

# Consideraciones sobre la historia de la tutela testamentaria

*A la memoria del Prof. Ricardo Panero*

Esteban VARELA  
*Universidad Autónoma de Madrid*

## I. INTRODUCCIÓN

Muy posiblemente la tutela sea una de las instituciones jurídicas que ha sufrido una mayor evolución a lo largo de su historia.

Desde los primeros tiempos de Roma hasta la legislación actual, cerca veintiocho siglos, la institución no solo ha cambiado su naturaleza jurídica —que lo hace pronto— sino que también se produce el cambio en los más diversos aspectos del propio instituto, algunos de singular importancia: personas sujetas a la tutela, personas llamadas al desempeño del cargo, funciones y responsabilidad del tutor, tutela del sexo, etc.

Tradicionalmente la tutela, en íntima relación con la patria potestad, ha estado incardinada, desde una perspectiva sistemática, dentro del Derecho de familia. Recientemente, en nuestro país, al igual que en la mayor parte de los países de nuestro entorno, las modificaciones legales han separado al instituto de aquella *vis atractiva* familiar aconsejando situarla sistemáticamente de forma más correcta en la sede del estado civil de la persona, con gran reforzamiento de la autoridad judicial, por ello hoy se afirma que la institución ha abandonado la llamada «tutela de familia» para pasar a hablarse de la «tutela de autoridad».

## II. DERECHO ROMANO

### A) Origen de la tutela testamentaria<sup>1</sup>.

En los primeros tiempos de Roma, a la muerte del *paterfamilias* el grupo familiar no se escinde sino que permanece unido formando el *consor-*

---

<sup>1</sup> Vid. E. VARELA, *De Contutoribus*, Madrid, 1979, pp. 37 y ss.

*tium ercto non cito* (Gayo, 3,154.<sup>a</sup>) en el que actúan los capaces por los incapaces.

Posteriormente, cuando comienza a disolverse el *consortium*, los bienes que corresponden a los incapaces serán administrados por los demás consortes aptos hasta que los impúberes alcancen la pubertad, pasando en el caso de las mujeres a la *tutela mulierum*.

Muerto el *paterfamilias* la *hereditas*, y dentro de ella la tutela de los impúberes y mujeres, se defiende a los agnados y, en su caso, a los gentiles (tabla V.4 ; Paul. D. 26,4,6; Inst. J. 1,15,2).

Estamos en presencia de la *tutela legitima* que, desde su origen se nos presenta como un *ius* a favor de los tutores, con posibilidad, como derecho que es, de transmitirla a otro —*in iure cessio tutelae*— (Ulp. Reg. 11,6-8).

¿Cuándo surge la tutela testamentaria? En el precepto decenviral *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (tab. V.3) encuentra sólido apoyo la sucesión testamentaria, y por tanto allí tiene su fundamento la institución de heredero.

Es precisamente con el *testamentum per aes et libram* cuando, en virtud del precepto citado, se van a priorizar las disposiciones en él contenidas sobre la sucesión familiar tradicional, si bien en una primera época el heredero o herederos allí instituidos adquieren la *familia pecuniaque* de igual forma que lo hacían los herederos legítimos por lo que, a falta de cláusula expresa en el testamento, los herederos allí contemplados asumirán también la tutela de los impúberes y mujeres dejados por el testador<sup>2</sup>. Podemos decir que aquí se encuentra el origen de la tutela testamentaria<sup>3</sup>.

Cuando el contenido de la *hereditas* se concentra en el solo aspecto patrimonial<sup>4</sup> —a lo que contribuirá grandemente la posibilidad de nombrar heredero a un extraño de la familia— la simple institución de heredero ya no implicará el desempeño de la tutela por este. Es ahí, en el testamento donde el *paterfamilias* puede nombrar tutores para sus hijos, y solo a falta de este nombramiento expreso entrará en juego la tutela legítima (Gayo 1,155).

Pero a diferencia de la tutela legítima, la tutela testamentaria no se nos presenta como un *ius* sino como un *munus fiduciarium*, un favor al testador que por confianza el tutor asume, de ahí que, durante mucho tiempo este pueda renunciar al cargo, *abdicationis tutelae* (Ulp. Reg. 11,17).

A falta de tutor testamentario y legítimo, la *lex Atilia*, anterior al año 186 a. C., dispone que el pretor, con el acuerdo de la mayor parte de

<sup>2</sup> Que en los primeros tiempos de la sucesión testamentaria herederos del *paterfamilias* y tutores de sus hijos impúberes eran las mismas personas fue puesto de manifiesto por LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, *Studi in onore P. Bonfante*, 3, pp. 318 y ss.

<sup>3</sup> Vid. E. VARELA, *cit.*, pp. 40 y ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho romano*, Madrid 1995, p. 65.

<sup>4</sup> *Hereditas est pecunia*. Cic. *Top.* .6. 29.

los *tribuni plebis*, nombre tutor al impúber o a la mujer que en Roma o en Italia carezcan de él. Tal función se encomendará posteriormente por la *lex Iulia et Titia* a los gobernadores provinciales para los residentes en sus respectivos territorios.

Estamos en presencia de la *tutela dativa* en la que el elegido viene obligado a desempeñar el cargo, presentándonos la tutela como un *onus*, medio necesario de proteger a los incapaces.

Partiendo de esta nueva idea se desarrolla el concepto de *munus publicum*, siendo a él inherentes las condiciones de capacidad y motivos de exoneración, condiciones que paulatinamente se aplicarán a los otros tipos de tutela.

**B) El nombramiento del tutor testamentario**<sup>5</sup> en una primera época debería realizarse inmediatamente después de la institución de heredero, observando ciertas formalidades solemnes (Jul. D. 26,3,3; Gayo, 1,149).

