

La *datio tutoris* en la *Lex Irnitana* cap. 29

Sumario: I. La Tutela romana, sus diferentes hechos constitutivos y las Instituciones de Gayo como principal fuente jurídica de tutela: *testamento tutor dari potest; legitima tutela; a magistratu dati tutores...in urbe Roma ex lege Atilia... in provinciis...ex lege Iulia et Titia*.—II. Epigrafía jurídica española de *tutorem datione*. La *lex Irnitana* [c.29] y su análisis comparativo con las *leges Ursonensis* [c.109] y *Salpensana* [c.29]. 2.1. Los requisitos de la *tutoris postulatio*. 2.2. El procedimiento de la *datio tutoris*. 2.3. La calificación como *legitimus* del tutor nombrado.—III. Otros argumentos que avalan el *ius tutoris dandi* de los magistrados municipales españoles: la idoneidad del tutor; la responsabilidad subsidiaria del magistrado que lo nombra; las leyes municipales hispanas como marco legal u origen previsto en sus estatutos.

I. LA TUTELA ROMANA, SUS DIFERENTES HECHOS CONSTITUTIVOS Y LAS INSTITUCIONES DE GAYO COMO PRINCIPAL FUENTE JURÍDICA DE TUTELA

La *Lex Irnitana* que conocemos, después de la limpieza de los broncees descubiertos en 1981, a través de las ediciones publicadas en 1986, independientemente, por González¹ y D'Ors² y, 1993, por Francesca Lamberti³, ha suscitado

¹ J. GONZÁLEZ, «The lex Irnitana. A new copy of the Flavian municipal Law», *JRS*, 76 (1986), pp. 147-243, traducida la ley al inglés y con comentarios de H. M. CRAWFORD y también, J. GONZÁLEZ, *Bronces jurídicos romanos de Andalucía*, Sevilla, 1990, pp. 51 ss.

² A. D'ORS, *La ley Flavia municipal*, Roma, 1986, con amplios comentarios de cada capítulo; A. D'ORS, *Lex Irnitana. Texto bilingüe*, Santiago de Compostela, 1988.

³ F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum*, Napoli, 1993. *Cfr.* también sobre las variantes descubiertas posteriormente, X. D'ORS, «Algunas consideraciones sobre “variantes” y errores en las distintas copias de la lex Flavia municipalis», en *Liber amicorum Juan Miquel*, Barcelona, 2006, pp. 749-803.

una amplísima bibliografía⁴. En nuestra opinión, y siguiendo a Torrent, su principal novedad han sido las noticias que suministra sobre la actividad procesal de los magistrados locales⁵. En esta sede nos ocuparemos de una función jurisdiccional, o parajurisdiccional si se prefiere, como es la *datio tutoris*, y nuestra tesis se dirige a probar que en la legislación municipal española, y ya antes de la *Lex Irnitana*, los magistrados locales tenían esta facultad, pues venía previsto en la *Lex Ursonensis* (cap. 109) dada para la colonia romana de Urso (Osuna) en el 44 a. C. y en la *Lex Salpensana* (cap. 29) dada para el municipio flavio *iuris Latini* de Salpensa en el 83 d. C.

Cierto es que la doctrina tradicional romanística ha negado a los magistrados locales la competencia para nombrar tutores; todo lo más, como dice Solazzi⁶, siguiendo a Mommsen⁷, aquellos se limitarían a proponer su nombramiento al *praeses provinciae*. Matiza el autor italiano que, aun llegando a admitir que los magistrados locales pudieran efectuar este nombramiento, siempre sería *iussu praesidis*. El fundamento de esta doctrina está en un conocido texto de Gayo (1.185) que, a nuestro juicio, hoy, habría que interpretar en un sentido más lato.

En este trabajo, nos vamos a centrar fundamentalmente en la *tutela impuberum* cuyos hechos constitutivos vienen delineados por el propio Gayo, en 1.144, 155 y 185, y que en esencia son los siguientes: 1) nombramiento de tutor en el testamento del *paterfamilias* (tutor testamentario); 2) en su defecto, y a tenor de las XII Tab. (V. 4-6), designación de un tutor legítimo (*tutor legitimus*) entre los *adgnati* y, a falta de éstos, entre los *gentiles*, en definitiva, dentro de círculos familiares del pupilo que cada vez son más amplios, lo que no deja de ser, respecto a los *gentiles*, mero recuerdo histórico, incluso ya en época de Gayo, como él mismo reconoce en 3.17; 3) a falta de tutores testamentarios y legítimos, elección por el magistrado de un tutor dativo⁸ (*tutor dativus*⁹ llamado

⁴ Vid. la ultimísima bibliografía en A. TORRENT, *Municipium Latinum Flavium Irnitanum. Reflexiones sobre la ocupación militar de Hispania y subsiguiente romanización hasta la Lex Irnitana*, Madrid, 2010.

⁵ A. TORRENT, «Ius latii y Lex Irnitana. Bases jurídico-administrativas de la romanización de España», *AHDE*, 78-79 (2008-2009), pp. 51-106, p. 52.

⁶ S. SOLAZZI, «Sulla competenza dei magistrati municipali nella costituzione del tutore durante l'Impero romano», en *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, vol. 77.2, 1917, pp. 1-24 = *Scritti di diritto romano*, vol. II, Napoli, 1957, pp. 221-228.

⁷ T. MOMMSEN, «Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca», *Gesammelt Schriften, I*, en *Juristischen Schriften*, vol. I, 1914 redd. Zurich und Heidelberg, 1994, pp. 330 ss., que se apoya en algunos textos de la Compilación justiniana: D. 26.7.46.6 (*Paul. 9 Resp.*); D. 27.8.1 (*Ulp. 36 ad Ed.*); e I. 1.20.4.

⁸ Vid. sobre el *ius tutoris dandi*, A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela*, Pamplona, 1976, p. 17 ss.

⁹ Según J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 10.ª ed., Barcelona, 1990, p. 545, n. 15, el predicado *dativus* acompañando a *tutor*, es justiniano, como parece desprenderse, de C. 5.30.5.2. A tenor de las fuentes, nos basta constatar: que es cierto que Gayo sólo habla, en 1.144, de «testamento tutores dare»; que se confirma en Reg. Ulp. 11.15: «Dari testamento tutores possunt...» y que así se designan, explícitamente, en Reg. Ulp. 11.14, al decir: «Testamento quoque nominatim tutores dati... qui tutores datiui appellantur».

también *tutor Atilianus*). El encargado de elegir a este tutor, es el pretor en Roma desde finales del siglo III a. C., posteriormente, los cónsules en época de Claudio; y con Marco Aurelio, el *praetor tutelarius* creado a este efecto (como recuerda I. 1.20.3)¹⁰. Todavía junto con estos tres tipos de nombramiento de tutores (los que podemos llamar ordinarios) se solía nombrar, mediante providencias específicas, otros para cuestiones concretas; (que cabría designar como especiales); que la legislación posclásica suele llamar *curatores* y que complementaban a los primeros¹¹.

A esta tripartición de Gayo, se añade otra nueva con un sabor todavía más escolástico, reflejada en *Tituli ex corpore Ulpiani* y que merece, a nuestro juicio, una mínima referencia comparativa, pues, por un lado, al decirnos (en 11.2): «Tutores aut legitimi sunt aut senatusconsultis constituti aut moribus introducti», engloba también, bajo el epígrafe *legitimi* («qui ex lege aliqua descendunt») a los tutores testamentarios («per eminentiam... ex lege XII Tab.») y a los dativos («ex lege Atilia»), y por otro, de alguna manera, amalgama a los «tutores moribus introducti», con los dativos (pretorios) al consignar (en 11.24): «Moribus tutor datur muliere pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult... qui praetorius tutor dicitur»¹². Esta comparación resultaría incompleta sin recordar que Gayo, en 1.184, también habla de un *tutor praetorius* nombrado para las controversias «inter tutorem et mulierem pupillumve» si bien, vinculando su existencia al procedimiento de las *leges actiones*, apunta que, en su época, para algunos había caído en desuso¹³.

Como anticipábamos, el texto fundamental en que se ha basado la mayoría de la doctrina para negar la *datio tutoris* por parte de los magistrados locales es:

«Gayo 1.185: Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia».

La doctrina gayana (repetida por Justiniano en I. 1.20 pr.¹⁴) es muy clara: en Roma sólo podía nombrar tutores el pretor urbano con el asentimiento de la

¹⁰ En derecho justinianeo (I. 1.20.4-5) son competentes para la *datio tutoris*: en Roma, el *praefectus urbi vel praetor* e *in provinciis* sus *praesides* o los magistrados locales y obispos, si no son muchos los bienes del pupilo.

¹¹ Cfr. Gayo 1.173-180; 1.185-187; D. 26.1.12 (*Paul. 10 Resp.*); D. 26.6.4.2 (*Triph. 13 Disp.*); D. 26.10.3.10 (*Ulp. 35 ad Ed.*); D. 26.6.4.2 (*Triph. 13 Disp.*). A. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, 1398-1399, v. *tutela dativa*.

¹² Según A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12.^a ed., Napoli, 2001, p. 696, n. 45.2, los *Tituli Ulpiani* unifican en una sola categoría los tutores ordinarios y los especiales.

¹³ Gayo 1.184: «Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve lege agendum erat: Nam quia ipse tutor in re sua auctor esse non poterat, alius dabatur, quo auctore legis actio perageretur: Qui dicebatur praetorius tutor, quia a praetore urbano dabatur. Sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo iudicio agatur».

¹⁴ «Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia».

mayoría de los tribunos de la plebe, obviamente, a falta de tutores testamentarios y legítimos a que se referían las XII Tab. en la conocida regla V. 3: «Uti legassit suae rei, ita ius esto»¹⁵. 4. «Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto». Y 5. «Si adgnatus nec escit, gentiles familiam “habento”», texto que Guarino¹⁶ reconstruye del siguiente modo: «(Paterfamilias) uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto. Si (paterfamilias) intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto».

En realidad, de la palingenesia de las XII Tab. se desprende que los *Xviri* no hacían mención explícita a la institución de la tutela, de manera que *impuberes* y *mulieres* seguían la misma suerte que la *familia pecuniaque* del difunto, transfiriéndose la *potestas* sobre los *sui iuris* incapaces de actuar por sí mismos (igual que la titularidad de los bienes relictos) a la persona designada por el difunto y, en su defecto, a los agnados y gentiles. De esta *vis ac potestas* quedan huellas en la última gran Jurisprudencia republicana del siglo I a. C. (y, en concreto, en Servio Sulpicio Rufo, el más importante jurista de la época), recogidas en la definición clásica de la tutela que ofrece Paulo (III d. C.) en D. 26.1.1 pr. (38 *ad Ed.*): «Tutela est, ut Servius definit, vis¹⁷ ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem¹⁸ sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa».

