones personales, los negocios convenidos, las obligaciones asumidas y los estados contables y patrimoniales (rendición de cuentas⁵⁰) de los tutores de las familias y de los tutores dativos extraños. Cicerón nos informa que la vulneración de la buena fe del tutor con su pupilo constituía un acto malvado y pecaminoso, que atentaba contra el sentido de la vida: *aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit*⁵¹. Para amparar y restablecer los intereses del pupilo, en los tiempos tardíos de la República, el magistrado creó, en el marco de los *iudicia bonae fidei*⁵², una nueva acción de tutela (*actio tutelae*⁵³).

Posteriormente, en la etapa imperial, se fue completando el marco jurídico y el contenido de la institución. Según Justiniano, «... como la *Lex Iulia et Titia* no establecía nada», los cónsules, en virtud de información, y los pretores, en virtud de las constituciones imperiales, empezaron, previo examen e indagación⁵⁴, a nombrar tutores idóneos para los hijos impúberes menores, o para si alguien se hallaba absolutamente sin ningún tutor (tutor dativo). También exigieron cauciones, fianzas⁵⁵ e inventarios de los bienes pupilares⁵⁶ a los tutores, para salvaguardar los intereses patrimoniales de los pupilos y compelerlos a la administración correcta y efectiva de la tutela⁵⁷. En este sentido, los emperadores condenaban frecuentemente los fraudes patrimoniales de los tutores a los pupilos huérfanos impúberes: *dolo tutoris curatorisve detecto in duplum condemnatione conveniuntur, quia minorem fraudare voluerunt*⁵⁸.

⁴⁶ GAYO, *Inst.* 196; Just. *Inst.* I, 22.

⁴⁷ GAYO, *Inst.* 3, 107.

⁴⁸ *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XI, 25; XI, 27.

⁴⁹ GAYO, *Inst.*, 1, 196.

⁵⁰ GAYO, *Inst.*, 1, 191.

⁵¹ CICERÓN, *Pro Quintus Roscius*, VI, 16.

⁵² CICERÓN, *De Officiis*, III, 15; III, 17; *Topica*, 17, 66.

⁵³ GAYO, *Inst.* 4, 62.

⁵⁴ LEWIS A., «Slavery, Family...», cit. p. 161.

⁵⁵ D. 26, 4, 5, 1, Ulpiano *libro 35 ad edictum: ut aut modus tutelae aut persona aut causa admittat satisfactionem*. GAYO, *Inst.* 1, 199-200.

⁵⁶ D. 26, 7, 7, 1, Ulpiano *libro 35 ad edictum: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur*.

⁵⁷ VARELA MATEOS E., Consideraciones sobre la tutela testamentaria, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, vol. II, BOE. 2021, pp. 595 – 610.

⁵⁸ *Sententiae Receptae Paulo*, 2, 30, *Ad Orationem Severi*.

1.3 TUTELA: PERSPECTIVA DEL *IUS GENTIUM*

La *tutela impuberum* fue instituida por los *veteres* romanos como parte integrante de su derecho civil (Tito Livio, *Ab urbe condita*, 34, 2, 11). Sin embargo, es posible afirmar que la institución ya estaba en vigor en la órbita del derecho de gentes. Era conocida y estaba regulada por los derechos de otras ciudades-Estados.

En Grecia clásica, la mujer se consideraba inferior al hombre. Voces filosóficas autorizadas así lo creían. Platón sostenía la inferioridad educativa y la debilidad de la fuerza de la mujer en relación con el varón⁵⁹. Aristóteles afirmaba que la mujer tenía que estar bajo el poder del marido, o la tutela de un varón⁶⁰. La institución se identificaba con κύριος, «señor y guardián⁶¹», con poder y autoridad⁶². Si el padre, jefe del pequeño clan familiar patriarcal (*oikos*), fallecía, los hijos menores herederos⁶³ y las mujeres (esposas e hijas) entraban bajo la tutela⁶⁴ testamentaria de un heredero, κύριος - *epitropos*. Si era intestado, en el κύριος de un familiar, generalmente un hermano o un pariente varón del marido fallecido (*Dem. c. Macart. p. 1054.15*⁶⁵).

El κύριος era un centinela poderoso (*Demosthenes, Against Marcartatus*, 43, 15; 46, 19). Vigilaba el patrimonio, hacía los negocios y asistía a los tribunales, en interés de la viuda y de los pupilos. Si creemos a Fuentes Santibáñez, «el *Kyrios* tenía autoridad sobre ellos y también responsabilidades sobre su mantenimiento⁶⁶». Algunos autores, sin embargo, distinguen entre κύριος y ἐπίτροπος. Ambos términos se identificarían con tutela. Además, sostienen que, según las fuentes helenísticas, κύριος sería el tutor de la mujer para cualquier contrato o negocio y ἐπίτροπος el tutor de los hijos menores huérfanos, hasta su mayoría de edad⁶⁷.

Desde la óptica del Derecho Ático, la tutela era identificada también con la institución κάκωσις. Esta era ejercida por sus guardianes o por cualquier otra persona sobre los hijos huérfanos y sobre las viudas:

κάκωσις τῶν ὀρφανῶν καὶ χηρεουσῶν γυναικῶν⁶⁸.

⁵⁹ PLATÓN, *Las Leyes*, Madrid, 2002, libro VI, p. 132.

⁶⁰ ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, 2007, libro I, cp. V, pp. 57-61.

⁶¹ VOZ: κύριος, en *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (1890, Smith W. LLD, Wayte W. Marindin G. E., Ed.).

⁶² *Aeschylus, Agamenon*, 878.

⁶³ ROUSELL, P., Isée. Discours, (París, 1922); PAOLI, U. E. Liceo Per l'eredità di Pirro, (Florenza, 1935).

⁶⁴ *Isaeus, Philoctemon*, 6, 32.

⁶⁵ VOZ: κύριος, en *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (1890, Smith W. LLD, Wayte W. Marindin G. E., Ed.).

⁶⁶ FUENTES SANTIBÁÑEZ P., «Algunas consideraciones en torno a la condición de la mujer en Grecia Antigua», en *Intus-Legere Historia*, 2012, vol. VI, núm. 1, pp. 7-18.

⁶⁷ VOZ: κύριος, en *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (1890, Smith W. LLD, Wayte W. Marindin G. E., Ed.): «The laws relating to the wardship of orphan children are treated of under *EPITROPOS*». Baena del Alcázar L., «Recensión a Inés Calero Secall, La capacidad jurídica de las mujeres griegas en la época helenística. La epigrafía como fuente (2004)», en *Fortunatae: Revista canaria de Filología, Cultura y Humanidades Clásicas*, pp. 179-181.

⁶⁸ VOZ: *KAKO'SIS*, en *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (1890, Smith W. LLD, Wayte W. Marindin G. E., Ed.).

La «perspectiva jurídica internacional» de la *tutela impuberum* estaba presente en la praxis familiar romana de los inicios del Principado. Si creemos a Suetonio, Augusto, por evidentes razones de clientela política, tuvo bajo tutela a los hijos menores de algunos reyes aliados:

«En cuanto a los reinos que el derecho de la guerra puso en su poder, los devolvió casi todos a los mismos a quienes se los había quitado, o se los regaló a extranjeros. Unió entre ellos, por lazos de sangre a los reyes aliados de Roma, mostrándose ardiente negociador y protector asiduo de todas las uniones de familia o de amistad entre estos reyes, que consideraba y trataba como miembros y partes integrantes del Imperio, dando él mismo tutores a sus hijos menores o dementes hasta su curación, y también hizo educar e instruir con sus propios hijos a muchos de los de estos reyes⁶⁹».

El César nombraba tutores y curadores para ciudadanos extranjeros. En otras ocasiones, asumía la tutela de los hijos menores de monarcas aliados. Ambos supuestos de tutela dativa rompían las reglas civiles de la institución. Los nombramientos *ex decreto* de tutores y de pupilos extranjeros se hacían en el contexto de las relaciones políticas y jurídicas internacionales.

Entre los años 50 d. C. y 60 d. C., S. Pablo envió una Carta a los cristianos de la nación de *Galacia*, para poner en valor el Evangelio de Jesucristo. En la Epístola afirmaba que «los hijos menores están sometidos a la tutela (*ἐπίτροπος*) de quienes los cuidan o se encargan de sus asuntos». Si tuviesen padre, la tutela del tercero «finalizaba en la fecha fijada por aquél», (Gal. IV, 2).

I.3.1 *Tutela impuberum*: Institución del derecho de gentes

En la primera mitad del siglo II d. C., Gayo confirmaba sin ambages la óptica y la naturaleza jurídica internacional de la institución. La tutela de los hijos menores impúberes era una institución anclada en la razón jurídica natural y en el derecho de gentes de todas las ciudades-Estados:

– *Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur*⁷⁰.

