

Miguel Herrero Medina, *Origen y evolución de la tutela impuberum. Protección procesal a través de la actio rationibus distrahendis y la accusatio suspecti tutoris*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 462

¿Deditio in potestate o in fidem tutoris? Historia de una evolución socio-jurídica

1. La tutela es una de esas instituciones jurídicas que se encontraron en el epicentro del ordenamiento jurídico romano, pues no sólo fue el reflejo más palmario de la evolución de la familia y de la herencia, sino que además puso de relieve el continuo movimiento pendular de primacía entre el grupo y cada uno de sus miembros, y entre aquello *quod ad singulorum utilitatem pertinet* y lo que *quod ad statum rei romanae spectat*, parafraseando a Ulpiano (D. 1.1.1.2), dado que no sólo sirvió para amparar los intereses de la comunidad doméstica y de algunos de sus singulares integrantes, sino que también experimentó la progresiva intervención del poder público en ámbitos en los que, durante siglos, no penetró, dejándolos a la normación privada.

Esto explica que haya sido una institución ampliamente analizada desde la segunda mitad del pasado siglo, en el que insignes romanistas mostraron un enorme interés en aspectos relacionados con la responsabilidad del tutor (F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore*, Bari, 1960), la capacidad de actuación del pupilo (L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupilo "sine tutoris auctoritate"*, Nápoles, 1962), la posición de la mujer convertida en tutora (G. CRIFÓ, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, en *BIDR*, 67, 1964, p. 87 ss. o T. MASIELLO, *La donna tutrice*, Nápoles, 1979), o sometida ella misma a la *tutela mulierum* (M. CASADO CANDILLAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972 o P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, 2 vols., Torino, 1976 y 1979), y recientemente, con el papel atribuido al tutor del menor y sus posibles actuaciones fraudulentas (A. SPINA, *I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor*, Roma, 2018). Entre todos destaca, por la ingente cantidad de contribuciones al tema, S. Solazzi, cuyas múltiples aportaciones aparecieron luego recogidas en los seis volúmenes que componen sus *Scritti di diritto romano* (Nápoles, 1955-1972).

No obstante esta atención por parte de la doctrina romanística moderna, permanecen en la oscuridad algunos aspectos, apenas abordados y merecedores de un estudio más profundo; con el propósi-

to de arrojar luz sobre ellos se ha consagrado la obra objeto de la presente recensión, encomiable sin duda ninguna, tanto por su extensión (460 páginas), cuanto por la originalidad de algunas de sus propuestas, así como por el exhaustivo manejo de fuentes y bibliografía a lo largo de los cuatro capítulos que la componen, y cuyos resultados pueden consultarse, junto a un detallado índice de fuentes, al final de la misma (pp. 401-437).

Se aborda en ella la evolución histórica de la institución tutelar desde sus mismos orígenes – con la complejidad inherente a la ausencia de fuentes, sobre todo referidas al derecho arcaico – hasta la aparición de los dos primeros recursos procesales que se habrían articulado en la antigua Roma para proteger los intereses de los pupilos frente a las posibles actuaciones fraudulentas llevadas a cabo sus tutores.

2. El primero de los capítulos toma como punto de partida la famosa exposición de Ulpiano sobre los distintos significados del término *familia* (Ulp., 46 ad ed., D. 50.16.195.1-5), en la que afirma que dicho término se utilizaba ya en las XII Tablas, tanto en un sentido patrimonial para hacer referencia al objeto de la *hereditas*, como en un sentido personal para designar al conjunto de personas libres que conformaban una comunidad doméstica y, seguidamente, alude a la consabida distinción entre *familia proprio iure* y *familia communi iure*, destacando la idea de que las amplísimas potestades o *imperium domesticum* reconocidas al *paterfamilias* por el *ius vetus* resultaban indispensables en orden a cohesionar y asegurar la continuidad del grupo familiar (pp. 17-24).

Cohesión y continuidad que se veían amenazadas cuando acontecía el fallecimiento del *pater*, pues de acuerdo con la exposición ulpiana, y como es bien sabido, todos los *fili familias* que se encontrasen inmediatamente sometidos a su potestad en el momento de su muerte devenían *sui iuris* y pasaban a encabezar sus propias comunidades familiares, obteniendo la titularidad de derechos y obligaciones y la aptitud para desenvolverse en el tráfico jurídico, salvo que ésta se viera afectada por alguna circunstancia – entre otras la edad o el sexo – desencadenante de una limitación total o parcial en orden a gestionar el patrimonio heredado.

De manera sugerente, el Autor plantea que tales situaciones problemáticas se habrían resuelto originariamente gracias a la solidaridad entre parientes y, en concreto, a partir de la constitución del denominado *consortium ercto non cito*, al que dediqué hace años mi propia tesis doctoral transformada luego en el primer volumen de

una monografía a la que el Autor ha tenido la deferencia de referirse en varias ocasiones, recogiendo el planteamiento de que se habría tratado, según la define Gayo (3.154a) de una *societas legitima et naturalis* porque, ya contemplada en la ley de las XII Tablas, se habría adaptado a los presupuestos sociales, económicos, religiosos y políticos de la época (pp. 28-33) y, sobre todo porque, añade, habría posibilitado asegurar la gestión patrimonial de los bienes familiares sin necesidad de acudir a fórmulas tutelares (pp. 33-36). Me convence absolutamente la idea de que el germen de la tutela legítima se encontró en el *consortium inter fratres*, porque en su seno los varones púberes actuarían a modo de tutores de sus hermanos impúberes (pp. 115 y 388).