Paulo (y seguramente también ya Servio), aún recordando el originario carácter de poder y potestad, otorgado en interés del propio tutor, que acompañaba a la tutela (*potestas*, pues, en el sentido romano del término y no en el de

¹⁵ Fragmento que, como es sabido, ha sido objeto de amplia discusión y muchas interpretaciones. En las fuentes se presenta de dos formas distintas. Así, en Ulp. Reg. 11.4 y D. 50.16.53 pr. (*Paul. 59 ad Ed.*) figura la expresión: «super pecunia tutelave suae»; y en Gayo 2.224 y D. 50.16.120 (*Pomp. 5 ad Q. Mucium*) la de «uti legassit suae rei, ita ius esto». Por lo que a nosotros interesa, las principales interpretaciones son: la de quienes entienden que se permite al testador disponer por legado de sus bienes y sobre la tutela; la de quienes consideran que aquí la palabra *tutela* carece de significado técnico y su traducción equivale a «tal y como legasen sus bienes y su cuidado»; y la de quienes, en una interpretación restrictiva, las *suae rei* sólo son las cosas personales del testador, únicas de las que puede disponer por legado.

¹⁶ GUARINO, *Dir. priv. Rom. cit.*, 596, donde resume investigaciones anteriores suyas sobre la tutela.

¹⁷ I. 1.13.1 sustituye *vis* por *ius*.

¹⁸ Al definir Servio la tutela, en general, parece lógico que comprendiera los dos tipos de su época. O sea, no sólo la basada en la *infirmas aetatis, tutela impuberum*, [la que particularmente interesa y ocupa ahora] y que englobaría a niños y niñas, sino también la asentada en la *infirmas sexus, tutela mulierum*. Esto es, la particular de las mujeres que ya habían alcanzado la *viripotentia* o *viripatientia*, equivalente a la *pubertas* del varón. Por ello, es admisible conjeturar, y así se ha hecho, que el texto serviano primitivo aludiera también, de forma explícita, a la *tutela mulierum* sobre las *feminae perfectae aetatis sui iuris*; y que en su redacción genuina expresara «...ad tuendum eum [amve] qui propter aetatem [vel sexum]...» siendo los compiladores quienes procedieran a su supresión, en el Digesto, por el mandato genérico de Justiniano y sus reconocidos efectos, lo que se recuerda en *Constitutio Tanta 10*: «multa et maxima sunt, quae propter utilitatem transformata sunt.» Admitido y sabido esto y superada, también, una fase, calificada por A. TORRENT [siguiendo a Kaser] en su *Introducción metodológica al estudio del derecho romano*, Oviedo, 1974, p. 124, n. 5, del blanco (derecho clásico) y negro (derecho justinianeo), en materia de interpolaciones, cabe preguntarse si ya Paulo, en el fragmento que figura en el texto la habría suprimido.

la moderna dogmática privatística, equivalente a derecho-deber o poder para satisfacer intereses ajenos), pasa a destacar ahora su carácter asistencial, lo que terminará por convertirla en algo oneroso (se habla de *onus tutelae*) y transformarla en deber (*officium*). Así, la tutela se configura como función pública (se alude a *munus*) y se ejerce en interés del incapaz (no del tutor o, de la *familia communi iure*), sin renunciar a su predominante matiz patrimonial, y sin desatender, al menos en lo económico, los aspectos personales (hasta entonces, por lo común, asumidos por la madre) de «qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit».

Aun a riesgo de repetir, Paulo en D. *eod.* 1.1, sin querer olvidar el primigenio sentido de la tutela, acude a su raíz terminológica para poner de relieve y realzar más el nuevo: «Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores...»¹⁹. En otras palabras, la Jurisprudencia, pontifical primero y laica después, va dulcificando los férreos vínculos primitivos que relacionaban al tutor con el pupilo, a imagen y semejanza del poder absoluto que, en un principio, caracterizó a la *patria potestas*, de la que es supletoria y a su contenido, o sea, a los poderes del *paterfamilias*²⁰. Así, y una vez, se abre paso la idea de la incapacidad del pupilo para actuar por sí mismo en la gestión de su patrimonio (*negotiorum gestio*) y en la creación de vínculos contractuales, se destaca que, pese a ser titulares de su patrimonio, a estos *sui iuris* impúberes les estará vedado alterarlo y obligarlo hasta que alcancen la pubertad, sin una asistencia protectora: la *auctoritas tutoris*. Esta función, concretada en la *auctoritatis interpositio* es, en síntesis, con palabras de Gayo y contraponiéndola a la *negotiorum gestio*, de asistencia y cooperación (y no de sustitución) y requiere, por ello, la presencia del pupilo y además exige en él (3.109) *aliquem intellectum* (por tanto, haber superado la *infantia*).

Suficientemente evolucionada la tutela, en la época de la República, vino a poner orden la *Lex Atilia de tutore dando* del 210 a. C.²¹, introduciendo el llamado *tutor dativus* (*Atilianus*, en recuerdo de la ley) y que, como dice Torrent²², probablemente, no hizo otra cosa que confirmar una praxis anterior según la cual en ausencia de tutor testamentario y legítimo, cualquier ciudadano voluntariamente, *quivis de populo* (a diferencia de la madre y otros parientes que estaban obligados a solicitarlo con la oportuna *postulatio*), podía pedir al magistrado el nombramiento de un tutor, a lo que procedía el pretor urbano. A comienzos del Principado, con Claudio (Suet. *Claud.* 23; Plin. *Epist.* 9.13.16 e

¹⁹ Cfr. por todos B. BIONDI, *Terminología latina como primera dogmática jurídica*, en *Arte y Ciencia del Derecho*, A. Latorre (trad.), Barcelona, 1953, pp. 84-118. Cfr. también un desarrollo crítico de las ideas de Biondi, en M. KASER, «Zur Juristischen Terminologie der Römer», en *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. I, Milano, 1955, pp. 95 ss.

²⁰ Vid. con lit. A. TORRENT, «Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet», *INDEX*, 35 (2007), pp. 159 ss.

²¹ Liv. 39.9 al hablar del senadoconsulto de *bacchanalibus* del 186 a. C., menciona un *tutor Atilianus*.

²² Cfr. TORRENT, *Diccionario*, cit., v. *Lex Atilia de tutore dando*, pp. 593-594.

I. 1.20.3), esta facultad en Roma, pasa a recaer en los cónsules²³ y, luego, con Marco Aurelio, en una nueva magistratura (ad hoc): el *praetor tutelarius*. En provincias, según Gayo 1.185, esta *datio tutoris* corresponde a los *praesides provinciarum* en virtud de la *Lex Iulia et Titia*. Esta ley del 31 a. C., aprobada a propuesta de Cayo Julio Octaviano (el futuro Augusto) y M. Titio, está en relación con la *tutela impuberum*, y se discute (dadas sus diversas menciones en las fuentes) si fue una ley única o dos distintas²⁴.

Es cierto que Gayo (1.185; 195 y 195c) da explícitas muestras de conocer tanto la *Lex Atilia*, como la *Iulia et Titia*, pero también lo es que no excluye, de forma expresa, como apunta Lamberti²⁵, que los magistrados locales pudieran gozar del *ius tutoris dandi*; simplemente no lo menciona, lo que, a nuestro entender, muestra un desconocimiento de la legislación epigráfica española, algo que, por otra parte, tampoco resulta particularmente criticable al no tener especiales motivos para ello, por ser, *ratione temporis*, contemporáneo de Africano y Pomponio²⁶, a nuestro juicio, los tres principales jurisperitos del Principado de Antonino Pío (138-161); y *ratione loci*, un provincial, muy probablemente, del norte de África (aunque todo lo que rodea a Gayo [*nomen* incluido] sigue constituyendo un auténtico enigma).

Entendemos, que la *Lex Iulia et Titia* no hizo otra cosa que confirmar la *Lex Atilia* y superar la competencia pretoria, hasta entonces exclusiva, para el nombramiento de tutores, extendiéndola a los magistrados municipales (*duoviri y quattuorviri iure dicundo*²⁷), pues no en vano la *Lex Iulia* es trece años posterior a la *Lex Ursonensis*. Creemos que en este punto, como en otros, la legislación

²³ S. PEROZZI, «Il tutore impúbere», en *Scritti giuridici*, vol. 3, Milano, 1948, pp. 129-213, p. 209, n. 2; = «Gaio 1,185 ed J. 1, 20, 3». *ibid.*, pp. 243-261, sobre la discusión de si Claudio suprimió la competencia de los pretores, se pronuncia, sin duda, por su supresión, otorgando la competencia a los cónsules y, coherentemente, considera errónea la mención pretoria de Gayo 1.185 y de Justiniano en I. 1.20.3. En contra se manifestó S. SOLAZZI, «Console e pretore urbano nella datio tutoris», en *Scritti di diritto romano*, vol. II, 1957, pp. 393-401, que sigue defendiendo la competencia pretoria. Sin embargo, el mismo Gayo [*de satisfactione tutorum et curatorum*] 1.200; 4.99 y 101: habla de *curatores* nombrados «vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur». Ciertamente que en relación con la competencia de los magistrados para el nombramiento de tutores, Gayo parece tener un cierto confusionismo.

²⁴ Por una ley única, *Iulia et Titia*, deponen: Gayo 1.185; Ulp. Reg. 11.18 e I. 1.20 pr. y *Rubrica*; por una *Lex Titia*: los Fragmentos Sinaíticos 20 y alude, en fin, a dos leyes distintas la Paráfrasis de Teófilo. Por la unidad de la ley se pronuncia E. VARELA, *De contutoribus*, Madrid, 1979, pp. 50-51, que ofrece al respecto argumentos textuales muy persuasivos. Nos decantamos por una única *lex Iulia et Titia* que Gayo, siempre tan puntilloso en las menciones históricas tenía que conocer, y no dos leyes distintas que en otras ocasiones los juristas clásicos suelen acumular; ejemplos típicos de ello los encontramos en las citas de la *lex Iulia et Plautia* a propósito de la prohibición de *usucapio* de las *res vi possessae*, y de la *lex Iulia et Papia (Poppaea)* para la regulación de los *bona caduca*. Vid. bibliografía sobre las dos posturas en LAMBERTI, *Tab. Irn.*, cit., p. 61, n. 159.

²⁵ LAMBERTI, *Tab. Irn.*, cit., p. 63.