– *... aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit, sicuti apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus*⁷¹.

I.3.2 *Mujer romana: De pupila a tutora minorum ex decreto*

La mujer romana, impúber o púber, *alieni iuris* o *sui iuris*, soltera o casada, siempre estuvo bajo la tutela de un tercero⁷²: «pues los antiguos quisieron que

⁶⁹ Suetonio, *Augusto*, 48.

⁷⁰ GAYO, *Inst.* 1, 189.

⁷¹ GAYO, *Inst.* 1, 197.

⁷² Sabemos por Gayo que «a la casada que está bajo *manus*, así como a una hija, a la que está bajo la *manus* del hijo, así como a la nieta, se les puede dar tutor Gayo, *Inst.* 1, 148.

las mujeres estuvieran bajo tutela a causa de la ligereza de su espíritu⁷³». Ideas de debilidad, de carencia de fuerza física y de ignorancia e incapacidad intelectual para los negocios y las causas judiciales permanecen todavía en *Tituli Ex corpore Ulpiani*, XI, 1 (obra posclásica atribuida a Ulpiano): ... *propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam*.

Con todo, este marco de la tutela sufrió deterioros y cambios por una progresiva emancipación jurídica privada de la mujer romana. La práctica del matrimonio *cum manu* decayó exponencialmente en el último siglo de la República. La mujer se liberaba del régimen económico matrimonial patriarcal de absorción de sus bienes, de los poderes de control y de la administración patrimonial de su esposo⁷⁴. La dependencia de la mujer libre de su tutor familiar agnado o dativo tenía sus días contados. Las mujeres podían pedir el cambio de tutor, que no era de su agrado (*tutoris optivi*⁷⁵). Los pretores anulaban con frecuencia actuaciones de los tutores, o concedían derechos a la mujer aún sin la interposición de la *auctoritas* por aquéllos⁷⁶. Augusto, según Dion Casio (*Historiae Romanae*, XIXL, 38), liberó de la tutela a su hija Octavia y también a su esposa Livia por un decreto especial. El Príncipe favoreció a las mujeres libres (con tres hijos y libertas con cuatro⁷⁷) con la concesión de la libertad tutelar (*ius liberorum*⁷⁸). Más tarde, Claudio abolió definitivamente la tutela de los agnados sobre la mujer⁷⁹. En tiempos de Gayo, la tutela *mulierum* era prácticamente un residuo testimonial⁸⁰.

En el siglo II d. C., Roma parece asumir en la práctica la abolición de la *tutela mulierum*, de forma acorde con el derecho internacional. Según Gayo «entre los extranjeros no hay similitud con lo que ocurre entre nosotros, pues las mujeres no están bajo tutela, aunque en muchos casos vienen a estar como bajo tutela, y así, por ejemplo, una ley de los Bitinios determina que si una mujer contrata debe contar con la autorización del marido o con la de un hijo suyo púber⁸¹».

En este nuevo contexto de emancipación patriarcal, y también por razones de equidad, es comprensible que las mujeres ciudadanas viudas de Roma y de las provincias luchasen en las cancillerías imperiales y en los tribunales de los prefectos por ser designadas tutoras de sus hijos huérfanos impúberes. Si creemos al jurista Julio Neracio Prisco (finales del siglo I d. C. comienzos del siglo II d. C.):

*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent*⁸².

⁷³ GAYO, *Inst.* 1, 144.

⁷⁴ Sobre el matrimonio *cum manu* y *sine manu*, VOLTERRA E., voz: «Matrimonio (Dir. rom)», en *ED.*, vol. XXV, (1975), pp. 755-768.

⁷⁵ GAYO, *Inst.* 1, 150; 1, 154.

⁷⁶ GAYO, *Inst.* 1, 190.

⁷⁷ GAYO, *Inst.* 3, 44.

⁷⁸ GAYO, *Inst.* 1, 145, (*Lex Julia* y *Lex Papia Poppaea nuptialis*, 9. d. C.).

⁷⁹ GAYO, *Inst.* 1, 157; 1, 171. *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XI, 8.

⁸⁰ GAYO, *Inst.* 1, 190.

⁸¹ GAYO, *Inst.* 1, 193.

⁸² D. 26, 2, 18, *Neracio libro 2 Regularum*.

El jurista corroboraba una norma archiconocida y aceptada. La tutela es una carga viril. Sin embargo, toda regla general tiene sus válidas excepciones. La tutela puede ser pedida y, de forma especial, concedida por el Príncipe. El César puede corregir, por razones de equidad natural, el derecho civil y conceder de forma individual la tutela civil de sus hijos impúberes a una mujer romana viuda.

En el contexto del derecho de gentes, las familias de otros pueblos y naciones aliados de Roma se regían en parte por su derecho civil y en parte por el *ius Gentium*⁸³. Los pueblos y ciudades del Oriente Mediterráneo conocían la tutela de los hijos impúberes. Las mujeres extranjeras (muchas de ellas casadas con romanos) cuando enviudaban solían pedir, por razón natural la tutela de sus hijos menores a los magistrados de las provincias. Y con mayor razón, si habían adquirido la ciudadanía romana por matrimonio con ciudadano romano (práctica frecuente de los legionarios con las mujeres de las provincias, después de 25 años de servicio militar profesional⁸⁴).

Los magistrados y los prefectos romanos de las provincias orientales, semitas y griegas conocían las causas y litigios de tutela y fiscalizaban las relaciones del tutor varón con su pupilo⁸⁵. Sin embargo, también era frecuente que las mujeres libres de aquellos territorios ejerciesen la tutela y administrasen los bienes de sus hijos impúberos huérfanos. En las provincias helenísticas del Imperio, Grecia y Egipto, las madres viudas podían ser titulares del poder tutelar *ἐπίτροπος*⁸⁶. Según la documentación papirológica del Archivo de Babatha, las mujeres nabateas (Arabia) hacían las funciones de tutoras de sus hijos menores (*ἐπίτροπος*, 125 d. C⁸⁷). En el 142 d. C. una mujer *prostatís* asumió la responsabilidad tutelar (*metà prostatidos*) y la administración del *Kleros* (terrenos) de su hijo huérfano *Herakleides*⁸⁸. En el 174 d. C. y en el 194 d. C. dos mujeres egipcias viudas eran *phrontistriaí*⁸⁹. Entre el siglo I d. C. y finales del siglo II d. C., las mujeres griegas, las mujeres egipcias⁹⁰ y las mujeres romano-egipcias convenían en sus contratos matrimoniales que, en el caso de fallecimiento, serían tutoras testamentarias de sus hijos menores. Esta potestad podría ser compartida con el tutor designado por el padre (cotutora), y sólo, si no

⁸³ GAYO, *Inst.* 1, 1.

⁸⁴ GREENE E., «*Conubium cum uxoribus*: wives and children in the Roman military diplomas», en *Journal of Roman Archeology*, vol. 28, 2015, pp. 125-160.

⁸⁵ OUSHOORN J. G., *The relation between Roman and local law in the Babatha and Salome archives*, 2007, p. 22.

⁸⁶ Mujer *ἐπίτροπος* en el Gobierno de Domiciano y Maximiano, inscripciones de ciudades del suroeste de Asia Menor, Licia y Panfilia, *SEG. VI*, 672 (S. I d. C.); *BGU VIII*, 1813; *SB VI*, 9065; *SB V*, 7568; *P. Oxy VI*, 898 (123 d. C.).

⁸⁷ ESLER P., «Female Agency by the Dead Sea: Evidence from the Babatha and Salome Komäise Archives», en *Dead Sea Discoveries*, núm. 26, 2019, p. 390.

⁸⁸ P. Med. Bar. 1 en MONTEVECHI O., «Una donna *prostatís* del figlio minore» en *Aegyptus*, gennaio-dicembre, Anno 61, No. ½ (gennaio-dicembre 1981), pp. 107: «*Prostatís* è usato qui ad indicare una funzione di responsabilità della donna nei riguardi del figlio, un potere su di lui, che si avvicina alla tutela pur senza averne il carattere giuridico».

⁸⁹ P. Brux, 4; *SBX*, 1057.

⁹⁰ *SBX*, 1057.

hubiese designación testamentaria, sería ejercida en exclusividad por la esposa viuda *epakolouthetria*⁹¹.

