

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**LA RELACIÓN MATERNO-FILIAL POR
CONSANGUINIDAD Y SU NATURALEZA JURÍDICA,
DEL DERECHO ROMANO A LA TRADICIÓN
ROMANÍSTICA MEDIEVAL**

**THE RELATIONSHIP BETWEEN MOTHER AND
CHILDREN AND ITS JURIDICAL NATURE, FROM
ROMAN LAW TO ROMANISTIC TRADITION**

Victoriano Sáiz López
Profesor Titular de Derecho Romano
Universidad de Alicante

A lo largo del periodo histórico en que el Derecho romano de familia ha dependido del principio originario de agnación, la relación materno-filial por consanguinidad, en sus diversas manifestaciones de orden deontológico, se ha mantenido en el ámbito extrajurídico y se ha organizado por medio de vínculos

de naturaleza moral y social. En efecto, la ausencia de sanción legal y tutela jurisdiccional no excluye, en modo alguno, su decisiva trascendencia en la conciencia individual y colectiva. Sin embargo, las transformaciones económico-sociales, políticas y jurídicas han dado lugar a la decadencia gradual de la familia agnaticia originaria y al consiguiente reconocimiento de la consanguinidad en el campo del Derecho. Desde finales de la época preclásica y, sobre todo, a partir de sucesivas innovaciones introducidas por los clásicos, en la evolución histórico-jurídica que conduce a las compilaciones romano-germánicas y a las reformas justinianeas, los vínculos naturales de la consanguinidad han sido objeto de consideración en los ámbitos negocial, jurisprudencial y legal, de modo que la relación materno-filial ha pasado a formar parte, junto con otras instituciones, del ordenamiento familiar y sucesorio, en su doble dimensión patrimonial y extrapatrimonial. En cualquier caso, esa evolución no ha llegado a alcanzar su culminación definitiva, por lo que ha quedado pendiente su desarrollo ulterior en el marco de la dualidad *ius proprium-ius commune* de la tradición romanística medieval. En estas condiciones, se plantea la cuestión en torno a la naturaleza jurídica de la relación materno-filial por consanguinidad, cuyo intento de solución unitaria se enfrenta a la concurrencia de posiciones que oscilan entre la idea de cotutela y la noción de potestad materna.

1.- La “cotutela materna” en el Derecho clásico

1.1 La praxis testamentaria y la jurisprudencia casuística

La escasez de fuentes jurídicas normativas, a propósito de la función tutelar de la madre¹, contrasta con la diversidad de manifestaciones del material papirológico en que se conserva la documentación de la praxis negocial greco-romana². Un ejemplo ilustrativo

¹ Como ha señalado B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 237, el poder de la madre se presenta como algo no bien definido desde el punto de vista del *ius romanum*, quizá porque, ante todo, se trata de una facultad de hecho, de carácter más moral que jurídico.

² La investigación papirológica ha puesto de manifiesto que, junto a la figura del tutor, se encuentra la madre, en calidad de *ἐπαχολουθήτρια*, término que podría albergar las ideas de educadora o administradora o representante. L. WENGER, *Zur Vormundschaft der Mutter*, ZSS, 26, 1905, pp. 449 y ss. R. TAUBENSCHLAG, *Die materna potestas im graeco-ägyptischen Recht*, ZSS, 49, 1929, pp. 115 y ss. G. LA PIRA, *Riflessi provinciali nel diritto tutelare classico romano*, BIDR, 38, 1930, pp. 53 y ss. P. FREZZA, *La donna tutrice e la donna amministratrice di negozi tutelari nel diritto romano classico e nei papiri greco-egizi*, Aegyptus, 11, 1934, pp. 126 y ss. WOLFF, H. J., *Das Vulgarrechtsproblem un die Papyri*, ZSS, 91, 1974, pp. 54 y ss. T. CHIUSI, *Zur Vormundschaft der Mutter*, ZSS, 111, 1994, pp. 155 y ss. M. AMELOTTI, *L'evoluzione del testamento romano classico attraverso la documentazione, in specie papirologica*, Scritti giuridici, Torino, 1996, pp. 420 y ss. ID., *Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti*, Scr. giur., pp. 428 y ss. ID., *Prassi testamentaria e Diritto romano*, Scr. giur., pp. 437 y ss. L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto*. 1997, pp. 30 y ss.

de la misma se encuentra en el llamado *Testamentum per aes et libram Antonii Silvani Equitis*, redactado en Alejandría, en el año 142 d. C., que se ha conservado en su totalidad. Entre sus disposiciones *mortis causa*, destacamos el nombramiento de *Hierax* como procurador de los bienes del causante adquiridos durante el servicio militar, con el fin de que los reúna y los entregue a *Antonia Thermuta*, madre del heredero instituido, y con el encargo de que ésta los conserve hasta que dicho heredero haya salido de la tutela y pueda recibirlos entonces de su madre.

Testamentum Antonii Silvani Equitis: ... Procuratorem bonorum meorum castrensi-um ad bona mea colligenda et restituenda Antonia<e> Thermuta<e> matri heredi<s> mei s<upra> s<cripti> facio Hieracem Behecis dupl(icarium) alae eiusdem, turma Aebutii, ut et ipsa servet donec filius meus et heres suae tutelae fuerit et tunc ab ea recipiat ... (142)³.

La disposición del testador en relación con la madre, *ut et ipsa servet ...*

et tunc ab ea recipiat, no responde a las formalidades imperativas del *ius civile*, por lo que nos encontraríamos ante un encargo de naturaleza fideicomisaria que, tras la instauración del *praetor fideicommissarius*, no sólo vinculan por razón de la *fides* sino también por el imperio del Derecho. De este modo, la madre pasa a tener la obligación de conservar

³ V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani, III, Negotia, Florentiae, 1972, p. 129-132.*

y restituir los bienes y, al mismo tiempo, las correspondientes facultades de ejercer la administración, en detrimento del tutor.

El reflejo que esta práctica provincial haya podido tener en las fuentes oficiales del Derecho tutelar romano clásico, a juzgar por las expresiones empleadas en ellas (*educatio, matris pietas, administrare, pietatis fiducia, etc.*), parece estar todavía más próximo al ámbito del fuero interno de la conciencia personal entre familiares por consanguinidad que a la coacción externa que el ordenamiento jurídico atribuye a la potestad paterna o tutelar. El proceso de recepción tiene lugar, en principio, a través de las decisiones casuísticas emanadas de la Cancillería imperial, mediante las que se trata de dar soluciones puntuales ante supuestos que carecen de precedentes en el *ius civile*, por lo que el *ius novum* que va formándose ya no responde a los esquemas tradicionales del Derecho propio de la *Civitas* sino a principios más acordes con la comunidad de pueblos que conviven durante la época del Principado.

Del tiempo de Alejandro Severo, se conservan tres rescriptos imperiales emanados poco después de la extensión de la ciudadanía romana a las provincias, con las consecuencias jurídicas que ello lleva consigo. En este sentido, debió plantearse, por parte del tutor, la

cuestión *extra ordinem* relativa a la educación de los pupilos, cuestión que se había mantenido ajena hasta entonces al régimen jurídico de la tutela.

Imp. Alexander A. Dionysiodoro C. 5, 49 Ubi pupilli educentur, 1: Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est ... (223).

La decisión singular se limita a constatar el hecho de que la madre, que no ha pasado a segundas nupcias, es la persona más adecuada para llevar a cabo esa función, por lo que el tutor ha de respetar su actuación. Se constata, además, que estamos ante situaciones en que la divergencia de pareceres puede requerir, incluso, la intervención del *praeses provinciae*, a quien se otorga competencia para decidir, tras la oportuna valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Otro supuesto que se plantea entonces surge en torno al deber de la madre de pedir la designación de un tutor que actúe en representación de su hijo, de acuerdo con la interpretación a que da lugar el Senadoconsulto Tertuliano. Es probable que la madre haya llegado a plantear la posibilidad de que a ella misma se le conceda el cargo de tutora. Esto supuesto, resulta evidente que la Cancillería imperial, en esa época y ante una cuestión concreta, no puede

promulgar una ley general, admitiendo a la madre por sí misma al desempeño de la tutela. Ni siquiera en la hipótesis de que *Otacilia* hubiera sido designada *per rescriptum Principis* tutora, con carácter extraordinario, podría hablarse de una disposición general derogatoria de la ley entonces vigente.

Imp. Alexander A. Otaciliae C 5, 35 Quando mulier tutelae officio fungi potest: Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est (224).

Imp. Alexander A. Otaciliae C. 5, 31 Qui petant tutores vel curatores, 6: Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes, sed et observare, ne quid secus, quam oportet, in re filii pupilli agatur (224).

La respuesta que se da en ese momento es expresión de una radical contraposición. En principio, se evoca la concepción agnaticia que, simplemente, no contempla la posibilidad de que la madre sea tutora de sus hijos, aunque después se haya intentado encontrar una justificación de ello, mediante argumentaciones que, según expone Gayo (1, 144), a propósito de la *tutela mulierum*, son más aparentes que veraces. Frente a ello, la piedad materna es reconocida y relacionada con el deber de pedir tutor, así como de procurar que en el desempeño de la tutela no se vaya contra el interés del pupilo⁴.