²⁶ Cfr. por vía de síntesis, bibliografía y referencias a los tres juristas, en nuestro capítulo «El Derecho en Roma». R. PANERO (coord.), *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de Historia y Catorce de Tradición*, Valencia, 2005, pp. 84-86.

²⁷ TORRENT, *Diccionario*, cit., v. *Lex Iulia et Titia*, p. 613.

municipal anticipa la regulación de algunas instituciones que, más tarde, serían recogidas en la legislación imperial. Dos ejemplos sirven para consolidar nuestro argumento. El primero, y más significativo, es el procedimiento cognitorio utilizado en provincias antes que en Roma, de lo que tenemos noticias, precisamente, en las leyes municipales españolas que, de algún modo, están anticipando los inicios de la *cognitio extra ordinem* o, al menos, muestran a principios del siglo I a. C. «procesos formularios sin fórmulas», como puede advertirse en la *Tabula Contrebiensis*²⁸. El segundo ejemplo, quizá más cercano a nuestro trabajo, es el relativo a la madurez sexual y a la discusión sobre si para acreditarla, conviene proceder a una *inspectio corporis* (criterio sabiniano) o establecer edades fijas (criterio proculeyano). Gayo así lo expresa en 1.196, y luego lo recuerda Justiniano, (I. 1.22 pr.) en donde, por razones de *pudicitia*, opta por el segundo criterio, fijándose los 12 años (para *pupillae*) y 14 años (para *pupilli*). Hasta aquí es notorio, lo que suele pasarse por alto es que al acudir a los límites de edades, y concretamente, a los 14 años, lo que se hace es seguir unos antecedentes que ya constaban en la *Lex Ursonensis* (cap. 98) de la época de César²⁹, y por tanto con anterioridad al Principado; a la jurisprudencia clásica alta y a la formación de las Escuelas Proculeyana y Sabiniana³⁰.

En todo caso, la posibilidad de nombramiento de tutores dativos por los magistrados locales ya la había admitido Karlowa, al menos en los *municipia civium Romanorum* y en las *coloniae Romanae*, y reconoce esta competencia al examinar la *Lex Salp.* cap. 29, que, sin embargo, precisamos nosotros, era un *municipium iuris Latini*³¹. Claro es que las leyes municipales españolas de época flavia, dadas para una región tan romanizada como la Bética, prácticamente, identificaban a los provinciales *iuris Latini* con los *cives Romani*³², debiendo atenerse en todo lo no previsto en la legislación local al *ius civile* y al *Edictum praetoris urbani*, como declara e en la *Lex Irn.* caps. 91 y 93.

²⁸ A. D'ORS, «Las fórmulas procesales del bronce de Contrebia», *AHDE*, 50 (1980), pp. 1-20; A. TORRENT, «Consideraciones jurídicas sobre el bronce de Contrebia», *Cuadernos de trabajo de la Escuela española de Historia y Arqueología en Roma*, 15 (1981), pp. 95-104.

²⁹ U. ÁLVAREZ SUÁREZ, «Personas físicas y colectivas en Derecho Romano», *Instituciones de Derecho Romano*, vol. III, Madrid, 1977, p. 174 *in fine*.

³⁰ Siendo toda periodificación artificial por naturaleza, consideramos que la jurisprudencia clásica alta es la que se da entre los años 30 a. C. y 130; los príncipes, Augusto y Adriano, y los juristas, Antistio Labeón y Salvio Juliano. Así lo mantiene R. PANERO, a quien sigo en sus líneas generales en mi capítulo: «El Derecho en Roma», en *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI*, *cit.*, pp. 32-113, donde se pasa revista a los principales criterios de la romanística en general (34); de la española en particular (36) y donde de 66 a 90 se concreta la época clásica.

³¹ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 2,1, Leipzig, 1901, pp. 286 ss., distingue entre ciudades provinciales, municipios itálicos, colonias romanas y colonias latinas, sumándose a la tesis de Mommsen en lo que a las primeras se refiere: la *datio tutoris* corresponde al gobernador provincial; sin embargo, en los municipios y colonias romanas, los magistrados gozaban de un poder igual al que la ley Atilia atribuía al pretor en Roma. Esta tesis fue compartida poco tiempo después por L. MITTEIS, «Über die Kompetenz zur Vormundsbestellung in den römischen Provinzen», *ZSS*, 29 (1908), pp. 390 ss.

³² *Vid.* TORRENT, «Ius Latii y lex Imitana», *cit.*, p. 52.

Una vez nos hemos pronunciado por la competencia de los magistrados locales para nombrar tutores, conviene recordar, que esta tesis resulta fortalecida por el descubrimiento de las Tablillas de Herculano a partir de las cuales Arangio-Ruiz³³ admite el nombramiento de tutores *ex lege Iulia et Titia* por los magistrados locales en los municipios itálicos³⁴, a lo que de inmediato respondió Solazzi, circunscribiendo tal posibilidad sólo para la *tutela mulieris*³⁵.

La referencia a la *Lex Iulia et Titia*³⁶, que vendría a suplir a la *Lex Atilia*, puede sorprender a priori, por tratarse de la misma ley que se encarga de regular la *datio tutoris* en provincias. Sin embargo, como dice Arangio-Ruiz³⁷, es precisamente en la concesión de la ciudadanía romana a todos los itálicos donde encuentra su justificación lo que ocurrió, en la práctica, desde el 49 a. C. cuando César la otorga a los transpadanos por la *Lex Iulia [Caesaris] de civitate transpadanorum* acabando, definitivamente, con el problema itálico³⁸. Así, al quedar Italia fuera de la organización provincial³⁹, y a pesar de que los asuntos más importantes se sometían a los magistrados romanos o a sus delegados (lo que plantea el tema de la *iurisdictio mandata*⁴⁰), los aspectos más comunes de

³³ V. ARANGIO-RUIZ, «Due nuove tavolette di Ercolano relative alla nomina di tutori muliebri», en *Studi De Francisci*, vol. 2, Milano, 1956, pp. 3 ss. Esta tesis ha sido suscrita por SERRAO, «Rassegna di letteratura» en *Studi Romani*, vol. 5 (1957), pp. 441 ss., que no he tenido ocasión de consultar, y M. KASER, *Das Römischen Privatrecht*, vol. I, München, 1971, p. 357.

³⁴ Reafirma así la tesis de KARLOWA (*supra* n. 31) de la competencia de los magistrados locales en los *municipia civium Romanorum*.

³⁵ S. SOLAZZI confirma su posición contraria a la concesión del *ius dandi tutoris* municipal en «La datio tutoris nelle tavolette di Ercolano», *LABEO*, 2 (1956), pp. 7 ss. *Vid.* también F. GRELE, «Datio tutoris e organi cittadini nel Basso Imperio», *LABEO*, 6 (1960), pp. 216 ss., que documenta la polémica entre Solazzi y Arangio-Ruiz. Solazzi tiene un punto de razón: son distintas la naturaleza y fundamentos de la *tutela mulieris* y la *tutela impuberum*, y por ello B. BIONDI, «Aspetti morali della tutela», en *Festschrift Schulz*, vol. 1, Weimar, 1951, pp. 52 ss., afirma que la definición de la tutela por razón del sujeto (masculino o femenino) no venía recogida por Servio, en D. 26.1.1 pr., algo que no está probado (*cf.* *supra* n. 18) y que la legislación española desmiente: siempre se está refiriendo al *pupillus pupillaeve*. Yerra SOLAZZI al no admitir la *tutela impuberum* en las Tablillas de Herculano, ya que de admitirse esa posibilidad, dice el autor italiano en la p. 7, la doctrina romanística debería aclarar por qué esa competencia fue conferida sólo a los magistrados de los municipios itálicos y no a los de los provinciales; opinión compartida por R. LÓPEZ-ROSA, «Sobre la “datio tutoris” en la “Lex Irnitana”», *SDHI*, 58 (1992), pp. 307 ss. Sin embargo, a nuestro juicio, el punto de partida de ambos autores no es correcto, ya que también en provincias, concretamente en los municipios flavios hispánicos, tienen los magistrados locales competencia para nombrar tutor, salvándose así ese «inexplicable distinto tratamiento de la *datio tutoris* en los municipios provinciales frente a los itálicos» al que se refiere López-Rosa.

³⁶ Seguimos la reconstrucción de ARANGIO-RUIZ, «Due nuove tavolette», *cit.*, 4, de T. Herc. 13: *Cassius Cr[ispus] II vir/ ex decuriorum decre[to, / quo ne ab] iusto tutore [tutela / abeat, ex] lege Iulia [et Titia dixit:] Arescjusae Q. Vidibius [A]mpliatus sit tuto[r]*.

³⁷ ARANGIO-RUIZ, *loc. ult. cit.*

³⁸ *Vid.* por todos TORRENT, *Diccionario, cit.*, v. *Lex Iulia de civitate Latinis et sociis danda* (90 a. C.), p. 607, y v. *Lex Plautia Papiria de civitate sociis danda* (89 a. C.), p. 620.

³⁹ Es pacífico en la romanística que esta ley se aplicara tanto en la *Urbs* (Gayo 1.185), como en Italia, *vid.* ARANGIO-RUIZ, «Due nuove tavolette», *cit.*, 11, con bibliografía en la n. 21.

⁴⁰ Sobre el tema últimamente, con fuentes y lit. *vid.* X. PÉREZ LÓPEZ, *La delegación de jurisdicción en el derecho romano*, Madrid, 2010.

la vida pública cotidiana quedan bajo la administración municipal o colonial (salvo algunas cuestiones que, por su importancia económica, debían ir necesariamente al gobernador provincial), haciendo, por tanto, que la competencia del pretor urbano concurriera con la del gobernador, en las provincias, y con la de los magistrados *iure dicundo*, en los municipios itálicos⁴¹.

Centrándonos ahora en la epigrafía española, podemos dar un paso más y asegurar que esa competencia atribuida por las tablillas enceradas de Herculano a los magistrados locales no sería exclusiva de los municipios itálicos, sino que la encontramos también en las colonias romanas extra itálicas (caso de Urso) y en los municipios latinos (Salpensa e Irni⁴²).

No comparto la opinión de López Rosa⁴³ que considera difícil «admitir la posibilidad de que los magistrados municipales pudieran dar tutores antes de la época de Marco Aurelio», partiendo de la tesis de que fue este emperador el que introdujo la figura de un *praetor tutelarius*⁴⁴ superando, así, la anterior competencia de los cónsules a quienes Claudio había confiado los nombramientos tutelares⁴⁵. La razón de nuestra disconformidad estriba en aquel sentido, del que ya hemos hecho mención líneas más arriba, del valor prodrómico de la legislación local, y que, en nuestra opinión, no deja lugar a dudas de que la legislación municipal anticipa la regulación de algunas instituciones como sucede en el caso que nos ocupa.