I.3.3 Mujer romana, tutora civil: Concesiones discrecionales individualizadas de los poderes públicos (S. II d. C. - S. IV d. C)

Bajo el gobierno del emperador Antonino Pío, (86 d. C.- 161 d. C. aprox.), de fechas contemporáneas o muy aproximadas con la vida de las mujeres tutoras de las provincias orientales, reflejada en los papiros orientales mencionados, el jurista Gayo, en el libro 12 de sus comentarios al Edicto provincial, sostenía: *tutela plerumque virile officium est*⁹². El jurista afirmaba, de acuerdo con el concepto civil clásico, que la tutela civil era un oficio viril. Pero este principio tenía excepciones. No siempre. La tutela de los hijos impúberes era un derecho que estaba en vigor entre gentes peregrinas de muchas ciudades del Imperio (Gayo, *Inst.* 1, 189; 1, 197). Los comentarios al edicto provincial⁹³ de este jurista nos hacen pensar también que, en ocasiones, los gobernadores y sus prefectos concedían el cargo de tutriz a las mujeres romanas viudas de las provincias. Esta afirmación estaba en sintonía con la afirmación de Neracio Prisco (D. 26, 2, 18, *Neracio libro 2 Regularum*) y corroboraba lo que venía siendo ya una práctica ocasional, desde el siglo anterior, en los tribunales de la dinastía Flavia y de la dinastía Antonina. Aunque T. Masiello⁹⁴ sostiene que el texto de Neracio es sospechoso y está interpolado en su segunda parte, ... *nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent*, creemos que el texto posterior de Gayo ratifica su genuinidad clásica.

En las provincias, los gobernadores de las provincias aplicaban ocasionalmente el derecho local en ciudades no romanas⁹⁵. De acuerdo con el *ius gentium*, las mujeres romanas y extranjeras eran tutoras de derecho. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho civil romano eran tutrices de hecho. Esta dicotomía era corregida por los magistrados, en circunstancias especiales. Papiniano (142 d. C. - 212 d. C., de origen probablemente sirio, miembro del *Consilium* imperial de Septimio Severo hasta su muerte), conocedor de las costumbres y del derecho oriental helenístico, advirtió que las concesiones de la tutela a la mujer viuda eran contrarias a las leyes civiles romanas. Este tipo de actuaciones y decisiones procesales de los prefectos constituían actos de imprudencia grave e incapacidad. Con todo, los permisos otorgados debían ser respetados:

Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem

⁹¹ P. Oxy, II, 265; II, 496; II, 497; BGU, VII, 162. MONTEVECHI O., «Una donna prosta-tis...», cit. p. 108.

⁹² D. 26, 1 16, Gayo libro 12 ad edictum provinciale.

⁹³ GAYO, *Inst.* 1, 6.

⁹⁴ MASIELLO T., *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e Severi*, 1979, p. 38.

⁹⁵ RICHARDSON J., «Roman Law in Provinces», en *The Cambridge companion to Roman Law*, 2015, pp. 55-57.

*sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*⁹⁶.

Probablemente, estas concesiones privilegiadas no eran muy numerosos. Sin embargo, estaban abriendo una tímida vía de equidad para que la mujer romana accediese con carácter general al derecho de tutela civil sobre sus hijos huérfanos impúberes menores. Así, y a pesar de las objeciones formuladas por Papiniano, un nuevo paso en favor de la mujer tutriz fue dado por los juristas de Septimio Severo (145 d. C. - 211 d. C.). El Emperador ordenó que la madre viuda solicitase el nombramiento de tutores para sus hijos impúberes menores, so pena de perder por indignidad su derecho en la sucesión intestada de aquéllos (de acuerdo, con el *S. C. Tertullianum*):

– *Mater enim arcetur a filii legitima hereditate, utpote indigna quae ex lege heres fiat, si neglegat tutorem ei constitui*⁹⁷.

– *... quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum*⁹⁸.

El jurista Ulpiano (170 d. C. - 228 d. C., Tiro – Líbano), miembro del *consilium* de Antonino Caracalla (211 d. C. - 217 d. C.) confirmaba que la viuda podía pedir por libelo tutores idóneos para sus hijos impúberos huérfanos. Los magistrados romanos concedían discrecionalmente la tutela a la viuda, siempre que su marido hubiese ordenado en el testamento que ningún tercero fuese su tutor y que la administración y la gestión del patrimonio de aquéllos fuese encomendado a la madre como tutriz:

*Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? Incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat*⁹⁹.

Los esposos pactaban frecuentemente en los convenios matrimoniales la designación de tutoras testamentarias y cotutoras con terceros a sus mujeres, para sus hijos impúberes huérfanos. Esta costumbre era conocida por la jurisprudencia y los tribunales romanos. Estas cláusulas nupciales y la tutela dativa de la madre viuda tutriz eran acordes con los principios del *ius Gentium*. Ambas instituciones estaban extendidas en la praxis de los ciudadanos de las provincias orientales del Imperio (*epakolouthetria*, S. I d. C. S. II d. C.: P. Oxy, II, 265; II, 496; II, 497; BGU, VII, 162). Ahora, según la opinión autorizada de Ulpiano (también, de origen oriental), la mujer podía evitar la indignidad sucesoria, conservar sus derechos sucesorios *ab intestato* sobre el patrimonio de sus hijos y, previa petición por libelo al tribunal del prefecto, acceder al poder civil de tutora y administrar sus bienes.

⁹⁶ D. 26, 2, 26, *Papiniano libro cuarto responsorum*.

⁹⁷ D. 26, 6, 2, 1, *Modestino libro I excusationum*.

⁹⁸ D. 26, 2, 2, *Modestino libro I excusationum*.

⁹⁹ D. 38, 17, 2, 25, *Ulpiano libro 13 ad Sabinum*.

Con todo, la *tutela impuberum* no era un derecho civil adquirido por las mujeres viudas romanas y provinciales. Estas solicitaban de forma individual su concesión. Las cancellerías y los tribunales estudiaban pormenorizadamente caso por caso. La decisión, si creemos a Ulpiano, parecía depender de la existencia de un presupuesto a priori, voluntad afirmativa de su marido fallecido (nombramiento testamentario, con exclusión de terceros), y de otro a posteriori, decisión final afirmativa *ex decreto* de los magistrados o de los prefectos romanos.

A pesar de los obstáculos jurídicos inicuos, las peticiones del cargo de tutriz debieron constituir una práctica bastante extendida en los territorios orientales. Así, en este tiempo, una tal Otacilia, probablemente una mujer romana de provincias pidió esta potestad al emperador Alejandro Severo. Este último, asesorado por los juristas de su *Consilium Principis*, siguió las leyes romanas y dictaminó mediante rescripto:

- *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femininae infirmitatis tale officium est*¹⁰⁰, (octubre, 224 d. C.).
- *Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes, sed et observare, ne quid secus, quam oportet, in re filii pupilli agatur*, (octubre, 224 d. C.).

Las concesiones de la *tutela impuberum* civil en favor de la mujer viuda eran muy limitadas. Modestino, considerado el último de los juristas clásicos del siglo III d. C., en su *libro I excusationum*, afirmaba que no era conveniente que «los magistrados nombrasen curadoras a las mujeres de sus hijos menores¹⁰¹». La afirmación evidentemente comprendía la *tutela impuberum*, pero no excluía expresamente la posibilidad y la concesión individualizado del derecho. Era una directriz para los magistrados del Pueblo Romano y sus tribunales imperiales. Ambos estaban obligados a emplear todos los medios procesales para amparar y proteger a los pupilos, *quum ad curam publicam pertineat*¹⁰². Y, en ocasiones excepcionales, el auxilio correcto era el nombramiento (por equidad, *ratio naturalis*, idoneidad, capacidad y seguridad) de su madre como tutriz.

Según los papiros egipcios, la designación de tutoras testamentarias siguió pactándose en los convenios matrimoniales durante todo el siglo III d. C.¹⁰³. Es muy probable que, incluso vigente ya la constitución de Antonino Caracalla del 212 d. C. (P. Gissen 40, I), esta dinámica jurídica del derecho de gentes continuara vigente en las provincias orientales. En el siglo IV d. C., las cancellerías y los tribunales siguieron concediendo y denegando las peticiones de tutela civil de los hijos menores impúberes a las mujeres viudas libres del Imperio. En este contexto, Diocleciano y Maximiano desestimaron una petición del cargo

¹⁰⁰ C. 5, 35, 1.

¹⁰¹ D. 26, 5, 21.

¹⁰² D. 26, 6, 2, 2, *Modestino libro I excusationum*.

¹⁰³ P. Oxy. VI, 907 = FIRA III, 51; 276 d. C.

de tutriz a Dionisia (294 d. C.- 305 d. C.). La motivación de su rescripto seguía la concepción tradicional patriarcal del oficio tutelar:

*Alienam suscipere defensionem virile est officium, et ultra sexum muliebrem esse constat. Filio itaque tuo, si pupillus est, tutorem pete*¹⁰⁴.

En estos siglos alto-imperiales la imposibilidad de acceder por derecho a la tutela *impuberum* propiciaba que las mujeres conviniesen con sus maridos la gestión y administración del patrimonio de sus hijos menores mediante fideicomisos, para después de su muerte:

*Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittunt, recte sequetur*¹⁰⁵.