El *paterfamilias* gozó de plena libertad para dar tutores con tal que nombrase a varones (Ner. D. 26,1,18; Gayo, D. 26,1,16 pr.) con los que existiera *testamentifactio* (Paul. D. 26,2,21; Ulp. Reg. 11,16), nombramiento que valdrá desde el momento que uno de los herederos haya adido la herencia (Pomp. D. 26,2,9).

**C) Tres aspectos fundamentales** debemos tener presente al contemplar la tutela de los impúberes<sup>6</sup>, aspectos que fundamentan la gran evolución de la tutela testamentaria:

**1.** Tendencia del pretor a dar prioridad a la voluntad del *paterfamilias* a la hora de dar tutores a sus hijos, aunque sea en un testamento inválido:

La voluntad del *paterfamilias* es de capital importancia a la hora del nombramiento de tutores para sus hijos y así, desde pronto, en aquellos supuestos en los que el nombramiento no se hubiera realizado correctamente, e incluso en los casos de testamento inválido, el magistrado no anulará tal nominación sino que lo «confirmará» como si fuera tutor testamentario, dispensándole de la *cautio rem pupilli salvam fore* (Jul. D. 26,3,3).

<sup>5</sup> Vid. F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *cit.*, pp. 41 y ss.

<sup>6</sup> Respecto a la tutela perpetua de las mujeres, injustificable desde una perspectiva actual pero explicable en los primeros tiempos de la sociedad romana, enseguida se puso de manifiesto el sinsentido de la misma, tendiendo desde pronto a su desaparición, de ahí que afirme BONFANTE que «la historia de la tutela de la mujer es la historia de la desaparición de la tutela de la mujer».

Ya en la República, como recurso de la mujer para evitar la tutela, aparece el tutor fiduciario, *tutelaevitandae causa* (GAYO, 1,114).

Por lo que se refiere al tutor testamentario de la mujer se comprueba su decadencia ya en el siglo II a. C. (*Livio, ab urb.cond.*39.19) al permitir el marido en su testamento que su *uxor in manu* pueda elegir tutor —*tutor optivus*— por una o varias veces (GAYO, 1,150-153).

Las «leyes caducarias» liberaron de la tutela a las mujeres que gozasen del *ius liberorum* (GAYO, 1,194) y, poco después, una *lex Claudia* abolió la tutela legítima de los agnados (GAYO, 1,157).

Una constitución de Teodosio y Honorio otorga el *ius liberorum* a todas las mujeres del Imperio. A pesar de que la doctrina estima que, de hecho, ya entonces la *tutela mulierum* había desaparecido.

Puede el *paterfamilias*, en época clásica, nombrar bajo condición o a término (Gayo, 1,186), o prohibir que alguno sea tutor (Trif. D. 26.,3,10; Ulp. D. 26,2,8 pr.), prohibición que alcanzará incluso a los tutores legítimos y dativos (Mod. D. 26,5,21,2).

Cuando surge el codicilo confirmado, en época de Augusto (Ins. J. 2,25, pr.), también se reconocen como válidos los nombramientos allí realizados, siendo considerados como tutores testamentarios (Ulp. D. 26,2,3, pr.), incluso posteriormente las constituciones imperiales dispusieron que los cónsules «confirmasen» a los tutores nombrados en codicilos no confirmados (Mod. D. 26,3,1,1).

En época de Gayo no se permite al *paterfamilias* dar tutores por fideicomiso (Gayo, 2,289), pero es de pensar que se admitiera no tardando mucho tiempo dado que en la época de los Severos se llegan a confirmar los tutores dados *per epistulam* (C. 5,29,2 a. 226).

En el caso de que el *paterfamilias* haya nombrado varios tutores y en el testamento manifieste quien de entre ellos desea que administre, el pretor deberá respetar su voluntad (Ulp. D. 26,7,3,1), pero si estima que el padre se equivocó, el magistrado puede separarse de aquella decisión paterna (Ulp. D. 26,7,3,3).

Vemos pues que la jurisprudencia y la legislación, prescindiendo del formalismo originario, tratan de dar eficacia a la voluntad del *paterfamilias* manifestada de cualquier forma. Pero junto a este respeto se pone de manifiesto una especial protección a los intereses del pupilo, campo en el que más cambiará el instituto, en aras de los cuales a veces el magistrado, como hemos dicho, se aparta de aquella voluntad por estimarla inadecuada.

**2.** Constante preocupación por la conservación, e incremento en su caso, del patrimonio pupilar, posibilitando que otras personas distintas del *paterfamilias* puedan nombrar tutores al impúber si le instituyen heredero de sus bienes:

Si originariamente el tutor era considerado como si fuese el dueño del patrimonio pupilar —*tutor domini loco habetur* (Jul. D. 47,2,57,4)— las obligaciones que se le exigían eran escasas, pero paulatinamente, para proteger los intereses del pupilo, por una parte se le van delimitando sus competencias, y por otra, como veremos, se le exigirá una mayor responsabilidad en la administración<sup>7</sup>.

Para asegurar la conservación del patrimonio pupilar una *oratio Severi*, del año 195, prohíbe al tutor la enajenación de los *predia rustica vel suburbana*, salvo autorización de los padres en el testamento o codicilo, o del magistrado si lo considerase necesario (Ulp. D. 27,9,1, pr.-1 y 2). El tutor en ningún caso puede enajenar un derecho real del que el pupilo es titular, ni gravar con servidumbres las fincas de aquel, ni renunciar a las que tiene a su favor (Ulp. D. 27,9,3,4-5 y 6).