II. EPIGRAFÍA JURÍDICA ESPAÑOLA *DE TUTOREM DATIONE*. LA *LEX IRNITANA* [C.29] Y SU ANÁLISIS COMPARATIVO CON LAS *LEGES URSONENSIS* [C.109] Y *SALPENSANA* [C.29]

Conviene ahora que nos fijemos en la legislación española, y concretamente en las *leges Ursonensis* y *Salpensana*, que citamos siguiendo y transcribiendo la edición de D'Ors⁴⁶, y la *Irnitana*, a la zaga de Lamberti⁴⁷.

«Lex Urs. Cap. 109. Cui pupillo pupillae mulierive colonis coloniae Genetivae Iuliae in Hispania tutor non erit incertusve erit et is pupillus eave

⁴¹ Otro documento, éste muy mutilado, de las tablillas de Herculano, *FIRA. Neg.* n. 25, confirma la posición de ARANGIO-RUIZ, «Due nuove tavolette», *cit.*, p. 13.

⁴² LAMBERTI, *Tab. Irn.*, *cit.*, p. 63, dice que las disposiciones de la citada *lex Iulia et Titia* aparecen recogidas en Irn. 29, siendo posible que, al menos en provincias, los magistrados gozaran del *ius tutore dandi* en la medida en que fuera contemplado en su estatuto municipal.

⁴³ LÓPEZ-ROSA, «Datio tutoris», *cit.*, p. 306.

⁴⁴ Sin embargo, F. SCHULZ, *Derecho clásico romano*, J. Santa Cruz Teigeiro (trad.), Barcelona, 1960, p. 161, considera que el término *tutelarius* es posclásico, y asimismo se muestra dudoso de si con la creación de esta magistratura quedó suprimida la jurisdicción consular sobre la materia.

⁴⁵ Según S. SOLAZZI, *Istituti tutelari*, Napoli, 1929, p. 77, la introducción del *praetor tutelarius* no suprimió la competencia de los cónsules en el nombramiento de tutores, *vid.* también la n. 15.

⁴⁶ A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, pp. 243-244 (*lex Urs.*); pp. 300-308 (*lex Salp.*).

⁴⁷ LAMBERTI, *Tab. Irn.*, *cit.*, p. 63.

pupilla mulierve ab Ilviris qui iure dicundo praeerunt eius coloniae postulabit uti sibi tutorem det et nominavit quem tutorem sibi dari volet, tum is Ilvir a quo ita tutor postulatus erit...

Lex Salp. Cap. 29 lín. 30-45

R(ubrica). De tutorem datione

(30) Cui tutor non erit, incertusve erit si is eave municeps municipi Flavi Salpensani erit, et pupilli pupillave non erunt, et ab Ilviris qui i(iure) d(icundo) p(raeerunt) eius municipi postulaverit, uti sibi tutorem det, <et> eum, quem dare volet, nominaverit: dum is, a quo postulatum erit, sive unum sive plures collegas habebit, de omnium collegarum sententia, qui tum in eo municipio intrave fines municipi eius erit, (35) causa cognita, si ei videbitur, eum qui nominatus erit tutorem dato. Sive is eave, cuius nomine ita postulatum erit, pupil(lus) pupillave erit, sive is, a quo postulatum erit, non habebit collegam <collega> <q>ve eius in eo municipio intrave fines eius municipi nemo erit: tum is, a quo ita postulatum erit, causa cognita, in diebus X proximis, ex decreto decurionum,(40) quod, cum duae partes decurionum non minus adfuerint, factum erit, eum qui nomnarus erit, quo ne ab iusto tutore tutela <h>abeat, et tutorem dato. Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela<<h>> abeat, tam iustus tutor esto, quam si c(ivis) R(omanus) et adgnatus proximus c(ivis) R(omanus) tutor esset...

Lex Irn. Cap. 29 lín. 15-31

15 R(ubrica). De tutorem datione.

Quoi tutor non erit incertusve erit, si is eave municeps municipi Flavi Irnitani erit, et pupillus pupillave non erit, et a Ilviro iucundo eius municipi postulaverit, ut sibi tutorem det, <et> eum quem dari velit nominaverit, tum is a quo postulatum erit, sive unum

20 sive plures collegas habebit, de omnium collegarum sententia, qui tum in eo municipio intrave fines eius municipi erit, causa cognita, si ei videbitur, eum qui nominatus erit tutorem dato. Sive is eave, cuius nomine ita postulabitur, pupillus pupillave erit, sive is, a quo postulatum erit, collegam non habebit, collegave eius in eo municipio

24 intrave fines eius municipi nemo erit, tum is, a quo ita postulatum erit, causa cognita, in diebus X proximis, ex decreto decurionum, quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint, factum erit, cum, qui nominatus erit, quod ne a iusto tutore tutela h(abeat), ei tutorem dato. Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei cui datus erit, quo ne a iusto

30 tutore tutela h(abeat), tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et adgnatus proximus civi Romani tutor esset».

Es comúnmente admitido por la doctrina, que la copia conservada de la ley de Urso, (ley fundacional de la *Colonia Genetivae Iuliae*, en tiempos de César) fue redactada en época Flavia, concretamente a finales del siglo I d. C.⁴⁸, y si bien parece indiscutible que existen interpolaciones en el texto, resulta difícil

⁴⁸ Para A. STYLOW, «Texto de la Lex Ursonensis», en *Studia Historica. Historia antigua*, 15 (1997), pp. 269-301, se grabaron los bronceos entre los años 20 y 50 d. C.

determinar qué partes son añadidas, y en qué momento lo fueron. El cap. 109 de la *Lex Ursonensis* relativo a la *datio tutoris*, prácticamente no se conserva, y ha sido reconstruido por D'Ors, Mallon, Schulz y González, con la ayuda del cap. 29 de Salp⁴⁹.

Por su parte, la ley Irnitana, dada para el municipio romano de Irni, junto con la Salpensana y la Malacitana, forman parte de una pretendida, por D'Ors⁵⁰, *lex Flavia municipalis* que habría otorgado, probablemente, Domiciano en el año 90 d. C. a los municipios latinos hispánicos, tras la concesión del *ius Latii* por Vespasiano en el 74 d. C, y que, a su vez, reproduciría una *Lex Iulia municipalis* de César o una *Lex Iulia de iudiciis privatis* de época de Augusto⁵¹.

Las leyes a las que nos referimos son las grandes leyes municipales de la Hispania romana, y presentan muchas coincidencias, incluso idénticos pasajes, en cuanto estaban redactadas desde la óptica romana⁵². Todas son *leges datae*, de la Bética, coloniales [en el caso de Urso] o municipales [en los de Salpensa, Malaca e Irni] lo que pone de manifiesto, principalmente en el caso de los municipios Flavios, la finalidad política de otorgar una normativa que destacara la relación superior y ejemplar de Roma sobre las ciudades del Imperio⁵³ cuyos munícipes no gozan de la consideración de los ciudadanos de la *urbs*, ni la de los territorios situados *in solo italico*⁵⁴.

Así, y desde la óptica de la dominación de Roma, como pone de manifiesto Torrent⁵⁵, éstas son leyes de control, sobre todo de la jurisdicción municipal y permiten cierto grado de comparación entre el Derecho Romano y los derechos locales. En nuestro caso, la *Lex Irnitana*, no plantea dudas respecto al alto grado de romanización de la Bética, y en ningún caso parece que hubiera resistencia local al sometimiento de la ley romana, lo que hace que el *ius Latii* aplicado en provincias y, concretamente, en el municipio latino de Irni, sea el Derecho Romano tal y como se aplicaba en la *urbs*, o sea: el *ius civile* sustantivo, desarrollado en los edictos pretorios; los *responsa* de los *iurisprudentes* y, en menor medida, en las *leges publicae*, aprobadas por los comicios populares.

⁴⁹ Vid. por todos A. GÓMEZ-IGLESIAS, «Lex Ursonensis Cap. 109. La tutela en la Lex Ursonensis y en la Ley municipal», en *Studia Historia. Historia antigua*, 15 (1997), pp. 247-266, que expone, a nuestro juicio de manera muy clara, las diferentes interpolaciones y reconstrucciones que sobre el texto original se han hecho.

⁵⁰ En contra TORRENT, *Municipium Latinum Flavium Irnitatum*, cit., pp. 101 ss.

⁵¹ D'ORS, *Ley Flavia Municipal*, cit., pp. 13 ss. En contra LAMBERTI, *Tab. Irn.*, cit., p. 201, y TORRENT, «Lex Irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía», *www.teoriadeldirittoprivado*, 1 (2005), pp. 1-44, 5=*AFDUCD*, 12 (2008), pp. 987-1006. Sobre la existencia de una genérica ley municipal a la que se fueran adaptando las singulares leyes municipales, vid. TORRENT, «De lege Irnitana: ¿modelo único en las leyes municipales flavias?», *RIDROM* (abril 2010), pp. 89-158, *www.ridrom.uclm.es*, recogido en el cap. II de su obra, *Municipium Latinum Flavium Irnitatum*, cit., pp. 101-133.

⁵² TORRENT, «Lex Irnitana», cit., p. 5.

⁵³ TORRENT, «De lege Irnitana», cit., p. 94.

⁵⁴ TORRENT, «Lex Irnitana», cit., p. 42.

⁵⁵ TORRENT, *loc. ult. cit.*, pp. 41-43.

Las tres *leges* referidas tienen un significado muy similar –descontando las obvias referencias a la *colonia Genetivae Iuliae*⁵⁶ y al *municipium Flavium Salpensanum*, y *Flavium Irnitanaum*– y, en materia de *tutela impuberum*, no da lugar a distinguir la tutela por sexos, pues sus reglas abrazan por igual *pupillus pupillave*. El texto de la ley Irnitana corresponde, sustancialmente, al último *caput* de la ley Salpensana, y ambas que, a su vez, coinciden con Urs. 109, a pesar del sabor lexicográfico más antiguo de ésta⁵⁷, nos hablan de la capacidad de los magistrados locales para nombrar tutor.

La ley colonial, al menos en la parte conocida del texto mutilado, sólo alude a la *postulatio tutoris*⁵⁸ para el pupilo o pupila, que no tenga tutor testamentario ni legítimo, y que debe solicitarse a los *duoviri iure dicundo* de la ciudad⁵⁹.