Por esa razón, una de las grandes aportaciones de esta obra en cuanto a hipótesis novedosa, atañe a la posible reconstrucción del origen de la tutela, que el Autor asocia directamente a la desaparición del *consortium ercto non cito*. Aunque no la comparto del todo, pues existen datos de la subsistencia de la comunidad fraternal en zonas rurales en el siglo II y I a.C. proporcionados por Plutarco, *Vitae* 8, Valerio Máximo, *Fact. et dictorum memorabilia* 4.4.48 y Varrón, *De re rustica* 3.16, e incluso más tarde y en núcleos urbanos, según cuenta Plinio el Joven, *Ep.* 4.2.5, lo que deja intuir la convivencia de ambas instituciones, consorcio fraternal y tutela, en época anterior.

Herrero Medina afirma que a medida que se consolidaron nuevas formas de vida caracterizadas por un mayor individualismo, los romanos se habrían visto obligados a articular un sistema jurídico que permitiera el nombramiento de una persona encargada de la supervisión de la gestión del patrimonio familiar, en caso de que este recayese en manos de un incapaz de obrar. Desde esta perspectiva, sostiene también que la noción de tutela habría surgido como un mecanismo de salvaguarda de la continuidad familiar y de conservación del patrimonio doméstico.

Tales consideraciones explican la extensión (pp. 13-197) de los dos primeros capítulos dedicados al entramado tutela-*hereditas*, pues ambas persiguieron ese mismo objetivo, brillantemente definido por Pascuale Voci como «la vocazione di eternità» de la familia (*Diritto ereditario romano*, Milán, 1967, p. 41) que, a su vez, era garantía de la continuidad de la propia *civitas*: paralelismo recogido por Paulo entre los tutores que cuidaban de los impúberes y los ediles que cuidaban de los edificios, porque la belleza de la ciudad era símbolo de su prosperidad y eternidad, idea que se afianzó en edad imperial a medida que la especulación con los materiales de construcción amenazó seriamente a la fisonomía de las ciudades y llegó a ser tipifi-

cada en vía penal (Sobre este aspecto *vid.* J.L. MURGA, *Delito e infracción urbanística en las constituciones bajo-imperiales*, en *RIDA*, 26, 1979, p. 309 ss.).

No obstante, hubiera sido interesante (aún a costa de ampliar esta primera parte) el tratamiento de la *substitutio pupillaris*, que sólo aparece mencionada, pues de acuerdo con la información brindada por Ulpiano comentando a Sabino (D. 28.6.3.pr.) fue una institución muy arcaica introducida por los *mores*, por tanto, presumiblemente en época pre decenviral, gracias a la cual el *paterfamilias* que sólo tuviera hijos impúberes podía designarles un descendiente ficticio (Gayo 2.179) encargado también de su tutela y en el caso de que fallecieran antes de alcanzar la edad suficiente para poder engendrar y para poder expresar una voluntad testamentaria válida.

3. Situado el origen de la institución tutelar, el Autor se centra en el estudio de su naturaleza jurídica, tomando como obligado punto de referencia la definición de Servio Sulpicio Rufo, jurista al que tantas líneas han dedicado romanistas como M. Bretonne, J. Paricio, M. Miglietta, A. Castro, y el propio Herrero Medina (*Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, Bolonia, 2020), recogida en el comentario al Edicto de Paulo (Paul., 38 *ad ed.*, D. 26.1.1 *pr.*), un género literario que fue precisamente iniciado por Servio Sulpicio Rufo, y también en las Instituciones de Justiniano (Inst. 1.13.1).

El Autor aborda aspectos tales como el posible sintagma *vis ac potestas* originalmente empleado por Servio Sulpicio Rufo y su disonancia con la definición justiniana en la que se sustituye ‘*vis*’ por ‘*ius*’, el alcance de ‘*caput liber*’ referida al destinatario de la institución tutelar y, sobre todo, el posible significado de la expresión ‘*qui propter aetatem sua sponte defendere nequit*’ a la hora de hacer alusión a la originaria finalidad de la institución tutelar.

Puesto que la definición serviana es cuestión medular para el desarrollo de la obra, creo que hubiera sido muy interesante detenerse algo más en la endiádis *vis ac potestas* para fundamentar de manera más sólida lo que el Autor califica de doble función teleológica (p. 55) de la tutela y que me parece muy convincente desde la perspectiva de la innegable penetración de la *religio* en el derecho más arcaico. Así, es muy probable que recogiera en su versión latina los antiquísimos *βία* y *κρατος*, con los que los griegos designaron la fuerza heroica y el poder, ambos con connotaciones positivas, pues aludían a la valentía del guerrero, que los romanos atribuían en ese

mismo ámbito doméstico al marido, cuando en el ritual de la *deductio in domum mariti* simulaba raptar a la novia, gracias a esa *vis* que le permitía desposeer al *pater* e introducir en su hogar a su futura *materfamilias*, de tal manera que ésta quedaba *in fidem mariti*. sustituyéndose el poder paterno ejercido sobre ella hasta entonces por el suyo propio.

De igual modo, el pupilo y la mujer *sui iuris*, en ausencia de poder paterno y marital respectivamente, quedaban bajo la fuerza protectora y el poder del tutor, lo que equivalía a quedar *in fidem tutoris*, entendida en su más antigua acepción como protección que la parte más fuerte de la relación debía brindar a la parte más débil. Es probable que Servio conservara en su definición la concepción de la jurisprudencia anterior, aunque en su época comenzara a prevalecer la idea de la lealtad y honestidad que el tutor debía observar en el cumplimiento de su *officium*, y cuya transgresión permitía ejercitar una de las acciones *bonae fidei*, la *actio tutelae*, siguiendo la horma de las dos más antiguas, *fiduciae* y *rei uxoriae*, que probablemente fueron las primeras acciones de buena fe.