⁴ Según observa T. MASIELLO, *La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi*, Napoli, 1979, p. 89,

En este orden de ideas, cabe preguntarse si el *Princeps* ha podido llegar a designar, en algún caso excepcional, a la madre como tutora de su hijo impúber, mediante *rescriptum*. En este sentido, ha de hacerse referencia aquí al debate doctrinal en torno a la originalidad o alteración del texto del jurista de finales del siglo I d. C. y comienzos del II *Neratius*.

Neratius libro III regularum D. 26, 1 De tutelis, 18: Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent.

Desde el punto de vista de la crítica de las interpolaciones se ha llegado a la conclusión de que el fragmento se encuentra interpolado. La alteración habría consistido en el añadido posterior de la frase *nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent*, que introduce la excepción de la tutela materna a la regla general de la titularidad exclusiva del varón en esta materia⁵. La intervención de los compiladores

aunque estemos, formalmente, ante dos rescriptos, que se han transmitido por separado, en el marco de la sistemática del *Corpus Iuris Civilis*, el hecho de que tengan una misma destinataria constituye un indicio que permite argumentar en favor de la tesis, según la cual, se trata, en realidad, de dos partes de una sola decisión.

⁵ AA. VV., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, II, Weimar, 1931, 118. A la misma conclusión se ha llegado a propósito de *Gaius libro XII ad Edictum provinciale D. 26, 1 De tutelis, 16 pr.: Tutela plerumque virile officium est*, mediante la incorporación, en este caso, de la expresión *plerumque*. *Ibidem*.

justinianeos habría tenido por objeto conciliar el testimonio de *Neratius* y el nuevo régimen jurídico introducido por la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del 390 d. C., incorporada después a C. Th. 3, 17, 4 y a C. 5, 35, 2. Sin embargo, no se entiende por qué razón los compiladores hacen referencia al Príncipe, supuesto que la competencia en esta materia, a partir de la constitución citada, corresponde al prefecto de la ciudad, asistido del pretor, que preside el nombramiento de los tutores, o a los jueces, en las provincias. Dicha referencia introduce en el régimen de la compilación justiniana una duplicidad de competencias y procedimientos que, sin duda, puede dar lugar a confusión e inseguridad entre los intérpretes⁶. Podría pensarse, en efecto, que, si realmente se hubiera interpolado el texto por parte de los compiladores, estos habrían optado por no hacer referencia alguna a la autoridad competente en esta

⁶ Y así ha sucedido, en efecto. Los comentaristas han encontrado tres instancias diversas en las fuentes compiladas, a saber, la primera en el Digesto, la segunda en el Código y la tercera en las *Novellae leges*. Según el primero, la madre había de ser nombrada por medio de *rescriptum Principis*. Según el Código, habiendo obtenido el rescripto debía, a continuación, ser confirmada en el cargo por el juez. De acuerdo con la legislación posterior, la madre o bien la abuela, no teniendo necesidad de rescripto alguno, gozaban de preferencia con respecto a cualquier otro pariente. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Contratti, Successioni, Diritti di famiglia)*, 1939, reimpresión, Padova, 1971, p. 304.

materia⁷, diciendo simplemente, por ejemplo, *nisi filiorum tutelam specialiter postulent*.

En cualquier caso, la posibilidad de que, a través de rescriptos, el Príncipe haya podido designar a la madre como tutora de sus hijos no supone una modificación de la regla que considera la tutela como función exclusiva del varón, en detrimento de la misma. En Derecho clásico no sería más que una excepción, pero que está destinada, de antemano, a convertirse, con el paso del tiempo, en una norma jurídica.

Por otra parte, esta actitud vacilante de la Cancillería imperial no resulta tampoco ajena a la obra de la jurisprudencia de la época de los Severos. La palingenesis de los *libri responsorum* del jurista de origen provincial Papiniano nos ofrece algunas pruebas de ello. En efecto, en materia de tutela testamentaria, la premisa es que *lex romana* no contempla la posibilidad de que la madre sea designada tutora en el testamento paterno.

Papinianus libro IV responsorum D. 26, 2 De testamentaria tutela, 26, pr.: 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.

⁷ T. MASIELLO, *La donna tutrice ...*, cit., p. 14.

Sin embargo, la praxis testamentaria, basada en la autonomía de la voluntad, da muestras favorables a que se otorgue reconocimiento jurídico al ejercicio de hecho de esta función protectora materno-filial y ello va a contar, incluso, con el respaldo de las decisiones emanadas del *praeses provinciae*.

Esto supuesto, el mismo Papiniano reconoce que, en su época, la madre gestiona, de hecho, los negocios del hijo, de acuerdo con la voluntad paterna testamentaria. La expresión *pietatis fiducia* empleada por el jurista confirmaría la idea de que nos encontramos ante vínculos de naturaleza extrajurídica, en principio, pero que están adquiriendo una nueva dimensión a través de la voluntad fideicomisaria testamentaria. La conclusión de este razonamiento es que, mientras no exista una ley que reforme la tutela agnaticia, la madre *filii nomine non recte agit*.

Papinianus libro II responsorum D. 3, 5 De negotiis gestis, 30 (31), 6: Quamquam mater filii negotia secundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat, tamen ius actoris periculo suo litium causa constituendi non habebit; quia nec ipsa filii nomine recte agit, aut res bonorum eius alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.

La casuística de Papiniano aborda incluso el supuesto en que el padre testador libera al tutor,

disponiendo que la tutela de los hijos sea gestionada *consilio matris*. Ante esta cuestión puntual, el jurista no se encuentra en condiciones de admitir la plena validez de la disposición testamentaria, realizando una *interpretatio contra legem*. Se admite, pues, el ejercicio del *consilium matris*, en la práctica, y, formalmente, se respeta el *officium tutoris*.

Ulpianus libro XXXV ad Edictum D. 26, 7 De administratione et periculo tutorum et curatorum, 5, 8: Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, et eo nomine tutores liberavit; non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet, salubre consilium matris admittere, tametsi neque liberatio tutoris, neque voluntas patris, aut intercessio matris tutoris officium infringat

1.2 La interpretación autorizada del Senadoconsulto Tertuliano

En *Modestinus libro I Excusationum*⁸ se hace referencia a una decisión imperial, en virtud de la cual se priva a la madre, por no haber pedido el nombramiento de tutor, de la *vindicatio bonorum filiorum intestatorum*. Considerando este dato en relación con una disposición posterior sobre la misma materia⁹, puede suponerse que, en época de los

⁸ *Modestinus libro I Excusationum D. 26, 6 Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur, 2, 2.*

⁹ *Imp. Constantius A. Catullino Proconsuli Africae C. 6, 56 Ad Sen. Tertullianum, 3.*

Severos, se planteó el caso de vindicación de la herencia intestada de un hijo, por parte de la madre, frente a un pariente legítimo del mismo que, en su favor, alegaba el hecho de no haber pedido ésta que se nombrara tutor idóneo. La respuesta emitida por la Cancillería imperial, a través del *Rescriptum Severi ad C. Rufinum*, habría consistido en la concesión al demandado de una *praescriptio non petiti tutoris*, mediante la cual podía oponerse a la citada *vindicatio bonorum filiorum intestatorum*.

A partir de esa decisión a título singular, los juristas, en su labor interpretativa del Senadoconsulto Tertuliano, van más allá y formulan la regla general correspondiente. A tenor de ella, pierde el derecho hereditario que por esta norma le corresponde la madre que no ha pedido tutor idóneo para su hijo, como demuestra el texto de Ulpiano que se reproduce a continuación. Se interpreta, pues, el Senadoconsulto en el sentido de que la madre está obligada por ley, y no sólo por testamento, a pedir tutor idóneo, bajo la sanción de pérdida de la facultad de vindicación hereditaria. ¿Qué ocurriría, si en el testamento paterno se prohibiera el nombramiento de tutor, encargándose a la madre la administración de los bienes? La respuesta de Ulpiano, conforme al tenor literal que ha tenido acogida en el Digesto, “... *incidet, si nec petat*

nec legitime tutelam administrat”, expresa la idea de que la madre incurre en la sanción, si no pide el nombramiento de tutor, ni administra la tutela legítimamente. La obligación legal de la madre sería no sólo la de pedir tutor idóneo sino también la de administrar los bienes, en su caso.

Ulpianus libro XIII ad Sabinum D. 38, 17 Ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum, 2, 23-25: Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina ediderit, ius non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum ... Quid si pater eis peti prohibuerat tutores, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? Incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat

Junto a la denominada cotutela materna testamentaria, el texto, en su más amplia significación, parece avalar, incluso, la existencia, en Derecho clásico, de la cotutela materna legítima y obligatoria, por interpretación extensiva y aplicación del Senadoconsulto Tertuliano en los supuestos de falta de testamento paterno¹⁰.