En otras ocasiones, las matronas pactaban con los tutores civiles dativos de sus hijos huérfanos impúberes la administración conjunta de sus bienes. En el periodo de gobierno de Alejandro Severo, si las viudas gestionaban los bienes de los hijos menores bajo la supervisión, pero sin la intervención, del tutor perdían el derecho de invocar la protección del S. C. Veleyano¹⁰⁶.

Estas prácticas no daban acceso a la madre viuda al cargo. Los juristas de la cancillería de Diocleciano y Maximiano, mediante un rescripto imperial, advertían a Juliano: «Aunque tu madre hubiese gestionado y administrado tu patrimonio y los negocios¹⁰⁷, y hubiese prometido al tutor legal responder por los daños causados, corresponde al pupilo ejercer la acción de tutela frente a su tutor¹⁰⁸». En otra ocasión, ambos Césares comunicaban a Octaviana (y, con su rescripto, a todas a las madres viudas del Imperio) que administrar el patrimonio de los hijos no le confería el derecho de tutriz: *Tutori similis non habetur qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit*¹⁰⁹.

Estos acuerdos demostrarían que para los juristas imperiales la madre viuda era una mera gestora de los bienes ajenos. El tercero, el único tutor del derecho civil¹¹⁰.

¹⁰⁴ C. 2, 13, 18.

¹⁰⁵ D. 26, 2, 26, *Papiniano libro cuarto responsorum*.

¹⁰⁶ C. 4, 29, 6: *Imperator Alexander Severus: Si mater, cum filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit et fideiussorem praestiterit vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti auxilio neque ipsa neque fideiussor ab ea praestitus neque res eius pigneratae adiuvantur*, (228 d. C.).

¹⁰⁷ Ver. C. 4, 32, 24, Diocleciano y Maximiano a *Glaucia* (293 d. C. - 305 d. C.).

¹⁰⁸ C. 5, 51, 9: *Imperatores Diocletianus, Maximianus: Tutorem quondam, ut tam rationem quam si quid reliquorum nomine debet reddat, apud praetorem convenire potes. Quamvis enim matrem tuam susceptis bonis vestris indemnitate pro hac administratione tutori se praestituram promississe proponatur, tamen adversus tutorem tibi tutelae, non adversus matris successores ex stipulatu competit actio, DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. IULIANO (A 293 S. PRID. K. IAN. AA. CONSS.)*.

¹⁰⁹ C. 2, 19 20, 294 d. C. - 305 d. C.

¹¹⁰ *Vid.* MATAIX FERRÁNDIZ E., «Las mujeres y la tutela *impuberum* durante el reinado de Diocleciano», en *Glossae*, 14 (2017), pp. 557-566.

II. EL BAJO IMPERIO: HACIA LA CONQUISTA DEL DERECHO DE TUTELA CIVIL DEL HIJO MENOR POR LA MUJER ROMANA VIUDA

Diocleciano y Maximiano llevaron a cabo la persecución más sangrienta y organizada frente a la naciente jerarquía eclesiástica y las comunidades organizadas de cristianos. Posteriormente, con la conquista del poder por Constantino (272 d. C. - 337 d. C.), el cristianismo pasó de ser una religión perseguida a protegida (Edicto de Milán 313 d. C.), e incluso promovida. Este giro radical constantiniano se intensificó a lo largo del Bajo Imperio. En el año 380 d. C. Teodosio I declaró el cristianismo única religión oficial del Imperio romano (Edicto de Tesalónica: *Cunctos populos*¹¹¹).

En este periodo de tiempo, los obispos habían ido adquiriendo cada vez una mayor relevancia pública. Constantino les había conferido en el Concilio de Nicea (325 d. C.) la categoría y las prerrogativas de los magistrados romanos. Desde la óptica del derecho, habían sido facultados para intervenir en cuestiones y asuntos de familia (CTh. 16, 1, 2, *episcopalis audientia*). Sus primeras decisiones eran arbitrales (*compromissum*). La actividad jurisdiccional de los obispos pudo conocer también de asuntos de tutela. De forma progresiva, su labor de mediación fue fortaleciéndose, pues continuó durante todo el siglo IV d. En los comienzos de esta centuria, su audiencia fue confirmada por Arcadio, Honorio y Teodosio (408 d. C.¹¹²).

Los compromisos arbitrales y la *Lex Christiana* de los obispos de los nuevos Patriarcados (Jerusalén, Alejandría, Antioquía, Constantinopla y Roma) impregnaban paulatinamente de nuevos principios jurídicos y filosóficos cristianos la actividad y las competencias de los juristas de las Cancillerías (ahora, al menos en el plano teórico, cristianos), así como la legislación imperial¹¹³.

Desde la óptica de la familia, desde sus orígenes, la Iglesia había asumido la defensa de las madres viudas y de sus hijos impúberes menores. Por razones de caridad, piedad, humanidad, y de acuerdo con la ley cristiana¹¹⁴, debían estar protegidos¹¹⁵. Era un mandato de Dios, de la equidad y de la razón natural.

Esta nueva perspectiva de valores cristianos y la óptica del derecho de gentes, vigente desde hacía siglos en las provincias helenísticas del Imperio¹¹⁶, de la *tutela impuberum* fueron adoptadas por el derecho oficial de las cancillerías imperiales de finales del siglo IV d. C. Así, Valentiniano, Teodosio y Arcadio,

¹¹¹ CTh. 16, 1, 2. LABARGA F., *Historia de la Iglesia Antigua y Medieval*, 2021, pp. 66-70.

¹¹² CTh. 1, 27, 22. SIRKS A. J. B., «The *episcopalis audientia* in Late Antiquity», en *Revue internationale interdisciplinaire*, 65, 2013-1, pp. 79-88.

¹¹³ BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, vol. II, 1952, p. 176 ss. BELDA INIESTA J., «El Ministerio judicial del Obispo hasta el surgimiento de la *Lex Christiana*», en *Anuario de Derecho canónico*, 4, 2015, pp. 387-401.

¹¹⁴ CTh. 1, 27, 1, 318 d. C. aprox.

¹¹⁵ Hchs. 4, 34 -35. Tertuliano, *Apologeticum*, cap. 39.

¹¹⁶ Vid. KASER M., *Derecho Privado Romano*, 2022, BOE, p. 626.

con un rescripto dado en Milán, dirigido a Taciano crearon el derecho civil de *tutela minorum* civil en favor de la madre romana, libre y viuda:

*Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis sacramento praestito ad alias se nuptias non venire*¹¹⁷, (390 d. C.).

La concesión de la tutela de los impúberes a favor de la madre deja de ser una facultad potestativa discrecional del poder público y se transforma en un derecho civil de la mujer. Esta adquiere la facultad jurídica de pedir y ser nombrada tutriz. Con la titularidad de la potestad tutelar, ... *confirmatio officii talis in eas iure veniat*, administra su patrimonio, conviene contratos, asume obligaciones y defiende sus negocios frente a terceros en los tribunales.

Con todo, los emperadores establecieron cuatro condiciones objetivas legales de idoneidad que debía cumplir la madre antes de ser nombrada tutriz:

A) El *paterfamilias* no puede haber nombrado tutor testamentario, ni existir tutor legítimo para los hijos menores (*quum tutor testamentarius vel legitimus defuerit*, C. 5, 35, 2, 3).

B) La mujer tenía que ser mayor de edad (*ut mulier si aetate maior est*, C. 35, 2, 3). Desde Constantino, al menos, 18 años (C. 2, 44, 2, 1).

C) La madre tenía que ser viuda (*matres quae amissis viris*, C. 5, 35, 2).

D) No podía contraer segundo matrimonio (*nam si malunt alia optare matrimonio, tutelas filiorum administrare non debent*¹¹⁸).

La ley sancionaba algunos viejos requisitos de la Ley de las XII T. Por ejemplo, otorgaba preferencia a la voluntad del *paterfamilias* difunto. Si éste había designado tutores idóneos testamentarios (tutores dativos), esta opción debía prevalecer. En ausencia de tutor testamentario, la ley exigía el nombramiento de tutor legítimo *ab intestato*. Preferentemente, un pariente varón púber consanguíneo de la familia (el grado más cercano excluía el más lejano). En ambos casos, el prefecto de la ciudad, asistido del pretor, y los jueces de las provincias podían rechazar el tutor testamentario y el tutor legítimo si se habían excusado por privilegio, si habían sido condenados como tutores sospechosos, o si no eran idóneos por enfermedad mental o bien corporal¹¹⁹. Estas valoraciones objetivas y subjetivas de capacidad, competencia y aptitud también las debía hacer el tribunal para la mujer aspirante a tutriz.

La constitución imperial estableció, además, dos condiciones (C y D), que estaban impregnadas de valores cristianos. La defensa y el amparo de la madre viuda eran uno de los estandartes de la misión de la Iglesia. La defensa de los hijos impúberes menores, el otro. El legislador romano entendía que las

¹¹⁷ C. 5, 35, 2.