Lo que también cabría relacionar con la introducción por Numa Pompilio del culto a *Fides* y la consiguiente endiádis *fides ac ius* empleada por Tito Livio para referir que la religiosidad tenía más peso en la sociedad romana que las leyes y el temor a las penas previstas para su transgresión (1.21.1 «*Ad haec consultanda...ut fides ac ius iurandum pro legum ac poenarum metu civitatem regerent*»), y que explicaría el juramento del tutor en el momento de entrar en el cargo, propuesto por el Autor un poco más adelante.

Por otra parte, el *excursus* sobre el *caput liber* en el que sigue los planteamientos de J.M. Ribas Alba, resulta igualmente convincente, en cuanto a ser la cabeza del continente de la fuerza vital, pero se echa en falta algún apoyo textual en fuentes jurídicas, como D.43.20.8 donde Ulpiano, comentando el edicto y a propósito de la protección interdical del uso público del agua, define *caput* como el lugar donde brota («*Caput aquae illud est, unde aqua nascitur...*»), el manantial, allí donde emerge primero («*...ubi primum emergit*»), metáfora idéntica a la que se encuentra en la famosa afirmación titoliviana a propósito de la ley de las XII Tablas que, según el historiador fue «*fons omnis publici privatique iuris*».

Remito sobre esta cuestión al denso y esclarecedor libro de R.B. ONIANS, *Le origini del pensiero europeo*, trad. it. P. ZANINONI, 2011², pp. 151 ss. y 279 ss.

Así mismo, hubiera sido sugerente relacionar *liber* con el antiguo esclavo – que era también cabeza, pero privada de derechos «*caput*

servile nullum ius habet», al decir de Gayo –, y un miembro más de la *familia* (recordemos la derivación etimológica de este término propuesta por Festo, *De verborum significatione*, 76-77) con una condición muy similar a la de los *filiifamilias*, tanto respecto de los *sacra familiaria*, ya que tenían reconocida personalidad religiosa que les permitía rendir culto a las divinidades familiares, cuanto a servir de mano de obra imprescindible para la supervivencia de la comunidad doméstica, y, situados en el ámbito del *ius vetus*, al carecer de capacidad jurídica y, paradójicamente, poder desenvolverse en la esfera negocial en calidad de representantes del *paterfamilias*.

El esclavo, tras su manumisión, era llamado *liber* porque quedaba convertido en hijo ficticio del dueño manumisor, y por eso la relaciones de patronato, que formaron una gran parte del entramado social romano hasta el punto de reclamar intervenciones legislativas de Octavio para ponerles freno (*lex Fufia Caninia* y *lex Aelia Sentia*), se inspiraron en la misma idea de la *deditio in fidem patroni*, por virtud de la cual el liberto quedaba bajo el poder y la protección de su padre putativo, esto es, el patrono. Así pues, la tutela, el matrimonio, el patronato estaban hilvanados con el mismo hilo conductor de asegurar la continuidad patrimonial y extrapatrimonial del grupo, y esto requería el ejercicio de un poder protector por parte del *pater* o de quien hiciera sus funciones.

Destacada la sorprendente ausencia de toda referencia a las mujeres en la definición serviana, Herrero Medina apunta de manera muy lógica a una posible alteración posterior para adaptarla al contexto socio-jurídico de una época en la que la *tutela mulierum* había desaparecido, por haber superado el sexo femenino la atávica concepción – más social que jurídica, pues se encuentra en las fuentes literarias, pero los juristas prácticamente no se hicieron eco de la idea popular de *imbecilitas sexus* o de *fragilitas mentalis* – de apartamiento de las mujeres de las relaciones patrimoniales (que eran lo propio del *pater*), que les impidió una plena intervención en el tráfico jurídico y que, sin embargo, fue atemperándose de manera gradual hasta que la tutela femenina quedó como una mera reliquia del pasado.

4. Aportaciones originales del Autor, aunque discutibles por el carácter legendario y literario de las fuentes que poseemos al respecto, como Varrón o Plinio, son la posible vinculación semántica del término latino *heres* con el de *heredium* o lote de dos yugadas de tierra distribuidas y asignadas por el rey fundador Rómulo a cada *paterfamilias*, pero irrevocable por él, pues debía acompañar a la comunidad doméstica a través del tiempo para asegurar su cohesión. No obstante, me reafirmo en mi tesis de que el *heredium* no fue sólo una

parte esencial del patrimonio en una economía agropecuaria como la desarrollada por la *civitas* arcaica, sino la convergencia geográfica de valores patrimoniales y espirituales, por lo que, efectivamente, tal y como señala el Autor, cualquier persona libre que tuviera derecho a hacerse cargo de una parte del *heredium* familiar ostentaría la condición de *heres*, pero la primacía de los valores extrapatrimoniales (*sacra, iura libertorum, sepulchrum*) quedó patente en el llamamiento sucesorio, que antepuso los *sui* respecto de cualquier otro heredero conforme a un orden ‘natural’ que les hacía obtener ‘lo suyo’.

En esa línea de pensamiento y tomando como referencia la obra de P. Voci, propone una posible reconstrucción del tenor literal de los preceptos decenvirales 3, 4 y 5 de la Tabla V a partir de las distintas versiones que se han conservado sobre cada uno de estos tres fragmentos dedicados al derecho hereditario, y plantea un análisis exegético pormenorizado sobre cada uno de los elementos mencionados en estas tres disposiciones, que ofrece como resultado una exposición muy clara y concisa de cómo se habrían ordenado los distintos llamamientos sucesorios en la ley de las XII Tablas (pp. 69-78).