¹⁰ En principio, la crítica de las interpolaciones, partiendo de la negación de la clasicidad de la tutela materna, ha considerado alterados textos diversos, entre los que éste se encuentra. Más en particular, O. LENEL ha considerado como un añadido posterior la expresión “*nec petat ... administrat*”, por lo que en su redacción original se habría limitado a la fórmula breve “*incidet, si non petat*”. AA. VV., *Index interpolationum*, III, Weimar, 1935, 73.

Por su parte, G. CRIFÒ ha llevado a cabo una revisión de la exégesis textual inicial, así como de la bibliografía crítica, llegando a la conclusión de que el origen de la tutela materna se

Sin embargo, no puede considerarse como cerrado definitivamente el problema del carácter imperativo y no facultativo con que la petición de tutor y la cotutela, por parte materna, han sido admitidas en Derecho Clásico. Frente a la citada opinión del jurista Ulpiano, que priva a la madre de la *vindicatio bonorum* por incumplimiento del deber de petición de tutor, se alzaría la disposición del emperador Constancio, que vendría a excluir la posibilidad de oponer la *praescriptio non petiti tutoris*, frente a la madre, por no haber pedido tutores para el hijo impúber.

Imp. Constantius A. Catullino Proconsuli Africae C. 6, 56 Ad Senatusconsultum Tertullianum, 3: Matres, quae puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierunt, praescriptione non petiti tutoris ad excludendam eorum succesionem minime debere praescribi certum est (354).

En consecuencia, se abre así la posibilidad de que la madre opte por no realizar esta petición y asuma la administración de los bienes, por sí misma y ya no en régimen de cotutela. ¿Qué ocurriría, si la madre tampoco asume dicha administración fomalmente? ¿Se trataría de una opción válida o, por el contrario, ello

encuentra en Derecho clásico. G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice in Diritto romano classico*, BIDR, 67, 1964, pp. 108 y ss. ID. *Ancora sulla donna tutrice in Diritto romano classico*, BIDR, 68, 1965, pp. 337 y ss. ID. “*ius iurandum in litem*” e tutela materna (Ulp. D. 12, 3, 4 pr.), St. in onore Giuffrè 1, 1967, p. 171 y ss.

supondría la pérdida del *beneficium Tertullianum*? La respuesta ha de buscarse en las disposiciones imperiales que han pasado al Código Teodosiano.

2.- La tutela filiorum ex lege postulata et confirmata en el Derecho postclásico

El estudio de la evolución histórica de la tutela materna en Derecho postclásico comienza con un testimonio cuya relevancia reside en el hecho de que, por una parte, confirma que la madre ha ejercido, en la práctica, la función tutelar y, por otra, advierte de la existencia de abusos cometidos por *feminae immoderatae atque intemperantae*, como consecuencia de haber pasado a un nuevo matrimonio. Se trata de una *lex generalis* de Constantino, *ad Populum*, conservada a través de C. Th. 3, 30, 3 y C. 5, 37 *De administratione tutorum et curatorum et de pecunia pupillari foeneranda vel deponenda*, 22.

Imp. Constantinus A. ad Populum C. Th. 3, 30 De administratione et periculo tutorum et curatorum, 3: Lex quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum, argentum ..., venderent omniaque ad nummos redigerent, praeter praedia et mancipia rustica, multum minorum utilitati adversa est. Praecipimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere ... Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt ... (326).

Según se indica en el proemio, una ley anterior, que obligaba a tutores y curadores a vender determinados bienes de sus pupilos, había resultado contraria a los intereses de estos, por lo que se dispone que, a partir de ahora, ya no les sea lícito venderlos, debiendo conservarlos en el patrimonio. Quizá lo más importante sea constatar la transformación que se está produciendo en el sistema de fuentes, el tránsito de los *rescripta Principum* a las *leges generales*, cuyo reflejo en materia de tutela materna va a ser innegable.

En este sentido y en relación con todos y cada uno de los antecedentes a que se ha hecho referencia, sin prescindir de ninguno de ellos, puede explicarse la disposición de los emperadores Valentiniano II, Teodosio I y Arcadio, del año 390, incluida en C. Th. 3, 17, 4 y C. 5, 35, 2. Viene a conectar esta ley con la de Constantino del año 326 (C. Th. 3, 30, 3), en lo que se refiere al requisito de que la *mater tutrix* no contraiga nuevo matrimonio, así como con la de Constancio del año 354 (C. 6, 56, 3), en cuanto al carácter libre y voluntario de la *postulatio* propia de este tipo de tutela, en contraste con el vínculo necesario establecido hasta ahora.

Especial relevancia mantiene todavía en la ley de 390 el criterio de subsidiariedad de la *tutela materna* con respecto a la *patria potestas*, cuya atribución sigue

haciéndose, en exclusiva, al varón y ello con independencia de cualesquiera otras consideraciones de carácter extrajurídico. Comienza esta disposición, en efecto, aludiendo a la condición *sine qua non* de fallecimiento del varón.

La subsidiariedad le afecta también, en relación con la tutela legítima, *cum tutor legitimus defuerit, vel privilegio tutela excusetur, vel suspecti genere summoveatur, vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneus inveniatur*, de modo que este tutor legítimo tiene rango preferente, salvo en las circunstancias indicadas, según se dispone en el fragmento tercero¹¹. El carácter extenso de la redacción a propósito de tales circunstancias parece abonar la posibilidad de una interpretación favorable a la tutela materna. No deja de sorprender, sin embargo, el hecho de que se distinga entre tutela legítima y tutela materna, como si ésta última no gozase también de reconocimiento legal, siendo además de primer grado en la línea recta ascendente.

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano Pf. P. C. Th. 3, 17 De tutoribus et curatoribus

¹¹ Ha de entenderse que también tiene carácter preferente la tutela testamentaria que recae en persona distinta de la madre, aunque en el texto teodosiano se omite toda referencia a ella, a diferencia de lo que ocurre con el texto transmitido a través del Código justiniano.

creandis, 4: Matres, quae amissis viris tutelam administrandorum negotiorum in liberos postulant, priusquam confirmatio officii talis in eas iure veniat, fateantur actis, ad alias se nuptias non venire. 1. Sane in optione huiuscemodi nulla cogitur, sed libera in condiciones, quas praestituimus, voluntate descendat; nam si malunt alia optare matrimonia, tutelas filiorum administrare non debent. 2. Sed ne sit facilis in eas post tutelam iure susceptam irruptio, bona eius primitus, qui tutelam gerentis affectaverit nuptias, in obligationem venire, et teneri obnoxia rationibus parvulorum praecipimus, ne quid incuria, ne quid fraude depereat. 3. His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, cum tutor legitimus defuerit, vel privilegio tutela excusetur, vel suspecti genere summoveatur, vel ne suis quidem per animi aut corporis valetudinem administrandis facultatibus idoneus inveniatur. 4. Quod si feminae tutelas refugerint et praeoptaverint nuptias, neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tum demum vir illustris praefectus urbi, adscito praetore, qui impertiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt (390).

De modo explícito, esta ley tipifica la tutela materna como un *ius*, excluyendo que se trate de un poder-deber. Sin embargo, una vez aceptada, su ejercicio lleva consigo la renuncia solemne a un nuevo matrimonio. Pero no se trata de una renuncia que incapacite a la mujer para las nupcias sino tan sólo del reconocimiento formal de la incompatibilidad entre tutela materna y matrimonio, puesto que la mujer, aunque renunciara, podría volver a casarse válidamente. En ese supuesto, cesaría la tutela y los bienes de aquel que contrajera matrimonio con ella

quedarían sujetos a una especie de hipoteca legal, como garantía ante eventuales responsabilidades derivadas del ejercicio de esa función protectora.

El reconocimiento legal de la libertad de opción de la madre, de asumir o no la tutela, lleva implícito el mantenimiento de su derecho de sucesión intestada en la herencia del hijo pupilo en todo caso, esto es, con independencia de que solicite o no el desempeño del cargo. ¿Lo mantendría, incluso, en la hipótesis de un nuevo matrimonio, tras haberse comprometido a no contraerlo? La presente cuestión no va a tener respuesta explícita en la ley de 390. Habrá que esperar hasta el momento posterior de la promulgación de una nueva ley, en 439, por parte de los emperadores Teodosio II de Oriente y Valentiniano III de Occidente.

Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio P. P. C. 6, 56 Ad Senatusconsultum Tertullianum, 6: Omnen matri sive ab intestato sive iure substitutionis, si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem, si ea legitima liberorum tutela suscepta ad secundas contra sacramentum praestitum adspiraverit nuptias, antequam ei tutorem alium fecerit ordinari eique quod debetur ex ea ratione tutelae gestae persolverit (439).

La madre que ha cesado en el cargo de tutora por razón de nuevo matrimonio mantendría, pues, sus derechos sucesorios, siempre que el cese no haya

tenido lugar antes del nombramiento de otro tutor y del pago de lo debido con motivo de la tutela administrada.

En definitiva, el presente régimen postclásico teodosiano no podría ser entendido como una innovación completa, sin precedentes en época clásica, al igual que no podría prescindirse de su continuidad histórico-jurídica, a través de las versiones abreviadas de las fuentes, que reflejan, así, las tendencias vulgarizadoras. Más en particular, la disposición imperial que había sido promulgada en 390 e incluida luego en el Código Teodosiano del año 438 se perpetuará en el Derecho romano-germánico de Occidente, a través de la *Lex Romana Visigothorum*, junto con la interpretación correspondiente.