¹¹⁸ C. 35, 2, 2, 1.

¹¹⁹ C. 35, 2, 3: *His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tunc demum petendae tutelae ius habeat, cum tutor testamentarius vel legitimus defuerit vel privilegio a tutela excusetur vel suspecti genere submoveatur vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneus inveniatur.*

segundas nupcias podían perjudicar los intereses patrimoniales, incluso el cuidado y el bienestar de los hijos menores impúberos nacidos del primer matrimonio. Para asegurar el cumplimiento de esta condición, y antes de ser nombrada tutriz, la constitución exigía a la madre la prestación de juramento, *actis sacramento praestito*, de no transitar a segundas nupcias.

La tutela de los menores impúberes era un derecho, *tutelam iure susceptam irruptio*¹²⁰, y un cargo opcional. La madre era libre para decidir. Podía aceptar o rechazar la tutela concedida por el magistrado o el tribunal sin presiones ni coacciones de terceros, siempre que cumplierse la condición legal de no transitar a segundas nupcias. Si la viuda optaba por contraer matrimonio, la tutela era denegada:

*Sane in optione huiusmodi nulla cogitur, sed libera in condiciones quas praestituimus voluntate descendat: nam si malunt alia optare matrimonia, tutelas filiorum administrare non debent*¹²¹.

Si la madre viuda era nombrada tutriz y posteriormente contraía nupcias, la constitución establecía cauciones en favor de los hijos menores huérfanos del primer matrimonio. Los bienes del nuevo marido quedaban obligados en garantía de los pupilos (hipoteca legal) hasta el fin de su tutela (edad perfecta, pubertad y la rendición de cuentas en el juicio de tutela¹²²). La norma aseguraba el resarcimiento causado por fraudes, daños y cualquier clase de incuria del padrastro y la tutriz a los bienes de los pupilos impúberes:

*... qui tutelam gerentis adfectaverit nuptias, in obligationem venire et teneri obnoxia rationibus parvulorum praecipimus, ne quid incuria, ne quid fraude depereat*¹²³.

Si la madre rehusó el derecho de tutela y hubiese preferido pasar a segundas nupcias, los emperadores establecieron también, para evitar situaciones de abandono y desamparo, que los prefectos, los pretores y los jueces de las provincias proveyesen, previa indagación inquisitorial de idoneidad, un tutor extraño a la familia, de otro orden (tutor dativo):

*Quod si feminae tutelas refugerint et praeoptaverint nuptias, tunc demum vir illustris praefectus urbis adscito praetore, qui impertiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine per inquisitionem dari minoribus defensores iubeunt*¹²⁴.

¹²⁰ C. 5, 35, 2, 2.

¹²¹ C. 5, 35, 2, 1.

¹²² Just. Inst. 1, 20, 7.

¹²³ C. 5, 35, 2, 2 = CTh.3.17, 4.

¹²⁴ C. 5, 35, 2, 4.

II.1 MADRE VIUDA TUTRIZ: RÉGIMEN JURÍDICO JUSTINIANO

El derecho de la madre tutriz, establecido por Valentiniano, Teodosio y Arcadio (390 d. C.), fue respetado por Justiniano (527 d. C. - 565 d. C.). El Emperador, siguiendo la definición clásica de Servio, puso de relieve en sus Instituciones que «la tutela era una potestad y una fuerza viril sobre una cabeza libre, dadas y permitidas por el derecho civil, para proteger a aquel que por su edad no sabe defenderse¹²⁵». Sin embargo, y de forma acorde con el jurista Gayo, estableció también que «es conforme al derecho natural que los impúberos estén en tutela, para que el que no sea mayor de edad sea dirigido por el cuidado de otro¹²⁶».

Los juristas bizantinos adoptaron la tradición civil clásica en materia de *tutela impuberum*. Con todo, la cancillería imperial volvió a poner de relieve su perspectiva jurídica internacional o de gentes y su prisma cristiano. En parte, esta última influencia se ancla en la actividad de los magistrados locales y de los obispos de las ciudades de los cinco patriarcados de Oriente y Occidente, quienes, con frecuencia, defendían a las ciudades y sus habitantes¹²⁷. San Gregorio Magno (540 d. C. - 604 d. C.) escribía: «Pero desde que he cargado sobre mis hombros la responsabilidad pastoral, me es imposible guardar el recogimiento que yo quería, solicitado como estoy por tantos asuntos. Me veo, en efecto, obligado a dirimir las causas, ora de las diversas Iglesias, ora de los monasterios, y a juzgar con frecuencia de la vida y actuación de los individuos en particular. Otras veces tengo que ocuparme de los asuntos de orden civil¹²⁸...».

En materia de tutela, a petición de las partes privadas, los prelados amparaban, *iusta leges et iura*¹²⁹, con su audiencia arbitral episcopal (*episcopalis audientia*), los intereses de los menores huérfanos y de las madres viudas. Esta actividad iniciada probablemente en el siglo IV d. C se desarrolló con intensidad en el siglo V d. C. y culminó con fuerza en el siglo VI d. C., bajo el imperio de Justiniano¹³⁰. Los juristas cristianos del César bizantino, redactores de las Instituciones, otorgaron competencia civil y jurisdiccional para el conocimiento y resolución de asuntos y litigios de *tutela impuberum* a los magistrados municipales, el Prefecto de Alejandría y también a los obispos:

Nos autem per constitutionem nostram et huiusmodi difficultates hominum rescantes nec expectata iussione praesidium disposuimus, si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeat, defensores civitatum (una cum eiusdem civitatis religiosissimo antistite vel apud alias publicas personas) vel magistratus, vel iuridicum Alexandrinae civitatis tutores vel

¹²⁵ Just. Inst. 1, 13, 1.

¹²⁶ Just. Inst. 1, 20, 6.

¹²⁷ LABARGA F. *Historia de la Iglesia...*, cit. p. 110.

¹²⁸ SAN GREGORIO MAGNO, *Homilias sobre el Libro del profeta Ezequiel*, libro 1, 4-6.

¹²⁹ *Ambrosius Melionensis, Expositio in psalmum David*, 118, en PL 15, 1494.

¹³⁰ Vid. BELL H. I., «The episcopalis audientia in Byzantine Egypt», en *Byzantion*, vol 1 (1924), pp. 129-134.

*curatores creare, legitima cautela secundum eiusdem constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiant*¹³¹.

La *Lex Christiana* y sus valores filosóficos (*humanitas et aequitas*) empapaban de forma definitiva a la institución tutelar y favorecían los intereses de las madres viudas y de sus hijos huérfanos (legítimos o naturales):

*Si enim in filiis iustis, in quibus et testamentariae et legitimae sunt tutelae, tamen matribus (his deficientibus) ad providentiam filiorum suorum venire conceditur, multo magis in huiusmodi casibus, ubi legitima tutela evanescit, saltem alias eis dari humanissimum est*¹³², (530 d. C.).

La madre viuda podía acceder al cargo de tutriz para la protección personal y financiera de sus hijos impúberos menores legítimos. Posteriormente, por influencia de la humanidad y la piedad cristianas, fue dilatado este derecho y pudo acceder también a la tutela de sus hijos impúberos naturales¹³³. Para ambos casos, el Emperador estableció, de acuerdo con la C. 5, 35, 2, reglas y límites claros. Era preferida siempre la voluntad testamentaria del difunto¹³⁴. La madre, además, no podía contraer segundas nupcias. El temor a una malversación de fondos, sustracción del patrimonio o falta de cuidado de los hijos por el nuevo marido, o, incluso por su madre (en su nuevo estado familiar) exigían el mantenimiento de los límites legales. La tutriz y el padrastro podían lesionar con suma facilidad los intereses de los hijos impúberos huérfanos, quienes esclavos de su edad imperfecta, no podían defenderse por sí mismos. Actividades que podían ser inhumanas y, evidentemente anticristianas. Por ello, Justiniano dispuso que las segundas nupcias eran causa de remoción del cargo de tutriz: *sed contractis nuptiis expelli eam a tutela convenit*¹³⁵.

En este contexto histórico, la cancillería de juristas bizantinos amplió también la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (C. 5, 35, 2 = CTh.3.17, 4; 390 d. C.). El Emperador, mediante una nueva ley, creó una tutela familiar sucesoria por línea materna y cambió la preferencia en el orden de los nombramientos. Así, estableció que, en ausencia de tutores testamentarios, la madre viuda y la abuela, por este orden, accediesen al oficio de tutriz de los hijos o nietos impúberos menores con preferencia a los agnados, siempre que la madre renunciase transitar a segundas nupcias y al beneficio del S. C. Veleyano. Solo en ausencia de ambas, es preferido el nombramiento de tutores legítimos, y en su defecto a otros tutores dativos:

Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit: his enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatusconsulti

¹³¹ Just. *Inst.* 1, 20, 5.