<sup>7</sup> Vid. E. VARELA, *cit.*, pp. 107 y ss.

Por si fuera poco, aquellas limitaciones se amplían por obra de la jurisprudencia, prohibiendo además una constitución de Constantino la enajenación de todos los bienes, salvo los de poco valor que puedan deteriorarse (C. 5,37,22; C. 5,72,4, a. 326).

Por lo que respecta al dinero se le exige al tutor depositarlo para la compra de predios, a lo que el pretor les debe obligar (Ulp. D. 26,7,7,3 y 7), o a colocarlo a interés, que de no hacerlo correrán los mismos a su cargo (Paul. D. 26,7,15; C. 5,56,3, a. 228).

Es tan exigente la disposición anterior que se llega a establecer que los tutores de inferior condición, que porfiadamente persisten en no reunir cantidades para la compra de predios, sean encerrados en cárceles públicas, disponiendo además que sean tenidos como sospechosos (Ulp. D. 26,10,3,16).

Control importante a la libre administración del tutor la encontramos en dos deberes que se harán inherentes a la institución. En primer lugar la realización de un inventario de los bienes del pupilo (Ulp. D. 26,7,7, pr.), exigencia que muy posiblemente surgiera con la tutela dativa y pronto extendida a los demás tipos de tutela, obligación recordada por una constitución de Arcadio y Honorio del año 396 (C. 5,37,24). Y en segundo lugar la obligación de prestar fianza para asegurar el buen resultado de la administración, que también surgiría con la tutela dativa<sup>8</sup> y extendida en época clásica a los tutores legítimos (Ulp. D. 26,4,5,1), deber del que estaban exonerados los tutores nombrados en el testamento del *paterfamilias* (Gayo, 1,199-200).

A veces el padre en el testamento nombra a varios tutores tendiendo con ello a la mejor administración del patrimonio pupilar, así el *tutor propter rerum notitiam* (Paul. D. 26.2.32.1) o los *tutores honori causa dati* (Paul. D. 23,2,60,2) a quienes, si en una primera época no se les exige responsabilidad alguna, no ocurre lo mismo en el Derecho justiniano.

En los casos de pluralidad de tutores, aunque a los testamentarios no se les exige caución alguna —*quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est* (Gayo, 1,200)— si alguno ofrece fianza para administrar solo ha de ser oído, y si varios la ofrecen, en principio, que todos administren (Ulp. D. 26,2,17, pr.). Con ello parece asegurarse un mejor resultado de la gestión tutelar, y sobre todo se incrementa el número de responsables porque los tutores no gerentes, en la época clásica, no responden, a diferencia de lo que acontece en época justiniana, aunque ahora solo sean responsables de manera subsidiaria (Ulp. D. 46,6,4,3).

A pesar de todo, no siempre ha de ser preferido el que dé fianza, porque si se trata de una persona sospechosa o inmoral debe ser apartado. Sin embargo no deben ser rechazados sin más quienes no den fianza, porque puede tratarse de tutores idóneos y honestos (Ulp. D. 26,2,17,1; Mod. D. 26,5,21,5).

---

<sup>8</sup> No obstante *vid.* R. PANERO, *Derecho Romano*, 5.ª ed., Valencia, 2015, p. 262, n. 31.

Consecuente con cuanto antecede nos dice Calístrato que aunque varios tutores estén dispuestos a dar fianza, comparadas las personas de los tutores y fiadores, debe ser preferido el más idóneo (D. 26,2,18)<sup>9</sup>.

Sin embargo una constitución de Diocleciano y Maximiano vuelve a poner el acento en la importancia de la oferta de fianza (C. 5,42,4) para asegurar el resultado de la administración<sup>10</sup>.

En esta actitud de cuidar y potenciar el patrimonio pupilar se va a permitir que, superando las rigideces originarias para el nombramiento de tutor, desde el Bajo Imperio, puedan la madre o la abuela —faltando tutor testamentario y legítimo<sup>11</sup>— solicitar el nombramiento para sí de tutoras de sus hijos o nietos, prestando juramento de que no pasarán a ulteriores nupcias. En el supuesto de que después de nombrada desobedeciera la prohibición, los bienes del que hubiera solicitado las nupcias de la que administra la tutela, quedarán afectos a las cuentas de los menores (C. 5,35,2. pr. 1 y 2, a. 390)<sup>12</sup>.

Siguiendo este camino de protección, e incremento si es posible, del patrimonio pupilar, el magistrado, ya en época clásica, confirmará *ex inquisitione* al tutor nombrado por la madre si le instituyó heredero (Mod. D. 26,2,4), pudiendo aquella, al igual que el padre, prohibir la designación de determinadas personas para el cargo (C. 5,47.1, a. 197), llegando la época justiniana en la que se confirma el nombramiento aun en el caso de que no le hubiese instituido heredero (C. 5,28,4, *itp.*, a. 224).

Al tío paterno también se le reconoce el derecho a nombrar en su testamento tutor al impúber, y el magistrado, *ex inquisitione*, lo confirmará debiendo prestar caución (Pap. D. 26,3,5). Bonfante, basado en Mod. D. 27,1,13,12, cree muy verosímil también la confirmación de los tutores dados en el testamento del abuelo materno y demás próximos parientes<sup>13</sup>.

Con las miras puestas en el interés del impúber se permitirá que un extraño pueda nombrarle tutor si le instituye heredero, confirmando el nombramiento el magistrado si el instituido no tenía otros bienes (Paul. D. 26,3,4).

Queda así abierta la posibilidad de que cualquier persona, sin relación parental alguna con el impúber, pueda nombrarle tutor en su testamento si el pupilo recibe algún beneficio patrimonial.