La referencia *in Hispania* o, como propone D’Ors⁶⁰, *in ulteriore Hispania*, no aparece en los fragmentos de las leyes flavias, y parece delimitar el territorio dentro del cual debe encontrarse el tutor, para que no pudiera decirse que el incapaz, no lo tenía: a la provincia. Falta en el texto de Urs., la indicación a la tutela de la mujer y a los distintos procedimientos para designar tutor que prevén las leyes municipales: uno, para el caso de que el *duovir* tenga *collega* y otro, para el supuesto de que no lo tenga o estén ausentes y que, por el contrario, vienen claramente delimitados en las dos leyes flavias. En ellas, a pesar de que se observan unas mínimas diferencias, podemos establecer tres partes claramente identificadas: la primera, se refiere a las condiciones para solicitar tutor; la segunda, al procedimiento que deben seguir los *duoviri*, para llevar a cabo su nombramiento y la tercera, se centra en la calificación jurídica de este tutor así nombrado⁶¹.

⁵⁶ En el caso de Urso (la Osuna cercana a Sevilla), se trata de una colonia de ciudadanos romanos, enviados allí, *iussu C. Caesaris* (cap. 106), mientras que Salpensa e Irni son municipios Flavios, y por tanto *iuris latini*, que gozan de un estatuto municipal, a diferencia de otras ciudades que con posterioridad al edicto de Vespasiano adquirieron la categoría de *oppida Latinorum*. TORRENT, «De lege Irnitana», *cit.*, p. 95.

⁵⁷ Tema importante porque los fragmentos conocidos de la *lex Urs* pertenecen a una inscripción de época flavia, lo que daría que pensar si se trataba de una reproducción fiel del texto de época cesariana, o se habría adaptado al derecho de la época flavia. Hay que decir que siguen apareciendo fragmentos de la *Lex Ursonensis*; *vid.* A. CABALLOS RUFINO, *El nuevo Bronce de Osuna y la política colonizadora romana*, Sevilla, 2006, como también fragmentos de otras leyes municipales.

⁵⁸ Sobre el modo de designar el acto petitorio de tutor, *cfr.* GUZMÁN, *Dos estudios*, *cit.*, pp. 224 ss. La *postulatio* se refiere al acto de reclamar la *datio tutoris* al magistrado en general y la *nominatio*, a la designación de una persona como candidata al cargo hecha por el mismo postulante, siendo ambos actos acumulables: así, se puede solicitar un tutor a la vez que se propone la persona que debe serlo.

⁵⁹ Sobre el cotejo entre Salp. 29 y la parte que se conserva de Urs. 109, *vid.* D’ORS, *EJER*, *cit.*, p. 300, y lo que él llama alteraciones reformadoras.

⁶⁰ D’ORS, *EJER*, *cit.*, p. 245.

⁶¹ C. CONSENTINI, «Salp. 29 e il suo modello», en *Studi Sanfilippo*, vol. 7, Catania, 1987, pp. 167-183, 170, divide el texto de Salp. (y por extensión el de Irni, añadimos nosotros) en tres partes; la primera se refiere a la *tutela mulieris*, y a pesar de que el texto no hace mención expresa a ella, la alusión se realiza a través de la frase críptica, *pupillus pupillave non erit*, que sí se recoge

2.1 LOS REQUISITOS DE LA *TUTORIS POSTULATIO*

En relación con la primera parte, para poder solicitar un tutor, nos dicen Salp. 29 e Irn. 29, que el incapaz debe cumplir tres requisitos: 1.º ser munícipe (hombre o mujer) del municipio («*is eave municeps municipi*») salpensano o irnitano⁶²; 2.º no tener tutor o que sea incierto («*tutor non erit incertusve erit*»)⁶³ y 3.º que se solicite («*postulaverit...*») especificando quién es la persona designada («*...et eum quem... nominaverit*»).

2.2 EL PROCEDIMIENTO DE LA *DATIO TUTORIS*

La segunda parte de los textos otorga competencia a los magistrados locales para nombrar tutor, cuestión que, como ya hemos apuntado, está fuera de duda, no habiendo en ninguno de los fragmentos que estamos examinado referencia alguna ni a que el nombramiento deba ser hecho por el gobernador provincial a propuesta del magistrado municipal, ni a un posible procedimiento abreviado, tolerado en la praxis, a través de la *delegatio* de aquél⁶⁴. Se limita esta parte, tanto en Salp. 29 como en Irn. 29, a relatar el proceso a seguir para realizar el nombramiento y que variará en función de la existencia o no de colegas («*sive unum sive plures collegas habebit*»): *a*) Si existen colegas, será necesario, previo conocimiento de causa («*causa cognita*»), las opiniones favorables de todos («*omnium collegarum sententiae*»); *b*) Si no hay colegas o están ausentes, el nombramiento necesitará, también previo conocimiento de causa («*causa cognitio*»), el aval del Senado decurional («*ex decreto decurionum*»), con un *quorum* de dos terceras partes de sus componentes («*duae partes decurionum non minus*»); deberá hacerse en el plazo de 10 días («*in diebus X proxumis*»), y no ser en detrimento del tutor legítimo («*quod ne a iusto tutore tutela (h)abeat*»).

La parte central del texto de Salp. 29, ha sido objeto de un hipercriticismo que no convence, dando pie a una prolija literatura sobre la reconstrucción del fragmento de Urs. 109 con relación a Salp. 29 y que muestra una clara línea de continuidad en la redacción de las posteriores leyes municipales flavias.

Dos son los puntos más debatidos: el primero, si las leyes españolas se refieren a las dos hipótesis de *datio tutoris* (la de los impúberes y la de la mujer); y el segundo, si existen uno o varios procedimientos en función no sólo de si el

en el texto de Urso. Apunta el autor italiano (p. 178, n. 15), que un indicio de la interpolación de esta frase en *Salp.*: *pupilli pupillave non erunt*, podría darse en el uso impropio del plural que no concuerda con *is eave...erit*, de la frase precedente, aventurando que debía poner o *pupilli non erunt* (incluyéndose en el plural a la pupila), o *pupillus pupillave non erit*, que aparece más abajo. Casualmente, el texto de Irn. refleja exactamente el pensamiento del autor, lo cual nos hace aventurar que el texto de Irn. al menos en esta frase, es original. En contra de la perífrasis últimamente se ha pronunciado LAMBERTI, *Tab. Irn., cit.*, p. 58.

⁶² Es opinión comúnmente aceptada que la referencia a los munícipes *Flavi Salpensani* y la misma referencia a los *Flavi Irnitani*, añadiríamos nosotros, que soliciten que nombre tutor al *duovir iure dicundo* de este municipio, es auténtica.

⁶³ Sobre el tutor incierto, *vid.* CONSENTINI, «Salp. 29», *cit.*, p. 169, n. 2.

⁶⁴ D'ORS, *EJER., cit.*, p. 245.

magistrado local tiene o no colegas, sino también de si se trata de uno u otro tipo de tutela (*mulierum aut impuberum*). En modo alguno estas posibles alteraciones influyen en la cuestión que aquí más nos interesa; sino todo lo contrario, pues todas parten del mismo presupuesto: la competencia de los magistrados locales para nombrar tutor.

A pesar que ni las leyes flavias, ni el texto mutilado de Urs. hablan expresamente⁶⁵ de *mulier*, es opinión en la práctica unánime, que la referencia a la tutela del sexo se recoge en los fragmentos de las leyes municipales a través de la perífrasis negativa: «*quoi tutor non erit... si is eave municeps municipi...erit, et pupillus pupillave non erit*». En contra se ha manifestado recientemente Lamberti, quien considera de difícil comprensión el motivo de tal perífrasis⁶⁶.

En cuanto al procedimiento a seguir para nombrar tutor, nos limitaremos en este trabajo a reproducir de forma somera las opiniones doctrinales más representativas⁶⁷. D'Ors, considera que las leyes flavias prevén un procedimiento único ante el magistrado local, tanto para la tutela de la mujer como para la de los impúberes: «*causa cognita in diebus X proxumis ex decreto decurionum*», sin distinguir la existencia o no de colegas⁶⁸. Por lo que propone, reproduciendo las líneas 39 a 42 de Salp. 29, la siguiente reconstrucción de la parte central de Urs. 109, *R. de tutorum datione*:

«... erit, causa cognita in diebus X proxumis
ex decreto decurionum, quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint factum erit, eum qui nominatus erit, quo ne ab iusto tutore tutelae abeat, ei tutorem dato...»

Mommsen, primero, y Gradenwitz, después, desarrollan la tesis por la que en el régimen original se debe distinguir dos supuestos distintos para el nombramiento de tutor: si los magistrados tienen uno o más colegas el nombramiento se hará «*omnium collegarum sententiarum*», y si no hubiera o estuviesen ausentes, el nombramiento será «*causa cognita in diebus X proxumis*» (para el impúber y para la mujer). Schulz se hace eco de esta opinión, en líneas generales, pero sin embargo discrepa en el procedimiento si no hubiera colegas o estuviesen ausentes, en cuyo caso, nos dice, el nombramiento sería «*ex decreto decurionum*».

Consentini da un paso más en el análisis de los textos, y afirma que en el régimen de Salp. 29, habría que diferenciar tres supuestos distintos: 1) si el magistrado competente para la *datio tutoris* tiene colega, ésta se hará «*omnium collegarum sententiarum, causa cognita, si ei videtur*», es decir, con una «*causa cognita*» opcional o voluntaria; 2) si no hubiera colega o se encontrara ausente,

⁶⁵ Sí aparece en cambio esta alusión a la tutela de las mujeres en la reconstrucción de la *Lex Ursonensis* que hacen D'Ors, Mallon o Schulz, por poner un ejemplo. *Vid.* sobre las tres reconstrucciones, GÓMEZ-IGLESIAS, «*Lex Ursonensis*», *cit.*, pp. 251-257.

⁶⁶ LAMBERTI, *Tab. Irn.*, *cit.*, pp. 58-59 (*vid.* también *supra* n. 61), tiene razón, a nuestro juicio, al considerar más plausible que hubiese cambiado el régimen de la tutela de la mujer desde el modelo precedente (*lex Urs.*) a las leyes flavias, que hablar de una hipotética interpolación del modelo base análogo en todo tipo de estatutos coloniales y municipales.

⁶⁷ *Cfr.* por todos GÓMEZ-IGLESIAS, «*Lex Ursonensis*», *cit.*, pp. 248-266.

⁶⁸ En el mismo sentido ARANGIO-RUIZ, «*Due nuove tavolette*», *cit.*, p. 12.

«causa cognita in diebus X proxumis, ex decreto decurionum», siempre que se trate de la tutela de un impúber; y 3) para el caso de la *tutela mulieris* en la que el magistrado no tenga colega o no esté presente, la ley no prevé solución alguna, debiendo la mujer esperar a que vuelva el magistrado ausente, o a que se nombre un colega al *duovir*.