¹³² C. 5, 35, 3.

¹³³ Nov. 94, cp. 1 (*AUTHENT. Quia vero matribus*): *Potest etiam mater naturalium filiorum tutelam agere, omnia agens, quaecunque in legitimis definita sunt filiis.*

¹³⁴ Nov. 118, cp. 5 (*AUTHENT. De heredibus ab intestato*).

¹³⁵ Nov. 94, cp. 2 (*AUTHENT. Ut sine prohibitionem matres debetres*).

*renuntiant. Haec enim servantes omnibus a latere cognatis ad tutelam praepo-
nuntur, testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas: defuncti namque
voluntatem et electionem praeponi volumus.... praeter has autem aliis mulie-
ribus interdicimus officium tutelae subire*¹³⁶.

Con esta constitución, el Emperador cerraba el paso al derecho a la tutela dativa de terceros. Ninguna mujer libre extraña a la familia tenía derecho ni podía ser nombrada tutriz de los hijos y de los nietos menores impúberes de otra madre viuda por los magistrados, los jueces, ni los obispos, *praeter has autem aliis mulieribus interdicimus officium tutelae subire*¹³⁷.

III. DERECHO VISIGODO

La caída del Imperio de occidente (476 d. C.) supuso la ruptura definitiva de las provincias de este ámbito con el gobierno de Roma. La irrupción de los pueblos germánicos¹³⁸ fracturó las viejas provincias en diferentes reinos. Cada uno de ellos era liderado por un caudillo, quien, tras la ocupación y el asentamiento en el territorio elegido u obtenido en suerte, era legitimado como Rey de forma colectiva por las gentes de su pueblo. En los inicios del siglo v. d. C. los visigodos se asentaron en el sureste de Galia, concretamente en la ciudad de Tolosa (Aquitania). Con la caída de Rómulo Augusto a manos de Odoacro, Eurico establece definitivamente el reino. Tal vez, por la presión de los francos, asentados en el norte de la Galia, los visigodos Teodorico I y posteriormente su hijo Eurico decidieron irrumpir y ocupar ciudades y territorios de la Península Ibérica. Amplias zonas de esta habían sido previamente conquistadas por suevos (noroeste) y vándalos (sur¹³⁹). Posteriormente, en el año 507 d. C. el ejército godo fue definitivamente derrotado por francos y borgoñeses y retrocedió definitivamente hacia *Hispania*¹⁴⁰. La vieja provincia romana rompe definitivamente su cordón umbilical con el Gobierno de las Águilas y queda territorial y políticamente fragmentada y dividida. Un nuevo periodo histórico y jurídico se inicia en nuestra «Piel de Toro».

Desde la óptica jurídica, el rey Alarico II (484 d. C. - 507 d. C.) confeccionó un código de *iura et leges* con sus juristas reales y los obispos, para unificar, bajo un mismo derecho colectivo, las causas procesales de los súbditos romanos y visigodos de su reino¹⁴¹. La compilación, conocida como *Lex Romana Wisigothorum* (LRW., en adelante), o Breviario de Alarico (Tolosa, 506 d. C.), supuso la adopción plena de las *leges* contenidas en los códigos privados

¹³⁶ Nov. 118, 5.

¹³⁷ Nov. 118, 5.

¹³⁸ Orosio P., *Historiae adversus paganos*, 7, 41.

¹³⁹ Vid. SOTO CHICA J., *Los visigodos. Hijos de un Dios Furioso*, 2020, pp. 236-252.

¹⁴⁰ THOMPSON E. A., *Los godos en España*, 2021, pp. 24 ss.

¹⁴¹ *Lex Romana Wisigothorum (Commonitorium): Ut iusta eius universa causarum sopiatur intentio: nec aliud cuilibet aut de legibus aut de iure liceat in disceptationem proponere... ut in foro tuo nulla alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur.*

Gregoriano y Hermogeniano, y en el oficial Código Teodosiano, así como las novelas posteodosianas (*ex novellis imperatorum Theodosii Valentiniani, Martiani, Maiorani, Severi*), así como los escritos y las obras de *iura* de los juristas clásicos, previamente adoptados por la Ley de Citas de Valentiniano III, 426 d. C., (*Gaii institutionum, Pauli sententiarum*, fragmentos del libro I *Responsorum* de Papiniano...¹⁴²).

Con la nueva compilación visigoda, el rey aceptó de forma plena el ordenamiento romano oficial postclásico. Alarico II garantizaba así una continuidad y una tradición histórico jurídico lógica e imponente para su reino. Aquella otorgaba seguridad jurídica y sirvió de puente para el inicio y consolidación del derecho visigodo y su tránsito hacia la Alta Edad Media.

III.1 UNA HERENCIA DEL BAJO IMPERIO ROMANO: LA MUJER TUTRIZ EN *LEX ROMANA WISIGOTHORUM*

Alarico II adoptó la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio (C. 5, 35, 2 = CTh.3.17, 4; 390 d. C.) en el Título XVII «*De Tutoribus et Curatoribus Creandis*» de *LRW*, 3, 17, 4. La recepción directa por la cancillería y el consejo de obispos del Rey del derecho de la mujer viuda a ser tutriz y gestionar los intereses patrimoniales de sus pupilos impúberes, *matres postulant parvulorum*¹⁴³, confirmaba y daba vigencia a las normas jurídicas postclásicas romanas (todavía vigentes en la parte oriental del Imperio bizantino). Presumiblemente, la ley era aplicable tanto a las mujeres romanas como a las visigodas, como derecho común de los tribunales del reino. La norma fue posteriormente comentada por otros juristas anónimos del siglo VI d. C.:

*Mulieris mortuo maritis, si ipsae voluerint tutelam suscipere filiorum, priusquam hoc assumant, actis profiteantur, se non esse nupturas. Sed hoc ipsum non extorquendum est; sed si maluerint, hoc voluntate propria fateantur: nam si ad alias nuptias migrare voluerint, tutelam filiorum administrare non possunt. Sciat hoc etiam viri, qui sibi iungendas matres postulant parvulorum, quod, si mulieres tutelam administrare coeperint filiorum et postea nupserint, illi qui in consortio recipitur maritali, bona sua noverit obligata et se ad rationem reddendam minoribus obnoxium esse futurum*¹⁴⁴.

El intérprete visigodo sostenía que la mujer viuda podía pedir libremente el cargo de tutriz de sus hijos impúberes, después de la muerte de su marido. Aunque no es comentado por el jurista, de acuerdo con C. 5, 35, 2 = CTh.3.17, 4 = *LRW*, 3, 17, 4, la solicitud solo podía ser realizada por aquella en ausencia de un tutor testamentario designado por el padre o de tutor legítimo.

La legislación visigoda mantiene la exigencia del estado de viudez de la viuda tutriz. Una vez adquirido el derecho puede la madre administrar la tutela de

¹⁴² HAENEL G., *Compositio legis romanae visigothorum*, en *Lex Romana Wisigothorum*, 1849, pp. VI-VIII.

¹⁴³ *Interpretatio LRW*. 3, 17, 4.

¹⁴⁴ *Interpretatio LRW*. 3, 17, 4, 1-2.

sus hijos impúberes menores si no vuelve a contraer matrimonio. Si pasa a segundas nupcias tiene que comunicarlo a la cancellería imperial, a los magistrados y los prefectos, o a los jueces competentes en la materia y debe renunciar voluntariamente, y no ser forzada ni extorsionada por éstos, a su cargo de tutriz.

El matrimonio posterior impedía a la madre el ejercicio de la administración del patrimonio de los hijos pupilos impúberes, ... *si ad alias nuptias migrare voluerint, tutelam filiorum administrare non possunt*. Si las madres gestionaban los intereses financieros de sus párvulos y posteriormente accedían *contra legem* a un segundo matrimonio, aquel que las recibe en consorcio nupcial queda obligado con todo su patrimonio (hipoteca legal) a sufragar e indemnizar cualquier sustracción, dilapidación, disminución y daño culposo o doloso que sufran los bienes de los pupilos en el futuro.

Además, el jurista visigodo comentó, en la tercera y cuarta parte de *LRW*, 3, 17, 4, cuáles eran las condiciones de capacidad e idoneidad que debían cumplir la mujer tutriz y otros tutores dativos:

*Additur etiam illud, quod mulier, nisi maior aetate fuerit, tutelam suscipere prohibetur. De his vero, qui cum lege veniunt a tutelam, si quis ex his videbitur aut deceptus facultatibus aut moribus vilis, admitti non poterit, ne minorem bona depereant; sed illi accedant in tutelam, qui integritatis mentis et certa propinquitatis iuguntur. Nam si defuerint personae, qua diximus, et mater tutelam suscipere noluerit, tunc, sicut prius constitutum est, electio iudicis vel provincialium tutores minoribus deputabit*¹⁴⁵.