Sin embargo, tengo dudas a propósito del sentido que Herrero Medina le atribuye (pp. 170 y 239) al precepto decenviral V.3 «*uti legassit suae rei ita ius esto*» referido sólo a la libertad del *paterfamilias* de disponer de sus bienes privativos en forma de legados o algo similar y no a la libertad de testar, porque, según el Autor, de lo contrario, los decenviros habrían regulado el contenido, la naturaleza y las funciones del testamento (p. 153), pero este último argumento no me parece concluyente, pues, en general, la ley de las XII Tablas contenía normas de relación, que resolvían conflictos de intereses, y muy pocas normas de organización que estructuraran el contenido de los actos, porque éste venía ya presupuesto o implícito, tal y como explicó M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milán, 2001, p. 9.

A esto se añade que Gayo (2.224), a propósito de la referida expresión decenviral, hace equivaler *sua res* a *totum patrimonium*, lo que concuerda con el muy amplio sentido que le atribuye también Pomponio en su comentario a Quinto Mucio Escévola (D.50.16.120).

Otra de las conclusiones principales del trabajo que, sin versar estrictamente sobre el ámbito de la tutela, resulta sin duda sugerente de cara a una posible reconstrucción más detallada sobre la originaria función de los testamentos, consiste en afirmar que el testamento *calatis comitiis* y el testamento *in procinctu* posibilitaban a cualquier *paterfamilias*, que temiese morir sin descendencia, instituir un heredero para después de su muerte. Sin embargo, expli-

ca que, a diferencia de lo que sostiene buena parte de la doctrina actual, dichos testamentos no presentaban una función correctora como sucedía con la *adrogatio*, sino que se trataba de una previsión de futuro para el caso de que se produjera una muerte imprevista.

Por último, este primer capítulo concluye destacando que a la vista de las disposiciones que se han conservado en la ley decenviral no parece que en esa época se hubiera podido reconocer una forma testamentaria más moderna. La aparición del denominado *testamentum per aes et libram* habría surgido como resultado de la labor jurisprudencial desarrollada en época post decenviral, que, a partir de la originaria *mancipatio familiae*, habría articulado un instrumento jurídico encaminado principalmente a la designación de un heredero, pero que ya admitía la inserción de diversas disposiciones a título particular sobre bienes patrimoniales, sustituciones hereditarias, manumisiones y, sobre todo, nombramiento de tutores por vía testamentaria.

5. El enorme esfuerzo realizado por Herrero Medina para reconstruir los orígenes de la institución tutelar y su identificación con el primigenio régimen de llamamientos hereditarios encuentra su sentido en el segundo capítulo de la obra, en el que presenta un recorrido por las distintas modalidades de tutela a partir de la clasificación brindada de nuevo por Servio Sulpicio Rufo y recogida en las Instituciones gayanas (1.188), que, como destaca el Autor (p. 115), no sólo era la más difundida, sino que, además, puede considerarse la clasificación más lógica desde el punto de vista de las diferentes formas de designación de tutores.

Señala también, de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el primer capítulo de la obra, donde defiende la prioridad histórica de la sucesión legítima, que el cargo de tutor habría correspondido originalmente a los parientes agnados más próximos al pupilo.

Dado que se trataba de una designación que se correspondía con el orden natural de la antigua organización familiar romana, los rasgos de adquisición automática e irrenunciabilidad del cargo de tutor legítimo resultaban congruentes, según el Autor, con la posibilidad de transmitir su ejercicio a una tercera persona a través del mecanismo jurídico de la *in iure cessio tutelae*, subrayando que, de esa forma, se habría conciliado el carácter inamovible de la tutela legítima con la protección de los intereses del pupilo y, por ende, de todo el grupo familiar.

La existencia de dos textos, procedentes uno del comentario al edicto provincial de Gayo (Gayo, 12 *ad ed. prov.*, D. 26.2.1 *pr.*) y otro

de los comentarios al edicto pretorio de Paulo (Paul. 8 ad ed., D. 26.2.20.1), en los que se afirma expresamente que la ley de las XII Tablas ya reconocían la facultad de designar tutores por vía testamentaria al *paterfamilias*, dificultan la visión del Autor que sitúa la aparición de la tutela testamentaria con posterioridad a dicha ley (pp. 124-125).

A este respecto cabe destacar que, si bien resulta razonable aceptar la probable interpolación del texto de Paulo por su referencia al pretor o al cónsul – aunque tales nombres, junto al de *iudex*, ya se alternaban en época decenviral para referirse a las magistraturas de la *res publica* incipiente –, en cambio resulta más complicado asumir la explicación que Herrero Medina ofrece para soslayar la afirmación de Gayo: el Autor reconoce que este mismo jurista explicó (*inst.* 1.165) que la tutela legítima estaba consagrada en la ley de las XII Tablas, pero que guardó silencio sobre el origen de la tutela testamentaria, lo que sin duda resulta sospechoso, pero no está claro que eso sea base suficiente para afirmar que con la utilización de la forma verbal ‘*confirmare*’, empleada tanto en el fragmento gayano como en el de Paulo, se aludiera a que la denominada tutela testamentaria en realidad no estaba reconocida expresamente en las XII Tablas, sino que, según el Autor, sólo pretendía señalar que en la ley decenviral se encontraba su fundamento último (p. 126).