Así, vemos que se plantean entre los romanistas distintas hipótesis en función de cuatro premisas: 1.^a si se trata de una *datio tutoris* para un impúber, 2.^a si lo fuera para una mujer, 3.^a si el magistrado *iure dicundo*, tiene *collega*, y 4.^a si éstos están o no presentes. Si bien no vamos a tratar todos estos problemas, en particular, lo que excedería e incluso nos apartaría del fin propuesto, nos parece necesario detenernos, mínimamente, en lo que Gómez-Iglesias⁶⁹, siguiendo a D'Ors⁷⁰, llama «argumentos o criterios externos» útiles para decantarse por una u otra reconstrucción, y en concreto, sobre el criterio material o formal que las justificaría: ¿Cuál sería el motivo de las interpolaciones de los fragmentos flavios?, o lo que es lo mismo: ¿Por qué es necesario cambiar el texto original?⁷¹. A nuestro juicio, no hay razón histórica alguna que nos induzca a pensar en una necesaria (o al menos conveniente) agravación sustantiva o adjetiva, de la tutela de los impúberes, como parece desprenderse de la interpretación que hacen de los textos Gradenwitz, Schulz y Consentini⁷², sino todo lo contrario: el estudio de la tutela nos demuestra la decadencia progresiva que sufre la institución y muy en especial la *tutela mulierum*. Algo tan evidente, que ya pertenece al patrimonio de la romanística la doble afirmación de Bonfante, por la que: 1.^a siguiendo a Cicerón (*pro Mur.* 12.27) el tutor es quien soporta a la mujer, más que ésta al tutor⁷³, y 2.^a la historia de la tutela de la mujer es la historia de su desaparición⁷⁴.

⁶⁹ GÓMEZ-IGLESIAS, «Lex Ursonensis», *cit.*, pp. 260-264.

⁷⁰ D'ORS, *EJER*, *cit.*, pp. 304-309.

⁷¹ No olvidemos el carácter intencional de toda interpolación.

⁷² GÓMEZ-IGLESIAS, «Lex Ursonensis», *cit.*, p. 262.

⁷³ Siguiendo la síntesis involutiva que presenta R. PANERO, *Derecho Romano*, 4.^a ed., Valencia, 2008, pp. 287 y 288 [y sin olvidar que la *auctoritas interpositio*, en la tutela de la mujer, no se requiere para toda clase de actos, sino sólo para algunos] me permito puntualizar las referencias textuales concretas que le sirven de base. Así, cabe decir que: 1) en la tutela legítima (Gayo 1.114) la mujer puede usar la *coemptio*, no con fines de matrimonio, sino *tutelaevitandae causa*, sometiéndose a la *manus* de alguien de su confianza, con un pacto de emanciparla y, tras hacerlo, convertirse en su tutor, *tutor fiduciarius*; 2) que en la tutela testamentaria, y matrimonio *cum manu*, el marido puede otorgar a su mujer una *optio tutoris* (1.150) o sea, la facultad de elegir tutor tras su muerte, *tutor optivus*, bien para todos sus asuntos o para alguno; 3) que esta opción puede ser *plena aut angusta* (1.151) y, siendo *plena* (1.153) cambiar de tutor a su antojo; 4) que, en general, es la mujer quien, por sí, administra su patrimonio (1.190) [*ipsae sibi negocia tractant*] por lo que el tutor no actúa como *negotiorum gestor*, ni puede entablarse contra él la acción de tutela (1.191), *unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur*; y 5) que, en fin, a veces puede ser obligado el tutor a prestar su *auctoritas* (1.190) incluso contra su voluntad por el pretor (*invitus auctor fieri a pretore cogitur*).

⁷⁴ Sirva de recordatorio, siguiendo a PANERO, *loc. ult. cit.*, p. 288 *if* y p. 289 *pr*, de esta decadencia progresiva (amén de la *optio tutoris* aludida en la nota precedente): 1.º que por derecho de maternidad (*iure liberorum*) *tutelaevitandae mulierum*, las ingenuas con 3 hijos y las libertas con 4, según la *lex Iulia et Pappia Poppaea* (Gayo 1.145;194 y 3.44); 2.º que por una *Lex Claudia*

Sobre esta base, es más lógico pensar que lo que pretenden hacer las leyes hispánicas es aligerar el nombramiento del *tutor mulieris*, facilitándolo al máximo, y convirtiéndolo en puro trámite. De esta forma, la tutela del pupilo y de la pupila permanecería inalterada, variando el procedimiento exigido, exclusivamente, para el caso de las mujeres y sólo en el supuesto concreto de que estén los colegas del magistrado, siendo suficiente la *causa cognitio* e innecesario el decreto de los decuriones exigido, siempre, para el nombramiento de un tutor al impúber.

En cualquier caso, las pretendidas interpolaciones de las leyes flavias, y las distintas reconstrucciones de su modelo precedente, la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae*⁷⁵, no son más que conjeturas y se apartan del objetivo central de nuestro trabajo que es demostrar que, en todo caso, los magistrados locales (coloniales o municipales), tenían competencia para nombrar tutor a los impúberes que lo solicitasen.

Volviendo, pues, al tema que nos ocupa, lo único que nos dice el dictado de las leyes municipales es que el nombramiento de tutor lo hará el *duovir* siempre que tenga colega presente, por acuerdo entre ellos («*omnium collegarum sententiae*», y «*si ei videbitur, causa cognita*»). Si no hay o estuvieran ausentes, el nombramiento se realizará previa «*causae cognitio, ex decreto decurionum, quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint*», examinando el asunto en el plazo de diez días, y siempre que no sea en detrimento del tutor legítimo o testamentario («*quo ne a iusto tutore tutela abeat*»).

2.3 LA CALIFICACIÓN COMO *LEGITIMUS* DEL TUTOR NOMBRADO

Esta alusión al *tutor iustus* introduce lo que consideramos la tercera y última parte de *Imn. 29* (líneas 29 a 31) que, como apuntamos en su momento, se refiere a la calificación jurídica del tutor nombrado por los *duoviri*⁷⁶. La frase «*quo ne a iusto tutore tutela abeat*», que cierra la parte anterior, línea 27, y que se repite en esta última, línea 29 *if* y 30 *pr*⁷⁷, debe ponerse en relación con el principio del texto «*quoi tutor non erit*», línea 16, ya que es la explicación del requisito antes exigido: que no haya tutor o sea incierto. De este modo, no debe

de tutela mulierum, de mediados del s. I d. C. de la que da cuenta Gayo 1.157: se produce la abolición de la tutela legítima («*sed postea lex Claudia lata est, quae, quod ad feminas attinet, agnatorum tutelas sustulit: Itaque masculus quidem impubes fratrem puberem aut patrum habet tutorem; femina vero talem habere tutorem non potest*», y 1.171 «*tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint*»; y 3.º que en derecho posclásico se cierra la involución al extenderse el *ius liberorum* a toda clase de tutelas y tras concederlo Teodosio y Honorio (410) a todas las mujeres del Imperio. La mujer, formalmente, se emancipa, siendo sus dos últimas referencias dos constituciones de Diocleciano (FV. 325 y 326).

⁷⁵ F. SCHULZ, «*Lex Salpensana cap. 29 und lex Ursonensis cap. 109*», en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, p. 451, no descarta la posibilidad de una ley intermedia entre la Ursonense y la Salpensana, que sirviera de modelo a esta última.

⁷⁶ CONSENTINI, «*Salp. 29*», *cit.*, p. 171.

⁷⁷ *Imn. 29*: «*Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei cui datus erit, quo ne a iusto / tutore tutela h(abeat), tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus / et adgnatus proximus civi Romani tutor esset*». Y algo distinto *Salp. 29*: «*Qui tutor h(ac) l(ege) datus erit, is ei, cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela<<h>> abeat, tam iustus tutor esto, quam si c(ivis) R(omanus) et adgnatus proximus c(ivis) R(omanus) tutor esset...*»

privarse de la tutela al tutor que lo es por derecho, lo que viene a resaltar el carácter subsidiario de la tutela dativa que, en virtud de la *Lex Atilia* del 210 a. C. y de la *Lex Iulia et Titia*, del 31 a. C., a falta de tutor legítimo o testamentario, habilitará al magistrado municipal para nombrar un tutor, que, ahora sí (continúan Salp. 29 e Irn. 29), tendrá la misma consideración que el tutor legítimo de un ciudadano romano –*agnatus proximus*–, y que el tutor nombrado por el pretor en Roma, que es igualmente *iustus*⁷⁸.

La expresión *tutor iustus* se refiere, según Schulz y D’Ors⁷⁹, al tutor legítimo⁸⁰, y no al testamentario (obviamente también *iustus*)⁸¹ para no extender el *ius abdicandi* o derecho a renunciar libremente que tenía éste. Por eso Schulz y D’Ors proponen para la reconstrucción de la parte final del texto de Urso, y con clara referencia a la ley Atilia⁸², el siguiente redactado: «Qui tutor hac lege datus erit, is ei cui datus erit, quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto, quam si ei agnatus proximus tutor esse»⁸³. Vienen a reproducir, pues, las cuatro últimas líneas (42 a 45) de Salp. 29, que coincide, prácticamente, con las tres últimas (29 a 31) de Irn. 29.

En todo caso, que se trata de un *tutor iustus* queda puesto de manifiesto en los tres fragmentos que estamos analizando, si bien tenemos serias dudas sobre si este *tutor iustus* lo es, realmente, por su forma de nombrarlo o si se refieren las leyes (dada la polisemia del término) a un tutor, calificado de *iustus* por sus cualidades personales: así, no podemos olvidar los orígenes de la tutela dativa, considerada primero como un *honor* con carácter esencialmente privatístico y voluntario, para convertirse en un deber –*munus*–, una función de carácter público e irrenunciable, siendo, por lo tanto un cargo muy preciado que debe ser ejercido por personas que reúnen unas condiciones de idoneidad⁸⁴ y altura moral. Esto contribuye al sostenimiento de nuestra tesis de que es el magistrado local el que nombra al tutor por ser la persona que mejor conoce a sus conciudadanos (y no el *praeses* que, de hecho, estará más distanciado) y, por lo tanto, quien se preocupará de buscar un tutor que reúna las condiciones de idoneidad necesarias para ejercer ese honor: ser *tutor iustus*. Ello alivia las tareas del

⁷⁸ GÓMEZ-IGLESIAS, «Lex Urs», *cit.*, p. 265, en el mismo sentido D’ORS, *EPJ*, *cit.*, p. 243.

⁷⁹ SCHULZ, «Lex Salp», *cit.*, 457; D’ORS, *EJER*, *cit.*, p. 243.