La mujer, salvo que sea mayor de edad, tiene prohibida la tutela. Los tutores testamentarios y los tutores legítimos inadecuados no son admitidos al cargo. Estos corren el riesgo de perder sus bienes con la administración de la tutela de los menores. Solo podrán acceder aquellos que estén íntegros en su capacidad mental y sean cercanos en parentesco a los pupilos. Estos requisitos deben ser investigados y exigidos por los magistrados y los tribunales del reino a aquellos que soliciten y aspiren al ejercicio de la tutela. Si los tutores testamentarios o bien los legítimos viven alejados o tienen otras excusas legales para el ejercicio del derecho, y la madre no quiere asumir el oficio de tutriz, *mater tutelam suscipere noluerit*, el juez elegirá libremente un tutor dativo varón extraño para los impúberes, *electio iudicis vel provincialium tutores minoribus deputabit*.

III.2 CONQUISTA DE LA MUJER Y MADRE VISIGODA VIUDA DEL RECONOCIMIENTO PLENO DEL DERECHO DE TUTRIZ DE SUS HIJOS HUÉRFANOS IMPÚBERES MENORES: *LIBER IUDICIORUM*

San Isidoro de Sevilla (560 d. C. - 636 d. C.), en su libro de Etimologías, incluía el derecho de tutela en la nómina del *Ius Quiritium*¹⁴⁶. Sin embargo, en

¹⁴⁵ *Interpretatio LRW*. 3, 17, 4, 3-4.

¹⁴⁶ S. ISIDORO, *Etymologiae*, V, 9, 1.

la misma obra afirmaba que la protección y la educación de los hijos menores eran materias del derecho natural¹⁴⁷.

Posteriormente, *Liber Iudicorum* (LI., en adelante, 653 d. C.), promulgado por Recesvinto (653 d. C. - 672 d. C.) reguló de forma sistemática y detallada la tutela en el Libro IV «*De pupillis et eorum tutoribus*». La pretensión del Rey fue crear un nuevo marco normativo colectivo y específico, empapado de naturaleza romana, visigoda y cristiana, para los tribunales, las familias, los tutores, las tutrices y los pupilos del reino. Para ello, adoptó varias leyes de sus predecesores y estableció normas de nuevo cuño:

Quod utroque relictus parente pupillus vocetur (LI, IV, 3, 1¹⁴⁸)

*Discretio pietatis est sic consultum ferre minoribus, ut iuste possessionis dominos sustinere damna non patiamur. Ob hoc, licet actenus a patre tantum relictis parvuli filii pupilli nuncuparetur, taamen quia non minorem curam erga filiorum utilitatem a matre constat frequenter independere, ideo ab utroque parente, hoc est patre vel matre, infra XV annos filios post mortem relictos pupillos per hanc legem decernimus nuncupandos*¹⁴⁹.

La norma, impregnada de valores filosóficos cristianos, *discretio pietatis*, rompe, de forma definitiva, con el carácter romano patriarcal y agnaticio de la institución y establece un sistema de igualdad y equidad entre los cónyuges progenitores. El padre y la madre pueden tener pupilos huérfanos menores de quince años, *hoc est patre vel matre, infra XV annos filios post mortem relictos pupillos per hanc legem decernimus nuncupandos*. Ambos tienen el derecho y el deber de fiscalizar, amparar y asegurar las necesidades y los intereses personales y patrimoniales de aquéllos.

Con LI, IV, 3, 1 prevalece la cognación sobre la agnación. El orden natural sobre el civil. La equidad y la *lex cristiana* sobre la iniquidad civil. La *auctoritas* natural materna sobre la fuerza y el poder viril. El interés del pupilo sobre el interés del tutor. La madre ejerce a menudo un cuidado no menor que el padre hacia sus hijos menores, *quia non minorem curam erga filiorum utilitatem a matre constat*.

Por su parte, los jueces civiles, los obispos y los presbíteros están obligados al amparo de la familia cristiana. La ley de Dios exige proteger especialmente a la madre viuda y a sus hijos menores¹⁵⁰. En este contexto histórico, debemos recordar también que el rey Leovigildo (572 d. C. - 586 d. C.) había derogado previamente la prohibición de matrimonios entre romanos y visigodos¹⁵¹. Ahora, en el siglo VII d. C., no hay distinción entre mujeres de dos nacionalidades. En paridad con los familiares varones del padre de familia, y en clara ruptura con los esquemas generales del derecho civil romano clásico,

¹⁴⁷ ISIDORO, S., *Etymologiae*, V, 4, 1.

¹⁴⁸ Título de LI, IV, 3, 1, atribuido al Rey Flavio Chindasvinto (563 d. C. - 653 d. C.), padre de Recesvinto.

¹⁴⁹ LI, IV, 3, 1.

¹⁵⁰ LI, IV, 3, 3; IV, 3, 4.

¹⁵¹ LI, III, 1, 1 (*Codex revisus*).

la mujer y madre visigoda cristiana conquista el reconocimiento pleno del derecho de tutriz:

«Si, al morir, el padre deja hijos menores de edad, la madre recibirá su tutela, si así lo quisiere», (*LI. IV, 3, 3*).

La madre debía ser de edad suficiente (20 años¹⁵²). El poder de tutriz estaba vigente mientras la madre «quedare viuda¹⁵³». En este punto, *LI.* sigue a la legislación bajo imperial romana (C. 5, 35, 2 = CTh.3.17, 4; 390 d. C.).

LI establecía también una sucesión tutelar en favor del hijo y hermano mayor de los pupilos huérfanos: «si la madre se volviere a casar y alguno de sus hijos ya llega a la edad plena, o sea, a los veinte años, éste recibirá a sus hermanos más pequeños y no permitirá que sus bienes sean malversados ni por ellos mismos ni por otros, ni que se pierdan por ninguna negligencia», (*LI. IV, 3, 3, ANTIQUA, Codex Revisus*).

En ausencia de este último, a imitación del derecho civil romano¹⁵⁴, la ley visigoda prefería a los parientes cognados por la línea de varón: «... y si no hubiera hermanos de edad y de condiciones suficientes para asumir la defensa de la tutela de los huérfanos, entonces recibirán la tutela el tío paterno o el hijo del tío paterno con las mismas condiciones que hemos establecido respecto a los hermanos». Es probable, que sobre estos tuviesen preferencia el abuelo y la abuela paternos. Si no había ninguno de aquellos que pudiera asumir dignamente la tutela de los huérfanos, entonces los otros parientes (se deben comprender por ambas líneas, paterna y materna) elegían un tutor en presencia del juez¹⁵⁵.

Los tribunales civiles y eclesiásticos¹⁵⁶, tanto en vía contenciosa como voluntaria, indagaban quiénes podían asumir dignamente la tutela, es decir investigaban sobre la capacidad y la idoneidad de los posibles candidatos a tutor, *vel meritis non fuerit*¹⁵⁷. También analizaban las posibles excusas para el ejercicio del derecho. Según *LI*, el juez civil, el obispo o bien el presbítero proponían a los familiares de los huérfanos menores el candidato o candidatos para que lo eligiesen, para su posterior nombramiento.

Antes de acceder al cargo de tutriz, la madre estaba obligada a hacer un inventario de sus bienes¹⁵⁸, para responder de posibles fraudes patrimoniales a sus hijos menores, «por el cual éstos puedan reclamar después su herencia¹⁵⁹». La tutora tenía que confeccionar y firmar una escritura ante testigos o los

¹⁵² La edad suficiente de 20 años es exigida por *LI, IV, 3, 3, ANTIQUA, Codex Revisus* para los varones púberes, tutores y hermanos de los pupilos huérfanos.

¹⁵³ *LI, IV, 3, 3 (ANTIQUA, Codex Revisus)*.

¹⁵⁴ GAYO, *Inst.* 1, 157: *itaque masculus quidem inpubes fratrem puberem aut patrum habet tutorem*.

¹⁵⁵ *LI, IV, 3, 3 (ANTIQUA, Codex Revisus)*.

¹⁵⁶ *LI, IV, 3, 3; IV, 3, 4*.

¹⁵⁷ *LI, IV, 3, 3 (ANTIQUA, Codex Revisus)*.

¹⁵⁸ Antecedentes jurídicos romanos: D. 26, 7, 7, 1, Ulpiano *libro 35 ad edictum*; C. 5, 5, 37, 4, (Arcadio y Honorio, 396 d. C.).