INTERPRETATIO: Mulieres mortuis 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. Sciant hoc etiam viri, qui sibi iungendas matres postulant parvulorum, quod, si mulieres tutelam administrare coeperint filiorum et postea nupserint, ille, qui in consortio recipitur maritali, bona sua noverit obligata et se ad rationem reddendam minoribus obnoxium esse futurum.

Lo más destacable de esta versión glosada y abreviada sería que, haciendo omisión de toda referencia a la tutela legítima y a su carácter

preferente, permitiría entender que la *mater tutrix* ya no queda, explícitamente al menos, como figura de carácter subsidiario.

3.- *Parentum potestas, matris potestas, filiorum tutela* en el Derecho romano-germánico y en los *iura propria* de las regiones del *Liber iudiciorum*

Supuesta la pluralidad de manifestaciones del Derecho romano-germánico, en cada uno de los diversos Reinos que se forman tras la caída del Imperio en Occidente, y tomando aquí como referente el Derecho romano-visigodo, se constata la existencia, entre sus caracteres fundamentales, de la dualidad de fuentes del *ius scriptum*, constituida tanto por la *Lex Romana Visigothorum* como por la *Lex Visigothorum*. Según se ha indicado en el apartado anterior, la primera de ellas habría venido a perpetuar el régimen ya fijado en el Código Teodosiano, mientras que la segunda, a través de redacciones sucesivas¹², habría sido el cauce de desarrollo, a lo largo del periodo

¹² La obra que hoy solemos denominar *Lex Visigothorum* tiene, desde sus orígenes, una tradición compleja, porque su constitución se ha hecho en diversas etapas y a iniciativa de distintas autoridades. M. DÍAZ Y DÍAZ, *La Lex Visigothorum y sus manuscritos*, AHDE, 46, 1976, pp. 163 y ss. Y. GARCÍA LÓPEZ, *Estudios críticos de la "Lex Wisigothorum"*, Madrid, 1997, pp. 9 y ss.

altomedieval, del régimen romano vulgar inicial del Código de Eurico¹³.

Bajo la influencia de las constituciones imperiales¹⁴, la legislación euricana establece una regulación sucesoria favorable a los hijos y al cónyuge

¹³ Siguiendo las orientaciones de E. LEVY, P. MERÊA y A. GARCÍA GALLO, A. D'ORS, *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Roma-Madrid, 1960, pp. 1 y ss., ha venido a confirmar que el Código de Eurico es fundamentalmente una fuente de Derecho romano vulgar, entendido en el sentido de que presenta alteraciones de los modelos jurisprudenciales clásicos, alteraciones que suelen hallarse tanto en las llamadas *leges romanae barbarorum* como en las *leges barbarorum*.

La expresión Derecho romano vulgar ha sido empleada con diferentes significados, como ha señalado F. CALASSO, *Medio evo del Diritto*, Milano, 1954, pp. 57-59, por lo que resulta conveniente distinguir varios niveles. En primer lugar, el Derecho oficial está constituido por las fuentes jurídicas a las que la autoridad ha reconocido valor normativo. Por otra parte, el nivel culto, opuesto al vulgar, tiene su reflejo en las obras de determinados juristas que siguen el modelo clásico. Asimismo, hay un nivel de aplicación efectiva que se manifiesta, sobre todo, en los redactores de los documentos oficiales y un nivel popular que aparece en la actuación práctica cotidiana realizada por la gente no experta en Derecho. A. GARCÍA GALLO, *Del testamento romano al medieval. La líneas de su evolución en España*, AHDE 47, 1977, pp. 431-32.

En suma, tanto la *Lex Romana Visigothorum* como la *Lex Visigothorum* constituyen, de un modo u otro, Derecho oficial germánico, pero, materialmente, comprenden, Derecho romano que se aparta del modelo clásico, por lo que puede calificarse de vulgar, en mayor o menor grado, sin que ello haya de ser entendido en un sentido peyorativo.

¹⁴ M. GARCÍA GARRIDO, *El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico*, AHDE 29, 1959, p. 439. E. GACTO FERNÁNDEZ, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Anales de la Univ. Hispalense, 27, 1975, pp. 44 y ss.

sobreviviente que no contrae nuevo matrimonio. Por un lado, otorga al padre viudo el usufructo sobre la totalidad de los *bona materna*, aunque este derecho queda reducido a la mitad, cuando el hijo o la hija llegan a la mayoría de edad, o bien a un tercio, cuando contraen matrimonio.

Codicis Euriciani Fragmenta 321, Tit. De successioneibus, Lex Visigothorum 4, 2, 13: Si marito superstite uxor forsitam moriatur, filii, qui sunt de eodem coniugio procreati, in patris potestate consistant, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideat, ut nihil exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructos tamen omnes pro suo iure percipiat et una cum filiis communibus consumat expensis. Cum autem filius duxerit uxorem aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam recipiat portionem, ita ut usufructuaria patri tertia derelinquatur. Pater autem tam filio quam filiae, cum XX annos aetatis impleverit, mediam ex eadem, quam ununquemque contingit de rebus maternis, restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati. Medietatem vero dum advixerit pater sibi vindicet, filiis post abitum relinquendam. Qui autem novercam superduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformet; ne, dum filii cum rebus ad domum transeunt alienam, novercae suae vexentur iniuriis¹⁵.

De acuerdo con esta regulación legal de la sucesión *mortis causa* a propósito de los *bona materna*, corresponde al padre viudo, sobre todos estos bienes

¹⁵ K. ZEUMER, *Leges Visigothorum. Legum Codicis Euriciani Fragmenta. Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum, Hannoverae et Lipsiae, 1902.*

heredados por los hijos, un derecho de usufructo legal, sin facultad de disposición; asimismo, ha de destinar los frutos obtenidos al pago de los gastos familiares comunes. Esta potestad paterna cesa, totalmente, con ocasión de nuevas nupcias y, parcialmente, con motivo del matrimonio del hijo o hija -en cuyo caso el padre retiene la llamada *tertia usufructuaria*- y de su mayoría de edad, con la retención de la mitad de los bienes.

Por otro lado, se otorga a la madre viuda no la totalidad de los *bona paterna* sino una porción proporcional al número de hijos, en concepto de usufructo, atribuyéndose a éstos la nuda propiedad. A diferencia del régimen paterno, esa cuantía se mantiene constante.

Codicis Euriciani Fragmenta 322, Tit. De successionibus, Lex Visigothorum 4, 2, 14: Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios suos, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vendere nec uni ex filiis conferre praesumat. Quod si eam filii hanc portionem matris <evertere> sive per negligentiam sive per odium eorum forte prespexerint ad millenarium vel ad comitem civitatis aut iudicem referre non differant, ut matrem suam contestatione commoneant, ne res, quas ad usumfructum accepit, evertat. Nam usumfructum, quem ipsa fuerat perceptura, dare cui voluerit, filio vel filiae, non vetetur. Verum si ex ea usufructuaria portione aliquid probatur eversum, filiis post mortem matris de eius facultatibus sarciatur. Post obitum vero matris portio, quam acceperat, ad filios equaliter vertatur, quia non possunt de paterna

hereditate fraudari. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt coniugio, vindicabunt.

En definitiva, la regulación legal, siguiendo un criterio básico que sólo difiere en parte del anterior, otorga a la *uxor* un derecho de usufructo vitalicio, mientras no contraiga nuevas nupcias, derecho que no cesa con motivo del matrimonio del hijo o hija ni de la mayoría de edad, pero que se reduce a una porción proporcional al número de hijos; asimismo, la madre no puede enajenar los *bona paterna* que le correspondan, ni mejorar a un hijo en detrimento de otro. El incumplimiento del deber de conservación permite a los hijos ejercer la facultad de resarcimiento sobre los bienes maternos y de reclamación ante la autoridad competente, *millenarius, comes civitatis, iudex loci*.

Si bien es cierto que no hay referencias más explícitas a la tutela materna entre los fragmentos que se conservan de este Código romano-germánico, no puede negarse la probabilidad de la existencia de un “fondo euriciano”¹⁶ en la *Lex Visigothorum*, a partir del cual esta institución ha venido desarrollándose, como ponen de manifiesto textos diversos.

¹⁶ K. ZEUMER, Historia de la legislación visigoda, Barcelona, 1944, pp.329 y ss.

En primer lugar, se encuentra un fragmento que aparece bajo la rúbrica *antiqua* en la edición de *Leges Visigothorum* de K. ZEUMER de 1902 y que ocupa el tercer lugar en el Título *De pupillis et eorum tutoribus*. En él se reitera el carácter potestativo de la tutela materna prevista en las fuentes romanas.