⁸⁰ Que el *tutor iustus* se refiere exclusivamente al tutor legítimo, es aceptado por la *communis opinio*; sin embargo, vuelve a debatirse si se trata de un *tutor mulibris* o *impuverum*. *Cfr.* por todos CONSENTINI, «Salp. 29», *cit.*, p. 171, n. 5.

⁸¹ De los tutores dados en testamento, dice Gayo I.154, se llaman dativos: «Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi...»

⁸² Ambos *loc. ult. cit.* Es un dato importante que, también, viene citada esta ley en la documentación papirológica: *Pap. Oxy IV, 720* (V. ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, núm 25, 67: *petitio et datio tutoris muliebris*), mientras que en el *Diptychum ligneum, Cairi emptum, Londini custoditur* editado por B. P. GRENPELL, en 1919 (ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, núm. 2, 68): *datio tutoris muliebris*, viene citada la *Lex Iulia et Titia*. Obviamente, esta ley no pudo ser conocida por Urs. que es anterior.

⁸³ En la página siguiente, cambia ligeramente el texto, D’ORS, *EPJ*, *cit.* p. 246. *Vid.* sobre esta parte final de Salp. 29, y Urs. 109, y su relación con la *Lex Atilia*, S. SOLAZZI, «Il concetto del ius postliminio», en *Scritti Ferrini*, vol. 2, Milano, 1947, p. 619 = *Scritti di diritto romano*, vol. 4, Napoli, 1953; GUZMÁN, *Dos estudios*, *cit.*, p. 48, n. 76; WATSON, *The law or Persons in the later Roman Republic*, Oxford, 1967, 124.

⁸⁴ No sólo física. PANERO, *Derecho Romano*, *cit.*, p. 291.

gobernador provincial, que se encarga de ejercer su jurisdicción en otras cuestiones más relevantes.

Volviendo a la exégesis de los textos, y para acabar este análisis comparativo, obviamente, faltaría en el fragmento de Urs. la equiparación de los coloniales de Osuna a los *cives Romani*, que sí aparece en los fragmentos de Salp. (... *quam si c(ivis) R(omanus...)*) e Irn. (... *quam si is civis Romanus...*). La razón por obvia no debe silenciarse: porque aquéllos ya lo son. Así, en las leyes flavias, se equipararía la tutela de las ciudades provinciales, organizadas *more romano*⁸⁵, a la tutela romana, un paso decisivo que dieron las leyes flavias en la asimilación de los provinciales a los que llamó Wolf «roman Way life»⁸⁶, y que aparece tanto en Salp., como en Irn. Por ello, el *ius latinum* aplicado en los municipios flavios, se nos presenta como una suerte de ciudadanía menor, que equiparaba a los romanos con los provinciales en algunas materias que, como la tutela, formaban parte del derecho privado.

III. OTROS ARGUMENTOS QUE AVALAN EL *IUS TUTORIS DANDI* DE LOS MAGISTRADOS MUNICIPALES ESPAÑOLES

Ya nos hemos pronunciado sobre Gayo 1.185, texto según el cual la *datio tutoris* corresponde: en Roma, al pretor urbano *et maiore parte tribunorum plebis*, en virtud de la *Lex Atilia*, atribuyéndose esta competencia al *praeses* en provincias en virtud de la *Lex Iulia et Titia*. También hemos manifestado que esta ley, confirmó la ley Atilia, y superó la competencia exclusiva de los pretores extendiéndola a los *duoviri iure dicundo* locales en la medida en que fuera recogido en su estatuto municipal –como en el caso de la *Lex Irnitana*–. La doctrina gayana se repite en Ulp. Reg. 11.18: «*Lex Atilia iubet, mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a praetore et maiore parte tribunorum plebis, quos “tutores atilianos” appellamus. Sed quia lex Atilia Romae tantum locum habet, lege Iulia et titia prospectum est, ut in provinciis quoque similiter a praesidibus earum dentur tutores*», y en I. 1.20 pr: «*Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Iulia et Titia*».

También I. 1.20.4 parece excluir esta competencia, si bien además contempla la posibilidad de que los magistrados locales, *iussu praesidis* pudieran nombrar tutor⁸⁷:

⁸⁵ Esto es, dotadas de una organización político-administrativa con magistrados, asambleas populares y Senado, *ad exemplum urbis*; vid. TORRENT, «*Ius latii*», *cit.*, p. 55.

⁸⁶ J. G. WOLF, «The romanisation of Spain: the contribution of city Laws in the Light of the *lex Irnitana*, Mapping the Law», en *Essays in memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, p. 443.

⁸⁷ Tesis, que como tuvimos ocasión de ver en páginas anteriores, era mantenida por Mommsen y Solazzi. Sin embargo, el romanista italiano no especifica la amplitud de ese *iussus*: si era el propio gobernador el que aportaba el nombre del tutor o, si por el contrario, autorizaba al magistrado local –recubierto por la autoridad del *praeses*– a que indagara entre las personas idóneas del municipio y pudiera elegir libremente quien pudiera ser tutor en cada caso concreto.

«Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem praefectus urbi vel praetor secundum suam iurisdictionem, in provinciis autem praesides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus iussu praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.»

Sin olvidar el carácter justiniano del fragmento⁸⁸, la referencia que hace a la actuación del *duovir* por orden del gobernador, no es contraria a nuestra tesis. Es posible que en Italia esto fuera así, sin embargo, la epigrafía española no deja lugar a dudas⁸⁹, y los magistrados de la colonia de Urso, y de los municipios de Salpensa e Irni, que, o son ciudadanos romanos, o, cuanto menos, gozan del *Ius latii*, tienen competencia, como demuestran sus leyes institutivas municipales, para nombrar tutor a semejanza de la actuación del pretor urbano en Roma⁹⁰. Por ello su actuación, lejos de interferir en las competencias del *praeses provinciae*, que está en la capital de la provincia y tiene la carga de mantener el orden público y la sumisión de ésta a Roma (*servare maiestatem populi Romani*), además de competencias jurisdiccionales exclusivas en asuntos de suficiente cuantía económica que por ello estaban vedados a los magistrados locales⁹¹, como hemos apuntado unas líneas más arriba, le descarga de esta función, limitándose la *iurisdictio* del *praeses* a temas más importantes, y recayendo sobre el magistrado local, la competencia de nombrar un tutor idóneo, honrado, trabajador, un hombre bueno, en definitiva, *iustus*. Vemos, pues, que este fragmento, no sólo no excluye la competencia de los magistrados locales de nombrar tutor, sino que confirma, además, nuestra tesis del carácter de *iustus* que debe tener el tutor, entendido, no por su nombramiento, sino por sus cualidades personales.

En estrecha relación con estas características del tutor, se encuentra el sistema de responsabilidad, no ya del tutor, sino de los propios magistrados locales, que son responsables de la insolvencia del tutor nombrado por ellos⁹² siempre que no hubieran exigido la *satisdatio rem pupilli salvam fore* o hubiesen aceptado garantes no idóneos. La razón de ello no es otra que una mejor garantía del pupilo que, en estos supuestos, podría proceder contra los magistrados si no hubiera obtenido la total satisfacción de los tutores⁹³.

⁸⁸ GRELLE, «Datio tutoris», *cit.*, p. 224, considera que la alusión al *iussus praesidum* es obra de los compiladores: el término *iussus* –mandato– adquiere un significado que no aparece en ningún texto clásico, quizá por ser desconocido por los juristas clásicos, estando aún por demostrar si esta orden del gobernador debe entenderse como un mandato, *vid.* su n. 31.

⁸⁹ Ya Mommsen, y en relación con estas leyes municipales, contempla la posibilidad de que la *datio tutoris* se reservara a los magistrados de esas comunidades, si bien, puntualiza, son hipótesis particulares.

⁹⁰ Recordemos el carácter de leyes de control de las leyes flavias, por lo que al no haber pretor, le otorgan esa *datio tutoris* al magistrado local.

⁹¹ TORRENT, «Lex Irnitana», *cit.*, p. 9.

⁹² Si bien, algunos romanistas creen que sólo en el caso de que actúen *iussu praesidis*, porque en otro caso no tienen competencia para nombrar tutor.

⁹³ Sobre la responsabilidad de los magistrados, *vid.*, A. PÉREZ VIVÓ, «Un caso de solidaridad ex lege: la responsabilidad de los magistrados por la *datio tutoris*», en *Estudios Calonge*, vol. II, Salamanca, 2002, pp. 799-811, y A. GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano*, Pamplona, 1974, p. 104 ss.

En efecto, un senadoconsulto de época de Trajano, recogido en C. 5.75.5 y D. 27.8.2 (*Ulp. 36 ad Ed.*), concede al pupilo una acción útil contra los magistrados municipales que nombraron a los tutores, siempre que éstos sean insolventes o no hubiesen exigido la *satisdatio*⁹⁴. Esta responsabilidad de carácter subsidiaria de los magistrados municipales está fuera de duda, y convierte en un deber de éste la exigencia de caución al tutor⁹⁵.

Es en este contexto donde se sitúan algunos fragmentos de la Compilación justiniana que sirven de base a la doctrina romanística para mantener la tesis de que los magistrados municipales no gozaban del *ius tutoris dandi*⁹⁶. Concretamente, D. 27.8.1 pr. y 1 (*Ulp. 36 ad Ed.*)⁹⁷, donde parece que se concede la *actio subsidiaria* contra los magistrados municipales, afectando esta responsabilidad a los que lleven a cabo los actos preparatorios (*nominatio*) o integrativos de la *datio*⁹⁸.

Al margen de la polémica y la crítica de interpolaciones a las que han sido sometidos los textos⁹⁹, es posible que la *satisdatio* exigida a los tutores por los magistrados municipales estuviera vinculada, en un principio, a la *datio tutoris*, y que Ulpiano, comentando el Edicto extendiera esa responsabilidad a los casos en los que no hubiera *datio* y en los que aquéllos se limitaran a realizar la *nominatio* ante el *praeses*¹⁰⁰.

El hecho de que los magistrados municipales sólo pudieran nombrar como tutor a una persona domiciliada en su municipio y, que sólo excepcionalmente,

⁹⁴ C. 5.75.5: «In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerit solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigit possit, pupillos quondam in subsidium indemnitis nomine actionem utilem competere ex senatusconsulto, quod autore divo Traiano, parente nostro, factum est, constitit»; D. 27.8.2 (*Ulp. 36 ad Ed.*): «Si praeses provinciae denuntiare magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret, videamus, an et quatenus teneantur. Et extat divi Marci rescriptum, quo voluit eos, qui praesidi renuntiant, non perinde teneri atque si ipsi dedissent, sed si deceperunt, gratia forte aut pecunia falsa renuntiantes. Plane si praeses provinciae satis eos exigere iussit, non dubitabimus teneri eos, etiamsi praeses dederit».