No comparto que la aparición de la tutela testamentaria se produjera en época post decenviral con ocasión de consagrarse el *testamentum per aes et libram*, pues el *testamentum calatis comitiis* le serviría al *pater* en tiempos de paz – al igual que el *testamentum in procinctu* en tiempos de guerra – para designar a un *heres* en ausencia de *sui*, y también para nombrar a un tutor si el *suus* o todos los *sui* eran impúberes o mujeres. De la misma manera que me resulta muy plausible la tesis de situar el germen de la tutela legítima en el *consortium ercto non cito*, tal y como he referido *supra*, en cambio considero que el germen de la tutela testamentaria debió estar en el testamento comicial y en la sustitución pupilar.

De hecho, la existencia de la *accusatio suspecti tutoris* en la ley de las XII Tablas (Ulpiano D. 26.10.1.2) para remover al tutor testamentario del cargo es un escollo importante para situar el origen de esta modalidad de tutela en edad post decenviral: la propuesta del Autor de aplicarla sólo al tutor legítimo que no sería removido, sino sólo apartado de la administración del patrimonio pupilar, parece un tanto forzada y con escaso apoyo en las fuentes.

Por lo demás, Herrero Medina considera que esta nueva modalidad tutelar habría surgido como consecuencia de la evolución de

la sociedad romana hacia un marcado sentido individualista, de tal manera que la jurisprudencia republicana habría articulado la posibilidad de nombrar tutores por vía testamentaria para dar respuesta a las crecientes demandas sociales en favor de una mayor libertad dispositiva. En este nuevo contexto, aunque la tutela testamentaria conservaría una naturaleza esencialmente potestativa, ya presentaría también ciertos rasgos de carácter asistencial. Por ese motivo se explica que, al percibirse por algunos tutores como una carga, se admitiese la posibilidad de renunciar a la tutela, sin necesidad de motivar la decisión, a través de la *abdicationis tutelae*. Carácter asistencial que prevaleció y cristalizó en la tutela dativa introducida por la *lex Atilia* del 210 a.C. y en razón del cual se instauró el sistema de las *excusationes tutelae*.

6. Pasa el Autor a analizar las principales funciones encomendadas a los tutores (pp. 141-165) y la responsabilidad que podía derivarse de sus actos de gestión, ampliada a medida que la institución tutelar evolucionó hacia un sentido plenamente asistencial, debiendo ajustarse a una serie de valores ético-morales que conformarían el *officium tutoris*.

A este respecto plantea que los primeros tutores se habrían visto constreñidos a prestar alguna clase de juramento que, conforme a la arcaica noción de la *fides* romana, permitiría que fuesen sancionados si no respetaban los compromisos adquiridos. Se trata de una idea sin duda muy sugerente, pero que no encuentra sustento en las fuentes y que, por tanto, solo puede considerarse desde un punto de vista conjetural (pp. 170-174), aunque en mi opinión plenamente congruente con el paralelo juramento que debía prestar el *iudex* designado por los litigantes o salido al azar, puesto que ambos eran un *munus* o deber cívico, cuyo incumplimiento ofendía a la comunidad y encolerizaba a la divinidad invocada en el juramento: *Iovem Lapidem* o su emanación *dius Fidius* – sobre esta antiquísima divinidad resulta especialmente interesante O. SACCHI, *I maiores e la teoria della fides ciceroniana. Indagine sulla dimensione storico-giuridica del giuramento in età repubblicana*, en *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, IV, Nápoles, 2007, 2, p. 383 ss. –, conforme a las noticias de Festo, voz *Lapidem*, Polibio 3.25.6 y Aulo Gelio 1.21.4 en el caso del juez, mientras que lo desconocemos en el del tutor. Y ese paralelismo explicaría también que el pupilo se encontrase bajo la *vis ac potestas* del tutor (tratada anteriormente), como se encontraban los litigantes bajo la *vis ac potestas* del *iudicatum* del juez que, conforme a su legi-

timidad carismática en expresión weberiana, liberaba el poder inherente a la *iusta formula* del vencedor, siguiendo los planteamientos de mi siempre recordado maestro A. Magdelain (*De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 113).

Así mismo, resulta original la propuesta de una posible intervención del *consilium domesticum* para dirimir las controversias que tenían lugar en el ámbito tutelar, aunque no se ha conservado ninguna fuente en la que se haga referencia a circunstancias relacionadas con la tutela, ni parece que pueda encajar con la naturaleza y función de esta antiquísima institución.

Los dos últimos capítulos del libro profundizan en el estudio de dos recursos procesales dirigidos a salvaguardar los intereses de los pupilos, tan antiguos como poco esclarecidos por la doctrina: la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspecti tutoris*. En cada uno de ellos el Autor traza un recorrido pormenorizado de una de estas acciones, analizando su origen, naturaleza, forma procesal, legitimación activa y la sanción que acarreaban.

El capítulo sobre la *actio rationibus distrahendis* comienza con una confidencia. El Autor reconoce que su análisis toma como punto de partida un texto procedente de la obra de M. Talamanca en el que se ponen de manifiesto muchas de las incertidumbres que aún se plantean sobre esta acción, y que su investigación se encamina a arrojar algo de luz sobre esos puntos que permanecen en la oscuridad. Propósito encomiable, pues apunta a lo que debe suponer toda investigación científica: no limitarse a reproducir las mil y una conjeturas de Autores anteriores sin aportar nada nuevo (empedrado de opiniones sin visión crítica alguna que, por desgracia, abunda en la romanística española actual), sino que, de manera valiente, Herro Medina da un paso más allá en la posible reconstrucción de esta acción.

La primera cuestión de la que se ocupa en el cuarto capítulo atañe al posible origen decenviral de dicha acción, que a su juicio estaría refrendado por un fragmento de Trifonino en el que se afirma que la ley de las XII Tablas contemplaba una acción para sancionar a los tutores por el doble del valor de los bienes que hubieran sustraído al pupilo (*Tryphon.*, 14 *disput.*, D. 26.7.55.1), lo que a su vez concuerda con otro pasaje de Cicerón, que dos siglos antes afirmaba que las conductas dolosas del tutor ya estaban perseguidas por la ley de las XII Tablas (*Cic.*, *de off.* 3.15.61).