Antiqua, Lex Visigothorum 4, 3 De pupillis et eorum tutoribus, 3: Si patre mortuo in minori etate filii relinquuntur, mater eorum tutela, si voluerit, suscipiat, si tamen in viduitate permanserit; ita ut de rebus filiis debitis inventarium faciat, per quod postmodum filii hereditatem sibi debitam querant. Quod si mater alium maritum acceperit, et aliquis de filiis iam ad perfectum, id est usque ad XX annorum perveniat etatem, ipse iuniores fratres sua tuitione defendat et res eorum nec ab ipsis nec ab aliis permittat everti nec aliqua neglegentia deperire. Quod si eas ipse forte consumserit aut vendiderit vel donaverit aut per neglegentiam suam perire permiserit, cum fratres adoleverint, ea, que per neglegentiam ipsius deperierint, de sua illis portione restituat. Cui tamen de fructibus ad victum presumendi partem decimam non negamus, ut non hec, que debet minoribus reservare, nimiis evertat expensis. Si quas vero de suo pro communibus necessitatibus aut negotiis expensas fecerit, facta presente iudice ratione, de ea, que ipsis a patre communis relicta est substantia, quod expenderit consequatur.

Sin embargo, la tutela *ex lege* corresponde, ahora, a la madre con carácter preferente¹⁷, frente a otros

¹⁷ Si se compara esta ley con la constitución del 309 (C. Th. 3, 7, 4), que había concedido a la madre la tutela de los hijos, se constata que, a diferencia de la ley romana que limitaba la facultad materna al supuesto de inexistencia de tutor legítimo o de persona idónea, la ley visigoda viene a admitir dicha facultad materna en todo caso, con la sola condición de que ella no

parientes del pupilo, hermanos, tíos, etc., siempre que permanezca en la condición de viuda y realice un inventario de los bienes debidos a los hijos, con el fin de que éstos puedan reclamar lo que les corresponda en concepto de herencia.

Este mismo Título *De pupillis et eorum tutoribus* viene encabezado por una ley que, apelando al deber ético-jurídico, conforme a la *pietas*, de dar consejo a los menores, para que no pierdan sus bienes, hace declaración jurídica de hecho conocido por sí mismo, a saber, que la madre no tiene menor cuidado que el padre en la protección de los hijos.

Flavius Chindasvindus Rex, Lex Visigothorum 4, 3 De pupillis et eorum tutoribus, 1: 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 nuncuparentur, tamen, quia non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter inpendere, ideo ab utroque parente, hoc est patre vel matre, infra XV annos filios post mortem relictos pupillos per hanc legem decernimus nuncupandos.

Sólo los hijos menores de quince años que han perdido tanto a su padre como a su madre pueden ser considerados pupilos y, por tanto, quedarían sujetos a otra persona, en concepto de tutela¹⁸. Parece hallarse

contraiga nuevo matrimonio. M. GARCÍA GARRIDO, cit., p. 419.

¹⁸ Considerando esta ley en relación con la anterior, resultaría que, hasta los quince años, la madre viuda ejerce la *potestas* y

implícito en el texto que esto ya no ocurre con los menores que sólo han perdido a su padre, puesto que entonces la madre es capaz de ejercer su guarda y protección, *cura* o *potestas materna*, con la misma solvencia que el padre, titular de la *patria potestas*. Ambas potestades podrían ejercerse, en suma, de manera conjunta o supletoria¹⁹.

He aquí dos nuevos fragmentos que vienen a corroborar este planteamiento inicial. En el primero de ellos, si bien es cierto que se trata del aspecto puntual del casamiento de los hijos, se hace explícita alusión a la *matris potestas*, ejercida en defecto de la autoridad paterna, institución que parece encontrarse más próxima a la patria potestad que a la tutela.

que, hasta los veinte, se le asigna la *tutela*.

¹⁹ Es probable que este régimen jurídico tenga su origen histórico no tanto en costumbres germánicas de signo contrario al Derecho romano como en el desarrollo natural de este ordenamiento jurídico familiar. Entre otras obras que abordan el tema, se encuentran las que se indican a continuación. R. UREÑA, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, Madrid, 1912. J. FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godo-hispano y el noruego-islándico*, Barcelona, 1928. F. LANFRANCHI, "*Ius exponendi*" e *obbligo alimentare nel Diritto romano classico*, SDHI, 6, 1940, pp. 5 y ss. P. MERÊA, *O poder paternal na legislação visigótica*, *Estudios de Direito visigótico*, Coimbra, 1948. A. OTERO, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, AHDE 26, 1956, pp. 209 y ss. P. VOGLI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, IURA, 31, 1980, pp. 37 y ss. ID., *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, SDHI, 51, 1985, p. 1 y ss. A. TORRENT, *Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet*, INDEX, 35, 2007, pp. 159 y ss.

Antiqua, Lex Visigothorum 3, 1 De dispositionibus nuptiarum, 7: Patre mortuo utriusque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat; matre vero mortua, aut si ad alias nuptias forte transierit, fratres eligant, cui dignius puer vel puella iungatur.

En este mismo ámbito de la autorización a propósito del matrimonio de los hijos, otra ley, con posible base euriciana, y que, por tanto, conectaría con la supremacía cultural del *ius romanum*, y no con hipotéticos usos y costumbres de raíz germánica opuestos a él, reconoce expresamente el *consensus parentum*, así como la *potestas parentum*. En dicha ley, se establece que los progenitores tienen el poder compartido de autorizar el matrimonio de los hijos y a ello se añade que la falta de tal autorización no supone la nulidad del vínculo entre los contrayentes, pero sí puede llevar consigo la pérdida de los derechos sucesorios. He aquí el texto de la disposición.

Antiqua, Lex Visigothorum 3, 2 De nuptiis illicitis, 8: Si puella ingenua ad quemlibet ingenuum venerit in ea condicione, ut eum sibi maritum adquirat, prius cum puella parentibus conloquatur; et si obtinuerit, ut eam uxorem habere possit, pretium dotis parentibus eius, ut iustum est, impleatur. Si vero hoc non potuerit obtinere, puella in parentum potestate consistat. Quod si absque cognitione et consensu parentum eadem puella sponte fuerit viro coniuncta, et eam parentes in gratia recipere noluerint, mulier cum fratribus suis in facultate parentum non succedat, pro eo, quod sine voluntate parentum transierit pronior ad maritum.

Nos encontramos, pues, ante una tradición jurídica que se expresa en la terminología clásica, aunque emplea nociones que han nacido en el ámbito del Derecho provincial y postclásico y que han sido asimiladas en el mundo germánico altomedieval. Al mismo tiempo, esta tradición romanística visigótica se encuentra a la base de los *iura propria* de las regiones forales del *Liber iudiciorum* y el Fuero Juzgo, ordenamientos regionales y locales que van a coexistir, a partir de la recepción, con el *ius commune* inspirado en la compilación justiniana.

4.- La *tutela matri et aviae ex lege permissa* en el Derecho justiniano

El tema que es aquí objeto de consideración tiene su referente fundamental, dentro del contexto del *Corpus Iuris Civilis*, en las reformas legislativas justinianas del Derecho familiar y sucesorio, realizadas con posterioridad al *Codex*, puesto que con ellas culmina el proceso de transición del antiguo parentesco agnaticio del régimen patriarcal romano a la relación familiar basada en los vínculos naturales de la consanguinidad. A mediados del siglo VI d. C., en efecto, tiene lugar la abolición definitiva de los

privilegios sucesorios de los agnados y la consiguiente equiparación *inter masculos ac feminas*, dentro de cada uno de los grados de las líneas directas y colaterales correspondientes²⁰.

En este orden de ideas, ha de destacarse, según se comprueba a continuación, el hecho de que, a través de la *Novella Lex CXVIII*, del año 543, que consta de seis capítulos con *praefatio* y *epilogus*, el legislador no se ha limitado a regular el orden de llamamientos de la sucesión intestada. De acuerdo con un criterio más abarcador, ha abordado, asimismo, en el Capítulo V, la correlativa ordenación del régimen de la tutela legítima.

Caput V: Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur aut solus aut cum aliis, et functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure, sed omnibus similiter ad tutelam vocandis quique ex masculorum quique ex feminarum prole descendunt minori coniuncti. Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere neque excusatione competentis sibimet utuntur. Mulieribus

²⁰ Por imperativo de la *Novella Lex CXVIII*, bajo el Título *Constitutio quae iura agnatorum tollit et successiones ab intestato definit*, se declaran abolidos los derechos sucesorios preferentes de los agnados, con respecto a los vínculos de la consanguinidad, reconociéndose expresamente la injusticia de las leyes antiguas por las que se había introducido el régimen discriminatorio favorable a los parientes pertenecientes a la línea masculina frente a los de la femenina: *Cum multas et diversas leges antiquioribus temporibus promulgatas inveniamus, per quas non iuste discrepantia successionis ab intestato inter cognatos ex masculis et feminis descendentes introducta est ... (Praefatio)*.

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 renuntiant ... (543)

En efecto, una misma disposición normativa (sistema unitario familiar-sucesorio), siguiendo el criterio subjetivo de “delación unificada”, hace coincidir, en cada uno de los llamamientos legales, la condición personal de sucesor intestado y la de encargado de la tutela, en previsión de casos de minoría de edad. Al mismo tiempo, con arreglo al principio de igualdad entre los parientes por consanguinidad, realiza, sin distinción alguna entre *ius agnatorum* y *ius cognatorum*, tales llamamientos a la sucesión intestada y al desempeño de la función tuitiva

Si este Capítulo V es analizado en el marco del proceso histórico de compilación sistemática y de reformas legislativas, la cuestión fundamental que se plantea es la de concretar cuál ha sido su preciso alcance innovador.