### 3. Modificaciones determinantes en la tutela testamentaria:

Hemos visto como la tutela originaria surge como un *ius* del tutor, si bien la tutela testamentaria desde su aparición se nos presenta como un

<sup>9</sup> En esta línea de elección de tutor se excluye a aquel que en un testamento se designó a sí mismo tutor para un pupilo (Pap. D. 26,2,29), a quien desea injerirse para ser nombrado y a quien da dinero para desempeñar el cargo (Mod. D. 26,5,21.6).

<sup>10</sup> *Vid.* F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *cit.*, pp. 104-105.

<sup>11</sup> La Nov. 118, cap. V, les da preferencia incluso sobre los tutores legítimos y dativos.

<sup>12</sup> En Derecho justiniano no se le obliga al juramento, pero contraídas ulteriores nupcias será removida de la tutela. Nov. 94, cap. 2.

<sup>13</sup> BONFANTE, *Corso I*, p. 417.

*munus fiduciarium*, esto es, un favor que el elegido por el *paterfamilias* acepta el desempeño del cargo por amistad, confianza o afecto pudiendo, si así lo estima, renunciar al mismo —*abdicatio tutelae*—.

Distinto es el caso de la tutela dativa que desde que nace lo hace con el carácter de un cargo obligatorio impuesto por el magistrado.

Desde muy pronto, aunque de manera paulatina, la finalidad tuitiva de los tres tipos de tutela se convirtió en el elemento fundamental y razón de ser de la misma. Persiguiendo este fin, desde la época clásica, se produce una lenta evolución que tiende en todos los tipos de tutela a homogeneizar la regulación de la misma, convirtiendo al instituto en un *onus publicum*. Veamos los aspectos más importantes:

a) Obligatoriedad del cargo de tutor testamentario.

Aunque durante la época republicana el tutor testamentario pudiera renunciar al cargo mediante la *abdicatio*<sup>14</sup>, con Claudio se convierte el cargo en oficio obligatorio dictando los cónsules, en determinadas ocasiones, medidas para compeler a los tutores a la administración del patrimonio pupilar (Inst. J. 1,20,3) y, ya de manera general, Marco Aurelio dispone que el que sabe que ha sido nombrado tutor y se abstiene sin alegar excusa dentro del plazo establecido, *periculo suo eum cessare* (Ulp. D. 26,7,1).

Gayo (1,182) nos habla de la existencia del sistema de excusas, también aplicable a los tutores testamentarios, régimen que, en palabras de Solazzi, es antitético con el de la *abdicatio*<sup>15</sup>. Desde entonces ha dejado la tutela testamentaria de ser un *munus fiduciarium* para convertirse en un *onus publicum*<sup>16</sup>.

b) Injerencia del pretor en la voluntad del testador. Teniendo en cuenta que el pretor se atiene a la conveniencia de los pupilos y no a la letra del testamento (Trif. D. 26,3,10) a veces, para ello, como ya hemos apuntado, se aparta o contradice la voluntad del padre expresada en el testamento, y así actúa si considera inadecuada la elección, si el padre hizo el nombramiento con resolución poco meditada, o la hizo en un momento en el que el tutor parecía de buenas costumbres pero después, ignorándolo el padre, comenzó a portarse mal, o aquel fue nombrado en atención a sus bienes que luego perdió (Ulp. D. 26,7,3,3).

c) El grado de responsabilidad exigida al tutor testamentario, al igual que a los demás tutores, es el campo donde más hincapié harán la legislación y la jurisprudencia para, paulatinamente, ir exigiéndole mayor responsabilidad. Incluso a veces con el fin de asegurar el patrimonio del impúber y la responsabilidad dimanante de su administración, Juliano

<sup>14</sup> La *abdicatio tutelae* se podía realizar aun en época de Augusto como lo demuestra el papiro B.G.U.1113 del año 14 a. C.

<sup>15</sup> SOLAZZI, *L'abdicatio tutelae y BGU 1113*, Scritti, 2, pp. 93-99.

<sup>16</sup> La *abdicatio tutelae* es recordada aun por Ulpiano (Reg. 11.17), pero, en opinión de la doctrina mayoritaria, esta solo puede referirse a la *tutela mulierum*.

afirmará que si los tutores no hubiesen obrado de buena fe, deben ser condenados, aunque el padre en el testamento les hubiese exonerado de rendir cuentas al final de la tutela, porque nadie puede alterar el Derecho público (Ulp. D. 26,7,5,7), teniendo en cuenta que *tutor domini loco habetur cum tutelam administrat non cum pupillus spoliat* (Jul. D. 41,4,7,3).

A partir de la época clásica la tendencia unificadora de todas las clases de tutela permite hablar genéricamente de responsabilidad del tutor, por aplicar a todos los mismos criterios y las mismas acciones, si bien hay que advertir que existía para ello, en los primeros tiempos, mayor dificultad con los tutores legítimos.

La primera y típica acción contra el tutor testamentario es la *accusatio suspecti tutoris* con la que se persigue suspender al tutor en el ejercicio de la tutela por malversaciones dolosas o gravemente culposas del patrimonio pupilar (Ulp. D. 26,10,3,5).

No se encuentra en las fuentes rastro alguno en el que se establezca la obligación de indemnizar de alguna forma al pupilo. Solo en los casos en los que el tutor fuera plebeyo o liberto, dispone el edicto que, si hubiera cometido delitos graves en la tutela debe ser remitido al Prefecto de la ciudad para ser severamente castigado (Ulp. D. 26,10,1,8; *eod.* 2)<sup>17</sup>.