⁹⁵ GUZMÁN, «Caución tutelar», *cit.*, pp. 104 ss.

⁹⁶ Como hemos visto en páginas anteriores, ejemplo de ello son Mommsen, Solazzi, Schulz o López-Rosa.

⁹⁷ D. 27.8.1 pr. (*Ulp. 36 ad Ed.*): «In ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus, nec in fideiussores eorum: hi enim rem publicam salvam fore promittunt, non pupilli. Proinde nec nominatores magistratum ex hac causa tenebuntur, sed soli magistratus. Sed si ordo receperit in se periculum, dici debet teneri eos, qui praesentes fuerunt: parvi enim refert, nominaverint vel fideiusserint an in se periculum receperint: utilis ergo in eos actio competit. Sed si a magistratibus municipalibus tutor datus sit, non videtur per ordinem electus. 1. Neque praetor neque quis alius, cui tutoris dandi ius est, hac actione tenebitur».

⁹⁸ ARANGIO RUIZ, «Due nuove tavolette», *cit.*, p. 5, n. 10.

⁹⁹ Una explicación del contenido de estos textos nos la dan Karlowa, al sostener que se refieren al *magistratus populi romani*, y Mitteis, que los extiende a los promagistrados y funcionarios de alto rango de las provincias imperiales. *Vid.* ARANGIO RUIZ, «Due nuove tavolette», *cit.*, p. 5, n. 10, quien además pone de relieve que si la frase *cui tutoris dandi ius est* es considerada interpolada, el fragmento ulpiano no serviría de base para mantener la tesis que los magistrados locales no gozan del *ius tutoris dandi*.

¹⁰⁰ D. 27.8.1.2 y 5 (*Ulp. 36 ad Ed.*); D. 26.7.46.6 (*Paul. 9 Resp.*).

podiesen buscarla en otro a fin de proponer su nombre al gobernador para que este lo nombrase¹⁰¹, a nuestro juicio, avalan la posibilidad de que la acción subsidiaria se pudiera exigir también en estas situaciones.

En cualquier caso la *Lex Irn.*, y del mismo modo la *Salp.* y la *Urs.* no se refieren a la responsabilidad de los magistrados que nombran tutor, si bien la referencia a la *causa cognitio* en su nombramiento, hace que nos inclinemos a pensar que, pese a ello, también los magistrados hispánicos, encargados de organizar y vigilar la tutela, han de asumir las consecuencias derivadas de la falta de idoneidad del tutor nombrado¹⁰². Idoneidad que, como ya apuntamos en su momento, creemos que se pone de manifiesto en los textos exigiendo al tutor elegido el calificativo de *iustus*.

En general, y volviendo al tema que nos ocupa, aunque no faltan fragmentos en la compilación que se refieren a la *datio tutoris* atribuida al gobernador provincial¹⁰³, tampoco escasean los que se la confieren a los magistrados municipales¹⁰⁴: esta aparente contradicción es resuelta por Lamberti haciendo extensiva la influencia que tuvo la *Lex Julia et Titia* en *Irn.* 29 y en los textos de la Compilación que conceden la *datio tutoris* a los magistrados municipales¹⁰⁵. A nuestro juicio, no existe tal contradicción, ya que la competencia del gobernador provincial en materia de *datio tutoris*, no excluye la competencia contemplada en los estatutos municipales hispánicos que se la atribuyen a los *duoviri*. Así, del mismo modo que de Ulpiano *de officio praetoris tutelaris*, en FV. 232, se desprende que la competencia reconocida a los *iuridici* excluye la competencia del «praetor tutelarius: Observari autem oportet, ne his pupillis tutorem det, qui patrimonia in his regionibus habent, quae sunt sub iuridicis...»¹⁰⁶, en cam-

¹⁰¹ D. 26.5.3 (*Ulp. 36 ad Ed.*); D. 26.5.24 (*Paul. 9 Resp.*); D. 27.8.1.10 (*Ulp. 36 ad Ed.*).

¹⁰² El silencio de las leyes hispánicas no hace más que confirmar su remisión al *ius civile*, que observamos en los caps. 91 y 93 de la *Lex Iritana*.

¹⁰³ *Vid. ad ex.* D. 26.2.26 pr. (*Pap. 4 Resp.*); D. 26.5.1.2 (*Ulp. 39 ad Sab.*); D. 26.5.8 (*Ulp. 8 de Omn. Trib.*); D. 26.5.27 pr. (*Herm. 2 Iur. Ep.*).

¹⁰⁴ D. 26.4.5.2 y 3 (*Ulp. 3 ad Ed.*); D. 26.5.3 (*Ulp. 36 ad Ed.*); D. 26.5.19 pr. y 1 (*Paul. 16 ad Plaut.*); D. 27.8.1.6 (*Ulp. 36 ad Ed.*), D. 26.7.53 (*Paul. 2 Decret.*).

¹⁰⁵ LAMBERTI, *Tab. Irn., cit.*, p. 64.

¹⁰⁶ Este texto, junto con FV. 241, también de «Ulp. de officio praetoris tutelaris, libro singulari: [Si quis autem in prouincia domicilium habet, debet excusari, sed et si quis patrimonium in ea regione, quam iuridicus administrat, habet]» sirve de base a López-Rosa para aseverar que es difícil admitir que los magistrados municipales pudiesen dar tutores antes de la época de Marco Aurelio, teniendo en cuenta que deberá nombrarlos el magistrado que tenga jurisdicción en el lugar en que se encuentren los bienes del pupilo y siempre que éste tenga su domicilio donde el magistrado ejerza su jurisdicción. En nuestra opinión, los textos citados, si bien es cierto que se refieren a la facultad que tienen los *iuridici* de nombrar tutor (facultad que Marco Aurelio a partir de la creación del *praetor tutelarius* extendió a éstos en los municipios rurales latinos), y que se acogen perfectamente al criterio territorial que caracteriza el nombramiento de tutor (Varela habla de tutela con carácter real), reflejan simplemente la imposibilidad que tiene de ser nombrado tutor el que esté (FV. 232), tenga su domicilio, o su patrimonio (FV. 241) en la misma región (FV. 232) o provincia (FV. 241) donde se encuentren los bienes pupilares (o donde esté el pupilo) incluso *si qui petitur* estuviera en Roma y su patrimonio en la misma provincia que el posible tutor (FV. 232). Es decir, que atienden exclusivamente a un posible conflicto de intereses entre tutor y pupilo que es causa suficiente para incapacitar

bio, no cabe afirmarse lo mismo de la competencia de los magistrados municipales que podrían concurrir, perfectamente, con el pretor primero, y según los casos, con el pretor o los *iuridici* regionales después, y pudiendo en todo caso, o nombrar tutor o proponer su nombre al magistrado¹⁰⁷.

Otro texto del Digesto, D. 26.1.6.2 (*Ulp. 38 ad Sab.*), confirma nuestra tesis:

«Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel Senatusconsultum, vel Princeps.»

Nos dice el fragmento ulpiniano, que el nombramiento de tutor no es un acto propio de *imperium* ni de *iurisdictionis*, sino que debe ser concedido por ley, senado-consulto o por el Príncipe. Este pasaje, siguiendo a Guzmán¹⁰⁸, contiene dos premisas muy claras; la primera, que la *datio tutoris* es un acto *neque imperii neque iurisdictionis*, y la segunda, que sólo podrá nombrar tutor el magistrado al que le haya sido concedida esta competencia expresamente. En relación con lo primero, en todos los textos de la Compilación justiniana parece claro que los magistrados municipales no gozaban de *imperium*, por lo que, teóricamente, no podrían dictar aquellas providencias encomendadas, en Roma al pretor y en provincias al gobernador romano¹⁰⁹. A pesar de las afirmaciones de los juristas de la época de los Severos, de que los actos «magis imperii quam iurisdictionis» eran competencia exclusiva del pretor, se debe ser cauto y, como dice Torrent, tener en cuenta por lo menos en la ley Irnitana, la idea de que los magistrados locales gozaban de cierto *imperium* si bien muy limitado, como demuestra el que los *duoviri* pudieran *dare iudicium*¹¹⁰, incluyéndose en dicha jurisdicción la *datio tutoris*, como asimismo su competencia en materia interdicial.

Al margen del carácter jurisdiccional del *ius tutoris dandi*, el segundo principio apuntado por Ulpiano nos dice, que, a pesar de que un magistrado estuviese revestido de *imperium* o *iurisdictionis*, no puede nombrar tutor, a no ser que se le conceda esa competencia por una de las formas indicadas («...sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel Senatusconsultum, vel Princeps»). Así, la ley que concede esa capacidad, como apunta Arangio-Ruiz, si bien para el caso de Italia, es sin duda la *Lex Iulia et Titia*, curiosamente la misma que otorgaba esa capacidad al gobernador provincial. Sobre esta base, si es cierto que se necesita una norma para proceder a la *datio tutoris*, al margen de la *iurisdictionis* de los magistrados municipales, conjeturamos que bien podría

a alguien como tutor (recordemos que los tutores deben ser *cives* y con unas determinadas características de idoneidad) asumiendo así la función tutelar los *iuridici*.

¹⁰⁷ ARANGIO-RUIZ, «Due tavolette», *cit.*, p. 455.

¹⁰⁸ GUZMÁN, «Caución tutelar», *cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ TORRENT, «Lex Irnitana», *cit.*, p. 9.

¹¹⁰ Esta teoría puede apoyarse, como dice TORRENT, «Lex Irnitana», *cit.*, pp. 9-10, en el reconocimiento de un relativo *ius gladii* calificado por los juristas de la época de los Severos como *imperium merum* (D. 2.1.3 [*Ulp. 2 off. Quest.*]) y por la tesis de F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli, 1975, p. 708, que admite cierto *imperium* de los magistrados locales que sí tenían *iurisdictionis*.

encontrarse esa norma pública en los propios estatutos municipales, y en nuestro caso concreto, en las leyes flavias hispánicas dadas para los municipios de Salpensa e Irni, que recordemos, debido a su carácter de municipios latinos prácticamente están obligados a seguir las normas sustantivas del *ius civile*.

En cualquier caso, y en lo que a nosotros interesa, el fragmento de Ulpiano no hace más que confirmar la tesis que venimos manteniendo: que los magistrados locales gozaban del *ius tutoris dandi*, bien sea como una función jurisdiccional o parajurisdiccional, o bien sea a través de una norma dada, que en el caso de la legislación municipal española vendría prevista en los distintos estatutos municipales.

PATRICIA PANERO ORIA