A propósito de la equiparación *inter cognatos* en relación con la herencia, hemos de partir del hecho de que, en el sistema de sucesión *ab intestato* previsto por los compiladores en el Digesto y el Código, se ha mantenido todavía el régimen de preferencia del llamamiento denominado *unde legitimi* sobre el *unde*

*cognati*²¹, por lo que puede afirmarse que estamos ante una tardía pero definitiva innovación, en la medida en que se suprime ese *ius agnatorum* preferente, con la consecuencia de equiparar a todos los familiares por consanguinidad que comparten grado en la misma línea.

Por lo que se refiere a la equiparación *inter cognatos* en la tutela legítima, parece que los compiladores justinianos han conservado aún vigente el régimen arcaico de agnación excluyente de la cognación, a tenor del cual dicha tutela es deferida a los parientes paternos, pero no a los maternos²². Por tanto, el Capítulo V de la *Novella Lex CXVIII*, suprimiendo la tutela legítima agnaticia, ha introducido un nuevo régimen basado en los vínculos de la consanguinidad. Esta opinión encuentra confirmación en el hecho de que los glosadores, en su intento de conciliar los textos del *Corpus Iuris Civilis*, superando las contradicciones que, en ocasiones, presentan, hayan insertado, inmediatamente después de la *lex Ad*

²¹ En primer término, la *bonorum possessio unde legitimi*, que ocupa el segundo lugar en el orden de llamamientos a la sucesión intestada del derecho pretorio, va a tener su ubicación sistemática en *D. 38, 7 Unde legitimi*, así como en *C. 6, 15 Unde legitimi et cognati*, aunque de forma conjunta. En segundo término, la *bonorum possessio unde cognati* va a tenerla en el capítulo siguiente.

²² *C. 5, 30 De legitima tutela, 1: Ad avunculos nec masculorum tutelae ex lege duodecim tabularum deferuntur, cum solum patris, si non excusaverint, id ius tributum sit.*

avunculos = C. 5, 30, 1, la *Authentica Ex his*, advirtiéndose, así, de la reforma introducida, con posterioridad a la promulgación del *Codex*. De este modo, se entiende que el beneficio de la herencia intestada se defiere a los parientes próximos, sin tener en cuenta la agnación, junto con la carga de la tutela²³.

Prolongando esta reflexión, cabe preguntarse si constituye o no una innovación el criterio unitario de delación unificada, por el que una misma norma de carácter dual ha dado lugar al régimen de confluencia en el mismo sujeto, de los llamamientos al desempeño de la tutela legítima y a la sucesión intestada. La naturaleza jurídica de esta tutela legítima ya no corresponde a la de una modalidad de *vis ac potestas*, que ejerce su titular sobre el pupilo, sino que se identifica con la de un *munus* de carácter necesario y no voluntario. En efecto, la persona en quien recaiga la delación, sin poder recurrir a la *abdicatione tutelae*, ha de desempeñar el cargo, quedando sólo la posibilidad de excusarse, mediante la alegación de una justa causa. Todo ello lleva consigo un régimen estricto de deberes y garantías, convencionales y legales, personales y reales, así como de responsabilidades eventuales, tanto

²³ *ACCURSII Glossa in Codicem Authent. Ex his: Sicut hereditas, agnatione non inspecta, proximis defertur, sic et tutelae onus comitatur emolumentum ... (Corpus Gossatorum Iuris Civilis, X, Augustae Taurinorum, 1968).*

de orden civil como criminal²⁴. No ha de sorprender, pues, que se haya optado por el intento de compensar carga y beneficio, *onus tutelae et emolumentum successionis*. Se habría tratado de evitar situaciones de iniquidad en que una persona sea llamada a la herencia intestada del menor, mientras que a otra se le impongan los deberes y responsabilidades tutelares. Sin embargo, el inconveniente que surge en estas circunstancias es que la idoneidad del tutor no va a quedar garantizada. Así lo pone de manifiesto el hecho de que en la versión “auténtica” medieval de esta disposición justiniana, yendo su redactor más allá del tenor literal original, se haga explícita la preocupación por asegurar la citada idoneidad²⁵, dentro del régimen preestablecido.

Alcanzado el grado de evolución histórica en que toda tutela es concebida como una verdadera función protectora sujeta a responsabilidad, nos encontramos ante dos modos posibles de regular la delación en la tutela legítima del menor, a saber, el llamamiento al

²⁴ Tales responsabilidades son exigibles, en efecto, a través de recursos diversos entre los cuales se encuentran los siguientes: *Accusatio criminis suspecti tutoris, actio rationibus distrahendis, actio furti, actio tutelae, actio ex stipulatu, actio subsidiaria*.

²⁵ *ACCURSII Glossa in Codicem Authent. Ex his:... Quodsi plures sint eiusdem gradus, et ad tutelam vocantur, iubemus, communiter apud iudicem convenientibus, unum vel plures eligi, et eum vel eos administrare, ut magis idoneo vel idoneis committatur tutela periculo omnibus imminente qui ad tutelam vocantur ...*

pariente más próximo e idóneo, según la apreciación judicial, con independencia del orden propio de la sucesión intestada, o bien el llamamiento unitario, acorde con la idea expresada en la regla *ubi est onus ibi emolumentum*, con el inconveniente de una eventual falta de idoneidad por parte del tutor y sucesor. La primera modalidad de idoneidad personal va a encontrar, en cierto modo, acogida, a través de la redacción medieval adaptada del texto dispositivo justiniano, en que literalmente había sido establecida la modalidad de equidad material.

¿Corresponde, pues, a la versión definitiva del *ius novissimum* la introducción del régimen de delación unitario? En realidad, la formulación de la regla general de equidad material en que está basado se remonta, según los compiladores, a la interpretatio realizada a partir de las Doce Tablas, en materia de tutela legítima y sucesión intestada concurrentes en el derecho de patronato, con la peculiaridad que se presenta cuando este derecho corresponde a la mujer²⁶. Pero ésta no es

²⁶ *I. 1, 17*. Se trata de explicar por qué la *tutela patronorum* se llama legítima; *non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset*. En efecto, dado que la ley había dispuesto que correspondiese al patrono la sucesión intestada del liberto, se interpretó que la misma ley había querido que ejerciera la tutela. El fundamento de tal interpretación habría sido la regla general de compensación y conjunción "*plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*".

la única razón, ni quizá la más significativa, en favor del origen prejustiniano de este planteamiento dual unificado. Bajo el Título dedicado al *Senatusconsultum Tertulianum*, originario de la sistemática de los clásicos, y conservado por los justinianos²⁷, se encuentran las interpretaciones, jurisprudencial autorizada y auténtica, elaboradas a partir de este senadoconsulto, que llama a la madre a la sucesión intestada del hijo, sin privar de preferencia a los *liberi*, interpretaciones en que ya está presente la vinculación del llamamiento sucesorio y la tutela, en los casos de minoría del hijo.

Más en particular, la *Novella Lex CXVIII, V*, sigue excluyendo a la mujer del *officium tutelae: Mulieribus*

Sin embargo, se cita como excepción a esta regla el caso de que el patronato corresponda a una mujer, puesto que entonces prevalece el criterio de disyunción, *ipsa ad hereditatem vocatur, quum alius sit tutor*.

²⁷ Bajo el Título *D. 38, 17 Ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum*, los compiladores incluyen fragmentos de obras clásicas, que ponen de manifiesto interpretaciones autorizadas de alcance clarificador e integrador mediante analogía, por ejemplo, *sive ingenua sit mater, sive libertina, habebit Tertullianum commodum; filium autem vel filiam accipere debemus (D. 38, 17, 2 pr.; 1)*. Dichas obras son las siguientes: *Libri XII et XIII ad Sabinum* de Ulpiano; *Libri VIII et IX regularum* de Modestino; *Liber singularis ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum* de Paulo; *Liber singularis ad Senatusconsultum Tertullianum* de Gayo y *Liber II senatusconsultorum* de Pomponio. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis, I-II*, Graz, 1960.

En C. 6, 56 Ad Senatusconsultum Tertullianum, es objeto de recopilación, de forma cronológica, a partir de dos rescriptos de Diocleciano, un conjunto de disposiciones diversas en el que va a quedar confirmada la referencia explícita a la figura de la tutela materna, en este ámbito sucesorio.

enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. La importantísima reforma jurídica que equipara a todos los consanguíneos, en el marco familiar y hereditario, no ha llegado a ser plena y definitiva, entre otros motivos porque, en las circunstancias económico-sociales, políticas y culturales del momento histórico, las relaciones de hecho interpersonales se encuentran condicionadas por factores coyunturales y exógenos, que diferencian, de modo riguroso, actitudes y comportamientos del varón y la mujer. Las transformaciones que, a partir de entonces, siguen su curso tienen, precisamente, en el ámbito de la relación materno-filial uno de los cauces más seguros.