En época clásica existe también la posibilidad de simple *remotio* del tutor por pereza, rusticidad, inercia, simplicidad o ineptitud (Ulp. D. 26,10,3,18).

En esta línea de protección del patrimonio pupilar se llega a remover como sospechoso a un tutor antes de comenzar su función, por tener antecedentes desfavorables (Inst. J. 1,26,5). Otras veces, aunque el tutor no haya obrado fraudulentamente, pero es tan pobre que con su administración peligra la hacienda del pupilo, el magistrado estimará si se le ha de dar un curador adjunto que sea solvente, aunque para su remoción se estará al arbitrio de los cognados de buena fe y de los extraños y afines (C. 5,43,6, a. 238).

Pero la acción típica de la tutela es la *actio tutelae*, ejercitable, finalizado el cargo, primero contra el tutor nombrado por el magistrado, y ya en la época clásica contra cualquier clase de tutor.

Como las demás acciones tutelares la *a. tutelae*, cuando surge, adolece de graves defectos, siendo el principal el de no poderse ejercitar en caso de abstención del tutor. Pero durante la época clásica se irán arbitrando disposiciones tendentes a remediar aquellos defectos originales, y así:

— Se considera que el tutor gestionó la tutela si de alguna manera intervino en el patrimonio pupilar, aunque fuera mínimamente (Ulp. D. 26,7,5,1).

<sup>17</sup> También es remitido al Prefecto de la ciudad para que sea castigado el tutor que, mintiendo, negare alimentos al pupilo alegando la pobreza del mismo. De igual forma es remitido al Prefecto para ser castigado el que, por el pago de dinero, obtuvo el cargo de tutor (Ins. J. 1,26,10).



— Si todavía algún tutor recalcitrante se niega a desempeñar el cargo, si no tiene excusa, en determinados casos, como ya hemos dicho, los cónsules, a partir de Claudio, emanaban un *iussus de tutela gerenda* (Inst. J. 1,20,3), haciéndose general aquella obligación a partir de Marco Aurelio al disponer que si el nombrado tutor no alega excusa válida y se abstiene, *periculo suo eum cessare* (Ulp. D. 26,7,1,1; Fr. Vat. 155), de donde surgirá la *actio tutelae utilis* para exigirle la correspondiente responsabilidad (Pap. D. 26,7,39,11; Ulp. D. 46,6,4,3).

El grado de responsabilidad que al tutor se le exige no es fácil concretarlo para cada momento, pero el *quidquid dare facere oportere ex fide bona* de la *actio tutelae* es tan flexible que permite adaptarse a las exigencias de cada momento. Ulpiano considera incumplidos los deberes del *officium* cuando *in omnibus quae fecit tutor cum facere non deberet, ítem in his quae non fecit, cum facere deberet* (Ulp. D. 27,3,1, pr.).

Creemos que ya en la época clásica se le exigió al tutor responsabilidad por *culpa levis in abstracto*. En Derecho Justiniano parece ser exigida la misma responsabilidad en aquel grado (Cel. D. 26,7,33, pr.; C. 5,51,7, a. 293-304), si bien en algún texto a veces se habla de *diligentiam quantam in suis rebus adhibere solet* (Ulp. D. 27,3,1, pr.)<sup>18</sup>.

Por si esto fuera poco el emperador Constantino, en el año 314, estableció una hipoteca legal general sobre los bienes del tutor para garantizar al pupilo el buen resultado de la gestión tutelar (C. 5,37,20).

Pensando en el aseguramiento de la buena administración del patrimonio pupilar también a los magistrados municipales, y a sus herederos, se les hace responsables cuando al tutor propuesto no se le exigió la caución debida y en el momento de la rendición de cuentas aquel no fuera solvente (Pap. D. 26,3,5), o si la caución exigida no era idónea para conservar al pupilo su indemnidad (C. 5,75,3, a. 238).

En las provincias son los propios curiales quienes tienen que prestar la debida caución cuando se nombren tutores a los *clarissimi*, estando sus bienes afectos a la indemnidad de los mismos (C. 5,33,1,3, a. 393).

Así llega el instituto al Derecho Justiniano en el que el tutor, muy controlado, solo tiene un limitado poder de administración del patrimonio pupilar.

### III. LA TUTELA TESTAMENTARIA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

En el Derecho histórico español podemos decir que la tutela se nos presenta inspirada en un doble origen, por un lado de raíz germánica, reflejado en las fuentes visigodas escritas, con un doble carácter: Preponderancia de la tutela familiar e inexistencia de la tutela testamentaria. El

<sup>18</sup> Vid. E. VARELA, *cit.*, pp. 107 y ss.

segundo origen tiene su raíz romana, encontrando en las Leyes de Partida su máxima expresión.

a) El **Fuero Viejo de Castilla** (Libro V, Título 4.º, Ley 1.ª) dispone que muertos el padre o la madre, los hijos pequeños deben ser acogidos por los parientes más próximos, y sus bienes arrendados al mejor postor. A falta de parientes el alcalde del lugar debe arrendarlos a quien más dé por ellos.

b) El **Fuero Juzgo** (Libro IV, Título 3.º: *De pupillis et eorum tutoribus*) dispone que muerto el padre, si la madre quiere, y no se casa, tendrá la guarda de los hijos menores de edad. Si esta quiere casarse y alguno de los hijos tuviera veinte años, este debe tener a los otros hermanos y sus cosas en guarda sin enajenarlas ni perderlas. A falta de hermanos, el tío o el hijo del tío debe tener la guarda de ellos. Faltando estos el juez los dé a alguno de los otros parientes.