¹⁵⁹ *LI, IV, 3, 3 (ANTIQUA, Codex Revisus)*.

parientes en la que se hacía constar todos los derechos patrimoniales y de crédito dejados en herencia por el padre de familia a los pupilos impúberos:

Et sive mater tutelam, sive quicumque susceperit, presentibus testibus vel propinquis de omnibus rebus, quas pater reliquit, brevis factus trium vel quinque testium suscripione firmetur, (LI. IV, 3, 3, ANTIQUA, Codex Revisus).

El patrimonio hereditario paterno de los pupilos era entregado por la madre tutriz, (o en su defecto, por el tutor sucesor o los parientes) en presencia de los tres o cinco testigos firmantes del documento, a un juez civil o bien a los obispos y los presbíteros, quienes, desde el Bajo Imperio, venían gozando de jurisdicción plena (*episcopalis audientia*) para el conocimiento de causas relacionadas con la tutela, *episcopo aut presbítero, quem parentes elegerint, brevis commendentur, minoribus, dum adoleverint, reformandus*¹⁶⁰. Los jueces civiles o eclesiásticos custodiaban y vigilaban el patrimonio de los pupilos huérfanos y lo entregaban cuando éstos llegaban a la edad adulta.

El Rey Recesvinto estableció también, «mientras los pupilos se encuentran en la minoría de edad y no pueden autogobernarse ni administrar sus bienes, las leyes han dejado bien determinado que quedan sujetos a sus tutores¹⁶¹». La madre tutriz viuda tenía pleno poder y deber de proteger adecuadamente los negocios, el patrimonio y los intereses de sus hijos impúberes menores. De acuerdo con *LI. IV, 3, 3, (ANTIQUA, Codex Revisus)* aquélla podía realizar negocios, comparecer ante el juez y contestar a las acciones, demandas y reclamaciones de terceros contra las personas y los bienes de los pupilos.

El Monarca visigodo previno contra los actos de dilapidación del patrimonio de los huérfanos menores. Los tutores no podían pretender arrancar con extorsión ninguna clase de escritura o documento a aquellos que tenían bajo su tutela¹⁶². Así, Recesvinto estableció que mientras los pupilos se hallasen en minoría de edad, e incluso aunque hubiesen rebasado los catorce años, si asimismo consta que, a ellos y a sus bienes, los tienen aún su tutriz (o cualquier otro tutor) bajo su potestad, si ésta ha hecho escritura de descargo o de cualquier clase de compromiso, o de transacción en su favor o incluso de terceros testaferros, todos los actos y negocios sean declarados inválidos y sin fuerza jurídica¹⁶³.

Cuando los hijos llegaban a los 15 años, la madre tutriz tenía que rendir cuentas de todos los bienes del pupilo (de acuerdo con el inventario que ella hizo antes de acceder el cargo, o de acuerdo con aquello que dispuso), ante el juez civil, el obispo, o bien el presbítero y recibirá una escritura de exoneración de la carga tutelar del hijo o de los hijos que habían estado guardados y sometidos¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *LI, IV, 3, 3 (ANTIQUA, Codex Revisus)*. vid. PETIT C., «Iglesia y Justicia en el Reino de Toledo», en *Los Visigodos. Historia y Civilización. Antigüedad y Cristianismo* (Murcia) III, 1986, pp. 261-274.

¹⁶¹ *LI, IV, 3, 4.*

¹⁶² *LI, IV, 3, 4: Ne tutores ab eis, quos in tuitione habent, quascumque scripturas extorquere presumant.*

¹⁶³ *LI, IV, 3, 4.*

¹⁶⁴ *LI, IV, 3, 4.*

Los pupilos menores podrán demandar a su madre tutriz, o cualquier otro tutor y a cualquier tercero que en connivencia con ellos hayan realizado cualquier acto doloso o culposo de fraude, malversación, transacción o dilapidación, pérdida y daño de su patrimonio y dinero. *LI*. estableció un plazo de prescripción legal de 30 años (si los padres vivieren y hubiesen perdido los bienes en ese plazo) y 50 años (si los padres hubiesen fallecido y contados desde la fecha en que se saben que se perdieron) para el ejercicio de la acción de tutela:

*Quotiens de amissione rerum intentio vertitur, illos años in pupillarum actionibus computandos esse censemus, quibus parentes ipsorum, pater videlicet aut mater, rem caruisse noscantur; id est, ut ex eo tempore cum pupillaris annis ad quinquaginarium numerum summa pertendat, de quo a predictis eorum parentibus esse rem constat amissam. Sin vero parentes pupilli, dum viverent, rem per xxx annos amiserint, pupillus propter hoc ultra loqui non poterit*¹⁶⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, 2007.
- BAENA DEL ALCÁZAR L., «Recensión a Inés Calero Secall, La capacidad jurídica de las mujeres griegas en la época helenística. La epigrafía como fuente (2004)», en *Fortunatae: Revista canaria de Filología, Cultura y Humanidades Clásicas*, pp. 179-181.
- BELDA INIESTA J., «El Ministerio judicial del Obispo hasta el surgimiento de la *Lex Christiana*», en *Anuario de Derecho canónico*, 4, 2015, pp. 387-40.
- BELL H. I., «The episcopal audientia in Byzantine Egypt», en *Byzantion*, vol 1 (1924), pp. 129-134.
- BERNAD MAINAR R., «La tutela y la curatela en el Derecho Romano: conexión con la regulación actual de la tutela y la curatela en la ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad», en *RIDROM*, núm. 30, 2023.
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, II vol., 1952.
- ESLER P., «Female Agency by the Dead Sea: Evidence from the Babatha and Salome Komäise Archives», en *Dead Sea Discoveries*, núm. 26, 2019.
- FUENTES SANTIBÁÑEZ P., «Algunas consideraciones en torno a la condición de la mujer en Grecia Antigua», en *Intus-Legere Historia*, 2012, vol. VI, núm. 1, pp. 7-18.
- GREENE E., «*Conubium cum uxoribus*: wives and children in the Roman military diplomas», en *Journal of Roman Archeology*, vol. 28, 2015, pp. 125-160.
- HAENEL G., *Compositio legis romanae visigothorum*, en *Lex Romana Wisigothorum*, 1849.
- KASER M., *Derecho Privado Romano*, ed. BOE, Madrid, 2022.
- LABARGA F., *Historia de la Iglesia Antigua y Medieval*, 2021.

¹⁶⁵ *LI*, IV, 3, 2: «*Ex quo incipet computari anni in actionibus pupillarum*. *LI*, IV, 3, 4: «*Huius sane legis remedium cunctis pupillis dabit indubitanter consultum, excepto si illud tempus advenierit, quando eorum vocem quinquaginario numero lex sopiri decrebit*».

- LEWIS A., «Slavery, Family and Status», en *The Cambridge companion to Roman Law*, 2015.
- MARTÍNEZ DE MORATÍN LLAMAS, M.^a L., Tutela y Curatela en derecho romano, en *RGDR*, núm. 35, 2020.
- MASIELLO T., *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e Severi*, 1979.
- MATAIX FERRÁNDIZ E., «Las mujeres y la tutela impuberum durante el reinado de Diocleciano», en *Glossae*, 14 (2017), pp. 557-566.
- MONTEVECHI O., «Una donna prostatis del figlio minore» en *Aegyptus*, gennaio-dicembre, Anno 61, No. ½ (gennaio- dicembre 1981).
- OROSIO P., *Historiae adversus paganos*.
- OUSHOORN J. G., *The relation between Roman and local law in the Babatha and Salome archives*, 2007.
- PETIT C., «Iglesia y Justicia en el Reino de Toledo», en *Los Visigodos. Historia y Civilización. Antigüedad y Cristianismo* (Murcia) III, 1986, pp. 261-274.
- PLATÓN, *Las Leyes*, Madrid, 2002.
- RICHARDSON J., «Roman Law in Provinces», en *The Cambridge companion to Roman Law*, 2015.
- ROUSELL, P., *Isée. Discours*, (París, 1922); PAOLI, U. E. *Liceo Per l'eredità di Pirro*, (Florencia, 1935).
- SIRKS A. J. B., «The *episcopalis audientia* in Late Antiquity», en *Revue internationale interdisciplinaire*, 65, 2013-1, pp. 79-88.
- SOTO CHICA J., *Los visigodos. Hijos de un Dios Furioso*, 2020.
- S. ISIDORO, *Etymologiae*.
- SUETONIO, *Vida de los Césares*.
- THOMPSON E. A., *Los godos en España*, 2021.
- TITO LIVIO, *Ab urbe condita*.
- VARELA MATEOS E., Consideraciones sobre la tutela testamentaria, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, vol. II, BOE. 2021, pp. 595-610.
- VOLTERRA E., voz: «Matrimonio (Dir. rom)», en *ED.*, vol. XXV, (1975), pp. 755-768. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Civitas, Madrid, ed. 1988.

GUILLERMO SUÁREZ BLÁZQUEZ
 Universidad de Vigo. España
<https://orcid.org/0000-0002-1034-8305>