¿Qué reformas ha introducido, pues, esta nueva ley, con respecto al Código? En este sentido, los resultados de la “investigación retrospectiva”, mediante la comparación de las disposiciones más recientes con sus antecedentes, pueden quedar confirmados, a través de los datos que ofrece la “investigación prospectiva” que, a partir de las fuentes justinianas, sigue el curso de su tradición posterior. La comparación del régimen jurídico de la *Novella Lex CXVIII, V*, de 543, y el de la ley precedente de 390 (*Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano Pf. P. C. Th. 3, 17 De tutoribus et curatoribus creandis, 4 = C. 5, 35, 2*) nos permite constatar la introducción de determinadas referencias

normativas explícitas (*Mater et avia; senatusconsultum Velleianum*²⁸) y, al mismo tiempo, deducir que, en el espíritu de la norma, tras la consideración de la consanguinidad como vínculo legítimo, tienen preferencia la madre y la abuela frente a los demás parientes del pupilo. Así lo confirmaría el hecho de la incorporación, por parte de los glosadores, de la correspondiente *Authentica* al Título *Quando mulier tutelae officio fungi potest*²⁹.

5.- La tutela matri et aviae ex lege permissa, irregular o legítima, en la doctrina medieval del *ius commune*

Las dos grandes orientaciones de la metodología romanística, la dogmática-doctrinal y la histórica-crítica, presentan diferencias sustanciales que resultan evidentes, a partir de la época del humanismo jurídico moderno, y que han venido acentuándose, hasta llegar a la consolidación del positivismo, en el periodo constitucional y codificador. Con el humanismo, surge el estudio histórico, como reacción, sobre todo, frente a

²⁸ A. DÍAZ BAUTISTA, *L'intercession des femmes dans la législation de Justinien*, RIDA, 30, 1983, pp. 81 y ss.

²⁹ ACCURSII *Glossa in Codicem Authent. De heredibus ab intest.* § *Ex his: Matri et aviae secundum ordinem tutelam etiam ante agnatos subire permittimus, si inter gesta nuptiis aliis et senatusconsulti Velleiani auxilio renuntiaverit, solis testamentariis tutoribus eas praecedentibus, legitimis et dativis postpositis. Defuncti namque voluntatem praeponi volumus.*

la versión glosada vulgata de las fuentes y, en definitiva, con la corriente neohumanista, la crítica textual de las fuentes jurisprudenciales se centra en la etapa clásica preconstantiniana como objeto preferente de investigación. Ello va a dar lugar, junto con otros factores, a la crisis del Derecho Romano, en cuanto elemento básico de la formación jurídica universitaria. La pregunta que cabe plantearse, en estas condiciones, es si nos encontramos ante dos orientaciones metodológicas independientes e incompatibles entre sí o se trata, más bien, de una dualidad de manifestaciones complementarias del mismo fenómeno jurídico, a saber, el intento de comprender y explicar los procesos de adaptación y transformación de las instituciones, al mismo tiempo que se consolidan los fundamentos racionales que otorgan estabilidad a la *forma mentis* del jurista.

En este segundo supuesto, estaría plenamente justificado el recurso a una exégesis dual, esto es, una labor de comparación de elementos procedentes, por una parte, de la dogmática doctrinal y, por otra, de la crítica textual. La circunstancia de que ambas modalidades operen sobre idéntica base textual, así como el hecho de que ninguna de ellas pueda considerarse autosuficiente, en orden a la consecución de resultados válidos e indiscutibles, sugieren la posibilidad de este recurso simultáneo, sobre todo

cuando se plantea el tema de la naturaleza jurídica de una determinada relación intersubjetiva.

En este sentido, el grado de idoneidad del método exegético propuesto puede comprobarse, en relación con las cuestiones que surgen en torno a la naturaleza jurídica de la *tutela* ejercida por parte de la mujer. En efecto, resulta que, a través de la crítica de las interpolaciones, se ha excluido que este instituto tenga sus orígenes en Derecho clásico, alegándose la alteración de la versión genuina de los textos de las fuentes. A pesar de todo, las dudas subsisten, como ha puesto de manifiesto una valoración de conjunto de la información que suministran los diversos documentos que han llegado hasta nosotros, teniendo presente, entre otras cosas, la influencia en el *ius romanum* de la praxis provincial. En cualquier caso, tales cuestiones sobre la clasicidad o no de una figura tienen, en realidad, un carácter accidental temporal y no esencial, puesto que no afrontan el debate doctrinal en torno a la concepción de la misma dentro de la sistemática de las instituciones.

En cambio, la doctrina medieval, aunque haya recurrido al criterio interpretativo temporal, expresado en los términos "*distingue tempora et concordabis*

*iura*³⁰, va a otorgar notable relevancia al aspecto sustantivo, pero sin llegar a alcanzar una *communis opinio doctorum* de forma unánime, en materia de tutela. Esta doctrina ha seguido, en un primer momento, el riguroso criterio literal de la glosa, *verborum interpretatio*³¹, y con base en el argumento de autoridad ha negado que se trate de una de las formas ordinarias tradicionales de la tutela, considerándola como una figura anómala. Sin embargo, a través de la obra de comentario sistemático e

³⁰ El modo de conciliar los fragmentos heterogéneos del *Corpus Iuris Civilis*, en materia de tutela materna, consiste en distinguir tres ordenamientos sucesivos, a saber, el *ius Digestorum*, que admite la vía del *rescriptum Principis*, el *ius Codicis*, que exige también la *postulatio iudicis* y el *ius Authenticarum*, que prescinde del citado *rescriptum* y le confiere rango preferente entre los parientes legítimos: ... *sciendum est quod quidam moderni doctores de Bologna dicunt quod tria iura circa hoc. Primum est ius Digestorum quo iure matres non vocabantur ad tutelam nisi impetrarent a principe ut D. de tutel. l. fin. Secundum est ius Codicis quo additum est quod impetrato rescripto debeat a iudice postulare. Item fateri in actis et iurare non venire ad secundas nuptias ut hic in l. 2. Tertium es ius Authent. quo inductum est quod sine rescripto impetrato possunt subire tutelam et quod praeferantur legitimo quod non erat iure Codicis. CYN I Lectura super Codicem ad l. 2, C. 5, 35 in Auth. Matri et aviae, Francofurti, 1578.*

³¹ El punto de partida de la doctrina medieval ha sido, pues, la interpretación externa de carácter declarativo: *Verborum interpretatio est qua declaratur aliquid dictum vel scriptum. I. OLDENDORPII, ΠΑΡΑΤΙΤΛΑ seu Annotationes in librum primum Pandectarum: quibus vera iuris et aequitatis principia, ad communem studiosorum utilitatem, populariter explicantur, Opera, I, Basileae, (1559), 1966, p. 84.*

integrador, *rerum interpretatio*³², se ha argumentado en favor del carácter legítimo de la tutela materna.

En estas condiciones, la exégesis conceptual de las fuentes doctrinales del *ius commune* no se presenta como una mera yuxtaposición de contenidos, al margen de la exégesis crítica textual del *Corpus Iuris Civilis*, sino que adquiere pleno sentido en términos de complementariedad.

5.1 *Mulier non potest regulariter esse tutrix*

La doctrina basada en la interpretación literal y estricta de los textos romano-justinianeos ha formulado, en efecto, la regla general que niega a la mujer la posibilidad de ejercer la tutela de forma regular. En circunstancias especiales, la madre y la abuela pueden ejercerla, en relación con hijos y nietos, por lo que su función es calificada de irregular, anómala o extraordinaria. En este sentido, el razonamiento que G. DURANTE desarrolla en el *Speculum iuris*, siguiendo la *Glossa ordinaria*, adopta como tesis a demostrar, mediante el argumento de autoridad legal, que la tutela

³² La doctrina de la *duplex interpretatio* comprende también la denominada *rerum interpretatio*, que se define como una argumentación que parte del tenor literal y establece una conclusión integrada en su racionalidad implícita. *Rerum interpretatio est quando ex eo quod scriptum est colligitur id quod scriptum non est; ut perinde comprehendatur atque si scriptum fuisset. Ibidem.*

ejercida por ellas no es testamentaria, ni legítima, ni dativa.

Niega que sea legítima, porque la *lex Iure nostro*³³ *D. De test. tut.* prohíbe que la mujer sea nombrada tutora en testamento. Asimismo, toma en consideración la hipótesis de que pudiese ser nombrada en el testamento paterno y argumenta por razón del *officium tutelae* que, entonces, tal tutela habría de tener carácter necesario y vinculante. Como, en realidad, no lo tiene, puesto que es facultad de la mujer solicitarla o no, el argumento inicial de autoridad queda reforzado. He aquí el párrafo en que nuestro autor expresa estas ideas.