En todos los casos se realizará un inventario de los bienes, ante testigos, que se entregará, según se dispone, al Obispo o a algún sacerdote elegido por los parientes.

c) El **Fuero Real** (Libro III, Título VII) dispone en la Ley 3.ª que muerto el padre dejando «hijos sin edad» la madre, si no se casa, si quisiere, tome a los hijos y a sus bienes hasta que sean «de edad». Hará inventario ante los parientes más próximos del muerto y ante alguno de los alcaldes.

Si la madre casase, el alcalde y los parientes más próximos del muerto nombren a quien les tenga en guarda.

Si hubieran muerto ambos padres, dispone la Ley 2.ª que los parientes más próximos «con edad» tengan a los huérfanos y reciban sus bienes delante del alcalde y de hombres buenos por escrito —inventario— guardándolos hasta que los huérfanos vengan «a edad».

Si no hubiera parientes el alcalde los dé en guarda con todos sus bienes a un hombre bueno que los devolverá con el escrito con que los recibió cuando los huérfanos alcanzaren la edad.

Dispone la Ley 1.ª que para guardar a los huérfanos y sus bienes, el guardador ha de tener al menos veinte años, debiendo ser cuerdo, de buen testimonio y abonado, y si tal no fuere, no puede guardar de ellos ni de sus bienes.

d) El **Código de Partidas**. En los Títulos XVI-XIX de la Partida VI introduce el sistema tutelar romano justiniano recogiendo las tres formas de vocación tutelar allí vigentes: testamentaria, legítima y dativa, observando entre ellas el mismo orden de llamada y dando preferencia al sistema unipersonal.

Respecto a la tutela testamentaria contempla la posibilidad de que el padre, o el abuelo, en su caso, puedan dar tutores a sus hijos o nietos (Part. VI.XVI. 3 y 4)<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> También el padre puede nombrar tutor en su testamento al hijo de barragana, necesitando la confirmación del juez del lugar (Part. VI. XVI. 8).

## CONSIDERACIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA TUTELA TESTAMENTARIA 783

Igualmente la madre viuda puede dar tutor a sus hijos instituyéndoles herederos, exigiéndose la confirmación por el juez del lugar. Si no los instituyó herederos, aunque les deje de otra forma alguna partida de bienes, el juez es libre de confirmarlo o no, debiéndose para ello realizar —en palabras de Gregorio López— una previa y profunda investigación (Part. VI. XVI. 6).

No se contemplan otras personas para poder nombrar tutor testamentariamente.

Si el padre, o el abuelo en su caso, no dejaran nombrado tutor en su testamento, se pasa a la tutela legítima, con preferencia de la madre o la abuela sobre los demás parientes, debiendo aquellas comprometerse a no contraer ulteriores nupcias mientras dure la tutela, renunciando a la defensa que el Derecho otorga a las mujeres de no poder obligarse por otro. A falta de ellas los parientes más cercanos serán los guardadores de los huérfanos y de todos sus bienes, dando fiadores valiosos al juez del lugar (Part. VI. XVI. 9).

No existiendo tampoco tutores legítimos, la madre y los otros parientes deben pedir al juez del lugar que dé guardador al impúber con tal de que sea bueno y rico (Part. VI. XVI. 12)<sup>20</sup>.

El tutor nombrado debe ser mayor de veinticinco años, y varón, excepción hecha de la madre y la abuela.

Debe el tutor hacer inventario por mano de alguno de los escribanos públicos con otorgamiento del juez del lugar (Part. VI. XVI. 15). Si no lo hiciera, el juez del lugar puede quitarle la guarda de los huérfanos y de sus bienes como hombre sospechoso.

El Título XVII de la Partida citada, recoge un elenco de excusas, y en el XVIII se aborda la supresión de la tutela por sospechas del tutor, indicando las causas por las que se le puede acusar de sospechoso, entre las que se cuenta la omisión de inventario (Ley 1.<sup>a</sup>).

Cualquier tutor puede ser acusado de sospechoso, incluso el juzgador, si ve que administra mal, puede removerlo sin acusación previa (Part. VI. XVIII.3).

Como vimos en Derecho Justiniano, en la administración viene también limitado, a la hora de enajenar los bienes inmuebles del pupilo, exigiéndole que hará todas las cosas en pro de los huérfanos, absteniéndose de aquellas que se tornen en daño de ellos (Part. VI. XVI. 9 y 18).

El tutor condenado puede quedar infamado o no, según sea la causa, pero en todo caso debe responder del daño que hizo (Part. VI. XVIII. 4).

Esta regulación constituyó derecho vigente hasta la publicación del Código Civil, completada en el siglo XIX con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

---

<sup>20</sup> Para Gregorio LÓPEZ se entenderá que el tutor es rico si sus bienes equivalen a los del pupilo.

e) Curiosa resulta la Ley 1.<sup>a</sup> del Título XIX del Libro X de la **Novísima Recopilación**, donde al apoderado para hacer testamento por otro, a fin de evitar fraudes y engaños, muy frecuentes en estos casos, la ley le prohíbe una serie de decisiones que solo con la autorización expresa dada por el poderdante, puede reflejar en el testamento, y entre ellas le prohíbe la del nombramiento de tutor para sus hijos, precepto que repite literalmente el expresado en la Ley 31 de las Leyes de Toro.

f) La **Ley de Enjuiciamiento Civil**, de 1855<sup>21</sup>, contempla los tres tipos de tutela conocidos, otorgando al juez amplias facultades para asegurar el resultado positivo de la gestión patrimonial.