A continuación, analiza el Autor las conductas que daban lugar al ejercicio de esta acción, incidiendo en la variada terminología que emplean las fuentes para hacer referencia a las conductas punibles,

destacando que se trataba de actos de apoderamiento asimilables a los delitos de hurto. Sin embargo, pese a su evidente naturaleza penal, el Autor señala que todo parece indicar que dicha acción se usaba para perseguir sustracciones del patrimonio pupilar en las que no hubiera mediado *animus furandi*. La clave radicaría en el hecho de que en estos casos los tutores actuaban '*domini loco*' con respecto a los bienes del pupilo, por lo que podían realizar esas sustracciones con relativa facilidad, sin que sus conductas constituyeran técnicamente un delito de hurto.

Esa constatación lleva inmediatamente a preguntarse acerca de la posible acumulación de la *actio rationibus distrahendis* con otros recursos procesales, que podrían haber surgido de esa misma sustracción realizada por el tutor. Se trata de una cuestión muy interesante, pero que había suscitado no pocas dudas en el seno de la doctrina debido a la ambigua información contenida en las fuentes. Sin embargo, la interpretación de Herrero Medina me parece satisfactoria.

En primer lugar señala que si el tutor que se encargaba de la administración tutelar sustraía algún bien del patrimonio median-do *animus furandi*, no solo podría ejercitarse contra él la *actio rationibus distrahendis*, sino que al menos desde la época de los juristas severianos (Ulpiano, *36 ad Ed.*, D. 27.3.1.22; Paulo, *8 ad Sab.*, D. 27.3.2 *pr.*-1.) se habría podido perseguir esa conducta con la *actio furti*, pero no se pronuncia sobre el carácter electivo o cumulativo del concurso entre ambas acciones.

Respecto a la acumulación con la *actio tutelae*, aunque en principio cabría suponer su posible acumulación con la *actio rationibus distrahendis* al tratarse de una acción reipersecutoria encaminada a la devolución de los bienes que hubiera sustraído el tutor, destaca Herrero Medina que en un pasaje procedente del comentario edictal de Ulpiano se rechaza esta posibilidad (*Ulp.*, *36 ad ed.*, D. 27.3.1.21.). Frente a la tentación de considerar, como había hecho P. Voci, que se trataba de un texto interpolado, baraja la posibilidad de que los juristas clásicos hubieran entendido que no se trataba de una acción penal pura, en el sentido de que su cometido no consistía simplemente en reprimir un hurto – lo que explicaría que Ulpiano hubiese interpretado que en la condena al doble del valor de los bienes sustraídos ya se contenía la indemnización – y entonces no admitiría la acumulación con la *actio tutelae*.

El Autor considera que esta misma circunstancia sería extensible a la *condictio furtiva*, pues las fuentes también rechazan su acumulación con la *actio rationibus distrahendis* (Tryphon., *14 disput.*, D. 26.7.55.1; Paul., *8 ad Sab.*, D. 27.3.2.1). Pero del mismo modo que

sucedía con la *actio furti*, los juristas clásicos habrían interpretado que la condena al doble contenía una persecución del simple y, por tanto, no cabía perseguir al tutor fraudulento con una acción reipersecutoria como la *condictio furtiva*.

La tercera de las cuestiones analizadas en relación con la *actio rationibus distrahendis* atañe al tipo de procedimiento empleado para resolver estas controversias. Dado que el origen de la acción se remontaba a las XII Tablas, las sustracciones del tutor en perjuicio del patrimonio pupilar se tendrían que sustanciar originariamente conforme a alguno de los *modus agendi* de las *legis actiones*. Y en este sentido se afirma que únicamente podría tratarse de la *legis actio per sacramentum in personam*, usada para perseguir conductas delictuales no flagrantes (pp. 215-217). Acerca de su posterior inclusión en el Edicto del pretor tan solo se puede aventurar prudentemente que su fórmula figuraría junto a la de la *actio tutelae*, estaría redactada en un tiempo pasado y contendría una *intentio in ius concepta* de carácter incierto, en la que seguramente se indicaría al juez que debía proceder a examinar las *rationes*.

Una vez establecida su articulación procesal, en los siguientes apartados de este capítulo se analizan cuestiones relativas a la posible competencia para conocer del procedimiento, que aparentemente se resolvería ante un juez privado (pp. 220-223), la legitimación activa para ejercitar la *actio rationibus distrahendis* – que correspondería primordialmente al pupilo que había sufrido la sustracción en su patrimonio, en cuanto que era el interesado directo en la persecución del delito, pero también a sus herederos y personas afines (pp. 231-234) –, y por último la legitimación pasiva (pp. 224-231).

Frente a la tesis interpolacionista que se ha barajado por algunos Autores, Herrero Medina se inclina por la genuinidad del pasaje de Ulpiano donde afirma que la *actio rationibus distrahendis* podía ejercitarse no solo contra los tutores legítimos, sino contra toda clase de tutores (Ulp., *36 ad Ed.*, D. 27.3.1.19): el jurista severiano habría usado una enrevesada redacción con el fin de enfatizar que, a diferencia de lo que debió suceder en origen, la *actio rationibus distrahendis* se podía ejercitar ya contra toda clase de tutores.

En cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas de la condena impuesta a aquellos tutores que habían llevado a cabo sustracciones en perjuicio del patrimonio pupilar, amén de la sobradamente conocida *condemnatio in duplum*, el Autor señala que no puede descartarse que en origen presentase una naturaleza netamente punitiva y solo con el paso del tiempo se interpretase que la sanción al doble ya

contenía también un resarcimiento por las sustracciones efectuadas por el tutor (pp. 234-237).

Me plantea, en cambio, alguna duda el carácter infamante atribuido a la *actio rationibus distrahendis* (p. 237), por cuanto esa especie de confusión de patrimonios llevada a cabo por el tutor legítimo (o de otra clase más adelante) entre el suyo propio y el patrimonio pupilar respondía al hecho de que se encontraba *loco domini*, de tal manera que la apropiación indebida de bienes pupilares no era técnicamente un hurto, pues no se había producido una *contrectatio rei alienae invito domino* (Gayo 3.198).

Del mismo modo que no lo era la sustracción de bienes del marido perpetrada por la mujer repudiada con ocasión de abandonar el domicilio conyugal, pues al decir de Paulo (7 *ad Sabinum* D. 25.2.1) era *quodammodo domina*. Si tenemos en cuenta que era perseguida con la *actio rerum amotarum* para evitarle la infamia inherente a la condena de la *actio furti*, es posible que, en razón de esa similitud de posiciones, la *actio rationibus distrahendis* tuviera el mismo objetivo inicial respecto del tutor legítimo, dado que la infamia era contraria a la *reverentia tutore debita* por el pupilo, propia de la *fides* ancestral sobre la que descansó la tutela.

7. La obra se cierra con un último capítulo especialmente extenso (pp. 245-369) dedicado a la *accusatio suspecti tutoris*, en el que se trata un análisis similar al de la *actio rationibus distrahendis* partiendo del planteamiento propuesto por Ulpiano al comienzo del libro 35 de sus comentarios al Edicto (*Ulp.*, 35 *ad ed.*, D. 26.10.1.1).

Aunque tradicionalmente se habían interpretado los términos «*Sciendum est suspecti crimen e lege duodecim tabularum descendere*» como fundamento del origen decenviral, Herrero Medina sostiene que la utilización de la forma verbal '*descendere*' indicaría que, en realidad, Ulpiano no quería señalar que este recurso procesal estaba expresamente contemplado en la ley de las XII Tablas, sino que provenía, en última instancia, de ella.

De acuerdo con la tesis propuesta de la anterioridad de la tutela legítima sobre las otras dos modalidades, considera que sólo cuando apareció la tutela testamentaria, que ya no tenía carácter inmovible, se habría creado un nuevo recurso procesal asentado sobre las XII Tablas y encaminado a remover a los tutores sospechosos de su cargo. De esta forma, se entendería que Ulpiano hubiera afirmado que la *accusatio suspecti tutoris* descendía de las XII Tablas, pero la aplicación de dicha acción al tutor legítimo con el objetivo, no de

removerlo del cargo, sino únicamente de apartarlo de la administración del patrimonio pupilar me parece un tanto forzada y con escaso apoyo en las fuentes.

Además de inclinarse por la naturaleza mixta de la acción (pp. 254-263) aborda la espinosa cuestión de su forma procedimental, respecto de la cual propone tres posibles alternativas: que se resolviera conforme a la *coercitio* de los magistrados republicanos, que se produjera una persecución privada de los delitos o que se acudiese a los juicios populares (p. 268).

Tras un pormenorizado análisis de las tres opciones planteadas, el Autor concluye que lo más probable es que este proceso fuera conocido por un magistrado con competencia para remover al tutor del cargo en caso de observar algún comportamiento fraudulento. Esta decisión se adoptaría a través de un decreto, después de realizar una *causae cognitio*, aunque alberga alguna duda sobre el hecho de que una decisión de tanta trascendencia para el ámbito familiar, como era la remoción de un tutor de su cargo, pudiera sustentarse en la decisión de un único magistrado (pp. 268-274).

Cabe destacar el enorme esfuerzo realizado por Herrero Medina para plantear, aunque sea en el plano estrictamente teórico, la posibilidad de que la *accusatio suspecti tutoris* hubiera podido ejercitarse bajo forma de *actio per sponsionem* ante el tribunal de los *centumviri*, que, como es sabido, se ocupaba de cuestiones hereditarias, aunque no parece plausible, como tampoco que este tipo de conductas pudieran perseguirse a través de un proceso de naturaleza popular, pues éste último no concuerda con ninguna de las características que conocemos de las acusaciones contra los tutores sospechosos (pp. 274-286).

A partir de las conclusiones alcanzadas por R. Taubenschlag y S. Solazzi se analiza la posibilidad de que, junto a la *postulatio suspecti*, se admitiera también la hipótesis de remover al tutor sospechoso de su cargo sin necesidad de interponer una *postulatio (remotio simple)*, concluyendo que el proceso de la *accusatio suspecti tutoris* siempre comenzaría con una *postulatio*, pero que no es del todo descartable que pudiera finalizar tanto con la remoción del tutor como con la suspensión de sus funciones de administrador del patrimonio pupilar.

Estudia así mismo Herrero Medina los órganos jurisdiccionales competentes para conocer este tipo de procesos penales y, nuevamente, alcanza la misma conclusión por la lógica correspondencia entre el fuero y la forma procedimental: las acusaciones dirigidas contra los tutores sospechosos de haber cometido algún acto fraudulento contra los intereses del menor se resolverían a través de un decreto

emitido por un magistrado con facultades coercitivas, es decir, en origen los cónsules, y tan solo más tarde habría sido conferida a los pretores (pp. 307-308). No parece viable que estos procesos se hubieran podido sustanciar ni ante el denominado tribunal de los centunviros, ni tampoco ante los magistrados encargados de los *iudicia publica*.