Nunc dicendum est de tutela anomala, seu extraordinaria, scilicet matris & aviae. Dicitur autem anomala, quia non est testamentaria, neque legitima, neque dativa. Testamentaria non est: quia lex prohibet foeminam dari tutricem in testamento: ut ff. De test. tu. lex Iure nostro & si est data, non habet ius constituendi actorem: nec ipsa videtur posse administrare. Si enim dari posset, cogeretur invita: at ipsa non cogitur, ut iam dicam. Item legitima non est, cum lex dicat, eam postponi omnibus testamentariis & legitimis: ut C. Quando mu. tu. off. fun. lex II & sic patet eam legitimam non esse. Item ipsa est cognata, non agnata: cum fit per foemininum sexum coniuncta: ut ff. Unde cognati. lex I, ergo non est legitima: ut C. De leg. tu. lex I. Item si esset legitima, cogeretur invita: ut ff. De leg. tut. lex Legitimos. Sed non cogitur, ut dicam arg. tamen contra

³³ *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur (D. 26, 2, 26).*

C. Ad Tertul. lex Omnem & C. In quib. caus. pi. ta. contra. lex pe. Sed ibi exponitur legitima, id est a lege approbata, sed in veritate non est legitima. Item dativa non est, cum tutelae munus sit necessarium: ut C. De admi. tut. lex fin. in prin. At ipse non coguntur invitae suscipere, sed eis permittitur subire, si velint: ut C. Quando mulier tut. off. fung. Auth. Matri & aviae³⁴.

Prolongando la reflexión, nos preguntamos por los criterios que han llevado a la conclusión de excluir que la llamada tutela materna pertenezca a la clase de la tutela legítima. Se razona ahora mediante el recurso a la *lex secunda C. Quando mu. tu. off. fun.*³⁵. De acuerdo con su tenor literal, sólo en defecto de tutor testamentario y de tutor legítimo, resulta admisible dicha tutela materna. Recurre también el autor a la deducción condicional concebida en estos términos: Si fuese legítima, vincularía de modo necesario (*lex Legitimos*); dado que no vincula, no puede ser legítima.

En contra, puede alegarse la *lex Omnem*³⁶ *C. Ad Senatusconsultum Tertullianum* y la *lex penultima*³⁷ *C.*

³⁴ DURANDI *Speculum iuris*, I, Basileae, 1574, 1975, p. 245 y ss.

³⁵ ... *ut mulier petendae tutelae ius habeat quum tutor testamentarius vel legitimus defuerit (C. 5, 35, 2)*

³⁶ Dicha ley priva a la madre tutora legítima que hubiera pasado, en determinadas circunstancias, a segundas nupcias de toda sucesión intestada o por derecho de sustitución: *C. 6, 56, 6.*

³⁷ Dicha ley somete tácitamente a prenda o hipoteca los bienes del marido, cuando la madre tutora legítima ha contraído nuevo matrimonio, por razón de la responsabilidad tutelar: *C. 8, 14(15), 6.*

In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur, puesto que en ellas se emplea la expresión *legitima liberorum tutela*, objeción ante la que cabe oponer que “tutela legítima” equivale aquí a “tutela prevista en ley”, por lo que resulta aplicable también a la testamentaria y la dativa, las cuales, a pesar de ello, no han de ser confundidas con la tutela ejercida por los parientes legítimos.

Concluye este sencillo razonamiento en los términos ya indicados (*item dativa non est, cum tutelae munus sit necessarium*), cuya veracidad se fundamenta en la *lex ultima C. De administratione tutorum et curatorum*³⁸. Queda, así, excluido también el carácter dativo de la tutela materna, a pesar de la decisiva intervención que, en esta relación jurídica, corresponde, por ley, a los magistrados competentes.

Se trataría, en suma, de una doctrina formalista, condicionada por la tricotomía escolástica “*tutela testamentaria, legitima, dativa*”³⁹, que, al introducir, a

³⁸ *C. 5, 37, 28 pr. ... munus necessarium est tam tutelae quam curationi ...*

³⁹ En las Instituciones justinianas (Libro I, Títulos 13-20) y también en el Digesto (Libro 26, Títulos 2-5) los tutores han sido objeto de una división sistemática que comprende tres categorías, *testamentarii, legitimi, magistratibus dati*, pero sin que se haya dado una explicación formal de tal clasificación. En realidad, la jurisprudencia clásica ha recurrido a otras clasificaciones y ello viene a poner de manifiesto la falta de unanimidad en este ámbito. H. GOUDY, *Trichotomy in Roman Law*, Oxford, 1910, pp. 46 y ss.

su vez, la dualidad “*tutela regularis, irregularis*”, deja sin explicación posible la preferencia que tiene la madre frente a los demás parientes legítimos del pupilo.

5.2 *Mater est tutrix legitima voluntaria*

El *commentarium super Codicis* de B. DE SAXOFERRATO ofrece una alternativa ante los inconvenientes de la *verborum interpretatio*. A partir de la *Glossa ordinaria*, el comentarista cuestiona las conclusiones alcanzadas por sus predecesores, incluida la argumentación contenida en el *Speculum iuris*, y afirma, siguiendo el comentario al Código de CYNUS, que la madre es tutora legítima, en virtud de la *lex Omnem*, así como por imperativo de la *lex secunda § quid si pater D. Ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum*⁴⁰.

Habría que atribuir, pues, a CYNUS el mérito de haber observado que la idea de la tutela materna legítima no se encuentra sólo en las disposiciones de los emperadores del periodo posclásico sino también en la interpretación que hacen los juristas del Senadoconsulto Tertuliano, norma de rango legal,

⁴⁰ D. 38, 17, 2, 25: *Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? Incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat.*

favorable a la sucesión materna, que viene a reformar el sistema de la *bonorum possessio* prevista en el Edicto perpetuo. Es importante constatar que la *lex secunda § quid si pater*, que los comentaristas han alegado como elemento clave favorable a la legitimidad de la tutela materna, será considerada norma no genuina por parte de los críticos contemporáneos, excluyendo la clasicidad de esta figura. En efecto, los juristas medievales, acostumbrados a la estratificación de los textos y a la necesidad de conciliarlos, como pone de manifiesto el hecho de que hayan incorporado al Código las llamadas auténticas, no han hallado inconveniente alguno a la certeza de los contenidos de este pasaje de la jurisprudencia, situándolo en un plano diverso al de la *lex Omnem* del *Codex*.

No es casual que nuestro comentarista haya iniciado su exposición, planteando la cuestión de si la madre o la abuela están obligadas a asumir la tutela y aceptando la premisa fundamental de la doctrina de los glosadores; no lo están, pues, ya que se emplea la expresión *permittimus*, no *praecipimus*. He aquí los términos de la transcripción del texto.

Quaero an mater et avia cogantur tutelam suscipere. Glossa dicit quod non quia hic et in corpore dicit permittimus non dicit praecipimus. Quaero utrum tutela que defertur matri sit legitima vel dativa. Dicitur quod legitima ut infra Ad Tertul. lex Omnem econtra videtur quod sit dativa cum per legem Codicis legitimi

precedebant eam. Praeterea lex non facit eam tutricem nisi ipsa velit per haec auc. Glossa dicit quod non est legitima neque dativa sed est anomala. Idem tenet Specul. in tractatu suo De tutelis. Dom. Cyn. dicit matrem esse legitimam prior per text. leg. Omnem quam Glossa hic allegat secundo per leg. II § quid si pater ff. Ad Tertul. et ego allego vobis. Infra in qui. cau. pig. tac. contrahi lex penul. et hoc puto verum per istam auc. quid sit legitima quia aliis agnatis preferitur. Non obstat dictum quod demum volens admittitur quia per hoc non definit esse legitima nam filius qui est suus et necessarius de iure antiquo est legitimus heres et licet per pretore habeat beneficium abstinendi tamen nihilominus legitimus heres remanet ... Ergo mater sit tutrix legitima, est tutrix legitima voluntaria. Alii legitimi dicuntur tutores necessarii⁴¹.

Como puede apreciarse, la pregunta que surge, a continuación, es si la condición de la madre corresponde a la de tutora legítima o dativa, respondiendo que la *lex Omnem* avala la primera opción, mientras que, conforme a la ley del Código (5, 35, 2), sería dativa, puesto que la madre ha de solicitarla ante el magistrado competente, en defecto de tutor legítimo, *cum tutor legitimus defuerit*. Por otro lado, la Glosa, al igual que el *Speculum*, ha negado que sea legítima y que sea dativa, considerándola anómala.

Considerando las alternativas diversas, el comentarista manifiesta su adhesión a la opinión de *CYNUS*, considerándola verdadera, puesto que la auténtica *Matri et aviae* otorga preferencia a la madre o

⁴¹ *BARTOLI DE SAXOFERRATO Commentaria, Super prima Codicis, Quando mulier tutelae officio fungi potest, (Commentaría, VII, Roma, 1996, p. 188).*

abuela con respecto a los demás parientes legítimos. El hecho más importante a resaltar es que, a diferencia de los glosadores, se entiende ahora que la voluntariedad no es excluyente de la legitimidad. Se trae a colación el supuesto del *filius* que, en Derecho antiguo, es heredero *suus et necessarius* legítimo y sigue siéndolo, más adelante, a pesar de que el pretor haya introducido el *beneficium abstinendi*. En definitiva, la madre es tutora legítima voluntaria, mientras que los demás tutores legítimos son necesarios.