El padre, la madre a falta de aquel, o cualquier persona que instituya heredero al menor, o le deje un legado de importancia, podrá nombrar en testamento tutores a los incapacitados, viniendo aquellos obligados a prestar fianza —que siempre deberá ser hipotecaria (art. 1.265)—, salvo que el testador les hubiese exonerado de ella, pero en los dos últimos casos —los nombrados por la madre o un tercero— puede el juez desoír la exoneración si a su juicio no ofrecen las garantías suficientes para que se estime asegurado el patrimonio que se les entregará (arts. 1.219-1.223).

A falta de los nombramientos anteriores el juez designará para el cargo al pariente que corresponda según la ley (art. 1.226), y a falta de este, el juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, debiendo en ambos casos prestar fianza (art. 1.227-1.228).

Si el juez estimase que el pariente más inmediato, o cualquier otro de los que le siguen en orden, no reunieran las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, la conferirá a otra persona que merezca su confianza (art. 1.229).

Al nombrado tutor se le exige en el mismo expediente, el oportuno compromiso de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen (art. 1.269).

Los tutores y curadores no pueden ser removidos por el juez por un acto de jurisdicción voluntaria, aun cuando lo hayan solicitado los menores. Solo se decretará su separación después de discernido el cargo, cuando, oído el tutor o curador, sea vencido en juicio (art. 1.276).

g) **Regulación originaria del Código Civil.** La normativa sobre la tutela recogida en 1889, en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, lejos de restaurar la tradición castellana, se limitó a seguir muy de cerca el Código Civil francés, con dos características importantes: Por una parte refundición de la tutela y curatela en una sola figura, la tutela, bajo la que se someterán los menores de edad no emancipados, los locos y dementes, los sordomudos mayores de edad que no sepan leer y escribir, los declarados pródigos mediante sentencia y los que sufran interdicción civil (art. 200).

---

<sup>21</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, 1855. Segunda Parte. Jurisdicción voluntaria. Título III: Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos (arts. 1.219-1.276).

## CONSIDERACIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA TUTELA TESTAMENTARIA 785

La segunda característica es la implantación del sistema francés de la tutela de familia, y así tenemos una serie de órganos, desconocidos hasta entonces en nuestro Derecho, como son el protutor, cuya principal función es la vigilancia del tutor, y el Consejo de Familia, cargos estos que se añaden al del tutor, desempeñado todos, casi siempre, por miembros de la familia del tutelado.

También están regladas las funciones de la Autoridad judicial, e incluso del Ministerio Fiscal, aunque ambas de escasa trascendencia.

La tutela se defiere, según el orden de preferencia, por testamento, por ley y por el Consejo de Familia (art. 204).

Tanto el padre como la madre pueden nombrar tutor y protutor para sus hijos menores no emancipados y para los mayores incapacitados (art. 206). También puede nombrar tutor a los menores e incapacitados el extraño que les deje herencia o legado de importancia, dependiendo su validez de que el Consejo de Familia acepte la herencia o legado (art. 207).

La posibilidad del nombramiento de tutor por un extraño encuentra su antecedente, como hemos visto, en Derecho romano, recogido posteriormente por el art. 1.222 de la LEC de 1855.

En el caso de que diferentes personas hayan nombrado en su testamento tutor para el mismo menor, el art. 209 fija el orden para discernir el cargo, estableciendo que en primer lugar se tendrá en cuenta al designado por aquel de los padres que hubiese ejercido últimamente la patria potestad. En segundo lugar es llamado el nombrado por el extraño que hubiese instituido heredero al menor o incapaz, si fuera de importancia la cuantía de la herencia, y por último al que designase el que le deje manda de importancia.

En defecto de tutor testamentario la ley establece un orden de llamada al cargo diferente para cada grupo de incapaces. Concretamente para los menores no emancipados el art. 211 llama en primer lugar al abuelo paterno y en su defecto al materno; en segundo lugar a las abuelas por el mismo orden; en tercer lugar al mayor de los hermanos de doble vínculo y en su defecto de los consanguíneos o uterinos, y en último lugar llama a las hermanas por el mismo orden<sup>22</sup>.

En defecto de la delación testamentaria y legítima el art. 231 encomienda al Consejo de Familia el nombramiento pertinente.

Los arts. 237 y 244 enumeran respectivamente de forma pormenorizada los supuestos de incapacidad y causas de excusa, estableciendo el art. 238 las causas de remoción, atribuyendo al Consejo de Familia la declaración de incapacidad y/o remoción (art. 239).

El tutor, con la intervención del protutor, está obligado a realizar un inventario de los bienes del tutelado con la asistencia de dos testigos elegidos por el Consejo de Familia (art. 264.3 y 265)

---

<sup>22</sup> Los arts. 220, 227 y 230 establecen el orden de llamamiento para los mayores incapacitados.

Antes de que se le defiera el cargo, el tutor deberá prestar fianza para asegurar el buen resultado de su gestión (art. 252), obligación de la que están exentos el padre, la madre, los abuelos, los tutores testamentarios relevados por el padre y la madre, y el nombrado por el extraño que hubiese instituido heredero o dejado manda de importancia al menor o incapaz, exención esta limitada a los bienes en que consiste la herencia o legado (art. 260).

El art. 253 dispone que la fianza deberá ser hipotecaria o pignoratícia, admitiéndose solo la fianza personal si fuese imposible alguna de las anteriores.

El nombramiento de protutor y sus obligaciones viene recogido en los arts. 233 y ss., y respecto al Consejo de Familia, órgano colegiado al que se le atribuye la dirección de la tutela —«principal rueda del organismo tutelar», en palabras de Castán<sup>23</sup>— se le dedica todo el Título X, donde se recogen la composición, competencias y funcionamiento del órgano.

En general las facultades y obligaciones del tutor son de naturaleza diversa, y respecto a su funcionamiento unas veces necesita la intervención del protutor y otras de la previa autorización del Consejo de Familia.