Tras interpretar el pasaje de Ulpiano contenido en D. 26.10.1.5 en el que no aprecia indicios de interpolación, y donde el jurista, movido por su afán enciclopédico, destacaba la evolución histórica de la *accusatio suspecti tutoris*, que solo se habría podido ejercitar en un primer momento contra los tutores testamentarios, luego se habría extendido a los tutores dativos y, por último, se habría aceptado que se ejercitase también contra los tutores legítimos (pp. 317-321).

En cuanto a la legitimación activa, interpreta, a mi modo de ver de manera correcta, la expresión '*quasi publicam*' del siguiente párrafo ulpiano, en el sentido de que podía ser ejercitada por cualquier persona, pero sin poder catalogarse como una verdadera acción popular, pues no pretendía una sanción pecuniaria sobre el sujeto condenado. No obstante, los otros dos argumentos esgrimidos por el Autor resultan discutibles, pues en época severiana la acción sí iba enderezada a proteger un interés considerado ya como colectivo o cuasi público, de ahí la expresión empleada por el jurista muy difundida por otra parte en época clásica tardía (piénsese en la *quasi traditio* o en la *obligationes quasi ex contractu* o *quasi ex delicto*, en la que, valiéndose de un instrumento lingüístico como es un adverbio, trazaban la equiparación de situaciones).

En esa misma línea, creo que se debería insistir, en cambio, en la legitimación activa de la mujer – aspecto tratado por el Autor (pp. 346-348) – a la que durante siglos tampoco se le reconoció en las acciones populares, pero que sí se admitió durante el Principado a causa de la transformación experimentada por el proceso penal, y en este caso concreto, explicaba Ulpiano, siempre que estuviera movida por la *pietas* hacia el pupilo, precisamente por haberse convertido ésta en una de las virtudes más aclamadas en edad imperial y en su doble acepción, pues a la primigenia de carácter privado, como era el afecto hacia los familiares más allegados, vino a superponerse otra de marcado carácter público entendiéndose como amor patrio (al respecto resultan muy interesantes las consideraciones de M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, en *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, II, a cura di L. GAROFALO, Pisa, 2017, pp. 27-27 y nt. 7), lo que pone de relieve la confluencia de intereses, privado y público, en la actuación femenina, lo que sería un denominador común entre la *accusatio suspecti tutoris* y no un rasgo diferenciador, pues

ambos recursos procesales habrían reflejado la íntima relación existente entre el cambio ético-social y el cambio jurídico.

Por último, el libro versa sobre las consecuencias jurídicas que podían derivarse para el condenado como tutor sospechoso: el abandono inmediato de sus funciones, la pérdida de cualquier derecho hereditario que hubiera podido ostentar hasta ese momento y la nota infamante en el supuesto de conducta fraudulenta, pero no cuando hubiera sido removido por negligencia en la protección de los intereses pupilares y siempre que concurriera el decreto de remoción del magistrado, fundado en una causa dolosa y que en él se invocara ésta para justificar la imposición de la pena de infamia (pp. 363-368). Por último, concluye la obra con la posibilidad de que, además, la *accusatio suspecti tutoris* acarree algún tipo de sanción corporal de la que no se tiene constancia en las fuentes, que tan sólo informan de la diversa naturaleza de la pena en función de la condición personal de los tutores condenados.

8. Sin perjuicio de las inevitables discrepancias con el Autor, que no son sino una manera de enriquecer la discusión científica, considero que la romanística debe celebrar el avance original, pero a la vez muy riguroso, brindado por esta valiosa monografía en el estudio de la tutela, sobre todo desde la perspectiva procesal, tan dificultosa como poco abordada por la doctrina.

En prensa ya la presente recensión, he tenido conocimiento de otra que acaba de aparecer en el último volumen de la revista digital *Tesseræ iuris* de este año, de cuyo Autor Luca Casarotti, assegnista di ricerca en la Universidad de Pavía, no había leído nunca nada hasta ahora, lo que resulta muy lógico teniendo en cuenta su juventud y el escalafón del *cursus honorum* académico que ocupa.

Por ser novel en una disciplina tan ardua, por el cúmulo de encomiables actividades a las que se consagra (piano, revisionismo historiográfico en las redes sociales, crítica musical y activismo político, amén de la investigación romanística que hasta ahora no ha dado frutos en monografía alguna, sólo en recensiones de otros Autores), y por el enfoque nada menos que metodológico empleado, sorprende que le dedique una crítica tendenciosa y tan discutible como extensa – treinta y dos páginas – a un libro que fue el desarrollo de la tesis doctoral de Miguel Herrero Medina dirigida por Javier Paricio y defendida en 2018, de cuyo tribunal formaron parte cinco especialistas de la materia con larga y rigurosa trayectoria: Giovanni Luchetti, Paola Lambrini, Alfonso Castro, Juan Iglesias-Redondo y la Autora

de estas líneas, quienes por unanimidad la calificamos con la máxima puntuación, sobresaliente *cum laude*, alcanzando posteriormente, por esa tesis doctoral, el Premio Eduardo de Hinojosa del año 2020, concedido por el Instituto Español de Ciencias Histórico-Jurídicas.

En opinión de quien esto escribe, con más de treinta y cinco años de estudio y de brega universitaria a las espaldas, a la edad del referido recensor o se es un genio – y ni siquiera esto justificaría el intento gratuito de estigmatizar una carrera profesional seria –, o uno debe reflexionar más antes de publicar, y sobre todo hacerlo con mayor humildad.

Laura Gutiérrez Masson