Por lo que respecta a la administración del patrimonio, el art. 264 obliga al tutor a administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia. Viene obligado también a rendir cuentas anualmente al Consejo de Familia, salvo los padres, los abuelos, cónyuge e hijos y a los que se les hubiese concedido frutos por alimentos (art. 279), estableciendo el art. 281 la obligación de rendición de cuentas al término de la tutela.

Diversos artículos aluden a la responsabilidad del tutor, protutor, vocales del Consejo de Familia e incluso de la autoridad judicial, tratando con ello de asegurar y proteger en todo caso al tutelado y a su patrimonio.

#### **IV. REGULACIÓN VIGENTE DEL CÓDIGO CIVIL ESTABLECIDA POR LA LEY 13/1983, MODIFICADA EN PARTE POR LA LEY 41/2003**

La presente regulación relega grandemente a la familia del tutelado, otorgando a la autoridad judicial un papel relevante, pudiendo decirse que se abandona la «tutela de familia» para ser sustituida por una «tutela de autoridad».

Junto a la tutela la nueva regulación, suprimidos el Consejo de Familia y el protutor, órganos de la regulación anterior, introduce nuevamente la curatela y un nuevo órgano: el defensor judicial, otorgando al juez amplios poderes con valor decisorio.

---

<sup>23</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil común y foral*. Tomo V. *Derecho de familia*, vol. 2, 10.<sup>a</sup> ed. revisada por G. GARCÍA CANTERO y J. M. CASTÁN VAZQUEZ, Madrid, 1995, p. 510.

## CONSIDERACIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA TUTELA TESTAMENTARIA 787

Estarán sometidos a tutela los menores no emancipados que no se hallen bajo la patria potestad, los incapacitados cuando una sentencia así lo haya establecido, los sujetos a la patria potestad prorrogada al cesar esta, salvo que proceda la curatela, y los menores que se hallen en situación de desamparo (art. 222).

La delación de la tutela establecida en la ley de 1983, en su articulado llamaba en primer lugar al cónyuge que viviese con el menor o incapacitado; en segundo lugar a los padres; en tercer lugar a la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad o en documento público notarial, y en cuarto lugar al descendiente, ascendiente o hermano que designase el juez, pudiendo este alterar el orden mencionado, e incluso, prescindiendo de todos los citados, nombrar a quien en beneficio del tutelado considere más idóneo (arts. 234 y 235).

Sin embargo la ley de 2003 sitúa para la vocación tutelar en primer lugar al designado por el propio tutelado que, con capacidad de obrar suficiente, en previsión de su incapacitación judicial en el futuro, así lo hubiese dispuesto. Por lo demás, se respeta el orden mencionado en la ley de 1983.

A la vista de la delación mencionada podemos decir que aquella clasificación tradicional tripartita: testamentaria, legítima y dativa ha desaparecido, estableciéndose una mezcla de las mismas en las que en principio el parentesco entre tutor y tutelado tiene una relativa relevancia porque el juez, si lo estima oportuno, puede nombrar para tutor a persona distinta de los parientes reflejados en el orden establecido.

Por lo que se refiere a la tutela testamentaria solo es contemplada en cuarto lugar —el primero si se trata de los impúberes— y limitado su nombramiento exclusivamente por los padres, pudiendo estos también nombrar al tutor mediante documento notarial. En caso de que existan disposiciones de ambos —a diferencia de lo que disponía el antiguo art. 209.1.º que defería el cargo al nombrado por uno solo de los padres— aquellas disposiciones se aplicarán conjuntamente en cuanto fueran compatibles, y de no serlo, establece el art. 225 que el juez adoptará las que considere más convenientes para el tutelado.

Tampoco se reconoce la designación de tutor por el extraño que instituye heredero o deja un legado de importancia al tutelado, como se establecía en Derecho romano, en la LEC de 1855 y en el Código Civil de 1889, simplemente el art. 227 permite al benefactor establecer las reglas de administración de los bienes dejados y designar la persona o personas que hayan de ejecutarlas, atribuyendo al tutor las funciones no conferidas.

En el supuesto de que el tutor designado en testamento se excusase del cargo, el art. 257, siguiendo un proceder inveterado<sup>24</sup>, se le priva del legado o de cuanto el testador le dejó en consideración al nombramiento.

---

<sup>24</sup> En Derecho romano: Pap. D. 26,2,28, pr.; Paul. D. 27,1,32; Código Civil de 1889, art. 251.

El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado, dentro del plazo de sesenta días desde que tomó posesión del cargo, realizándose judicialmente con la intervención del Ministerio Fiscal y con la citación de las personas que el juez estime conveniente (arts. 262-264).

El juez, potestativamente, podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, determinando la modalidad y cuantía de la misma (art. 260), pudiendo en cualquier momento, con justa causa, modificar o dejar sin efecto la garantía prestada (art. 261).

A la vista de cuanto dispone la actual legislación podemos decir que la regulación de la tutela ha cambiado sustancialmente, y aunque para su funcionamiento, en principio, se sigan teniendo presente a los miembros de la familia del tutelado, la constitución de la tutela y la vigilancia y control de la función tutelar, siempre en beneficio del incapaz, recae fundamentalmente en el juez, auténtico poder y motor de la institución, ayudado por el Ministerio Fiscal.

Por lo que se refiere a la tutela testamentaria, esta se ha reducido sensiblemente pudiendo también los padres —únicos reconocidos con poder para así designar tutor— bien conjunta o bien separadamente, proponer tutor para el incapaz en documento público notarial sustituyendo al testamento.