

LA CURATELA DEL PRÓDIGO EN EL DERECHO ROMANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Pródigo y prodigalidad*. III. *Tutela y curatela: diferencias y semejanzas*. IV. *La curatela del pródigo: evolución histórica y regulación en las fuentes justinianeas*.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito del derecho familiar romano y de sus instituciones tutelares resalta, por su antigüedad y por su minuciosa, aunque confusa regulación, la curatela del pródigo.

Planteado desde un punto de vista dogmático, el estudio de esta institución se desdobra en dos aspectos fundamentales íntimamente relacionados entre sí: por una parte, el análisis jurídico de la figura en cuestión y, por otra, su contexto histórico, que le sirve de marco de referencia.

Atendiendo al primero de los supuestos mencionados, la prodigalidad se trata actualmente dentro de la sistemática de las limitaciones a la capacidad de hecho o ejercicio; esto es, como causa de incapacitación parcial del pródigo, de carácter patrimonial, estudiada en un doble aspecto: a) Civil: Limitación de la capacidad de ejercicio que conlleva el sometimiento del tutelado a la institución complementaria de la curatela, y b) Procesal: El juicio de interdicción como presupuesto básico del desarrollo de la institución tutelar, que se traduce en un acto judicial que modifica el estado civil de la persona.¹ En ambos casos se deben tener en cuenta las principales corrientes que aluden a su naturaleza: a) La concepción subjetiva, que con matices trata al pródigo

¹ En la sistemática de la mayoría de los autores se estudia primero la capacidad y el estado civil de las personas, y posteriormente se analizan las circunstancias modificativas de la capacidad, entre las que se encuentra la prodigalidad. En este tenor, los respectivos tratados de instituciones de derecho civil español de Clemente de Diego y Castán Tobeñas. Modernamente impera una nueva sistemática que estudia la incapacitación en apartado especial, dentro de la persona y su estado civil; entendida ésta (la incapacitación) como un acto consistente en una declaración judicial modificativa del estado civil, y que la somete a una especial tutela. En esta línea están Federico de Castro, Albadalejo y Bercovitz, en sus respectivos tratados. Ver O'Callaghan Muñoz, Xavier, "La prodigalidad como institución de protección a la legítima", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, abril, 1978, pp. 255-256.

como un tipo especial de perturbado mental que por carecer de voluntad se encuentra necesitado de protección y tutela; b) La concepción objetiva que se centra en la desproporción que se produce en el patrimonio del pródigo y su familia como consecuencia de los gastos que van más allá de las posibilidades económicas del sujeto tutelado, y c) La concepción social, de matiz delictivo que considera al pródigo como sujeto perturbador y carga potencial para la comunidad donde habita. Las dos primeras tienen su origen en el derecho romano² y la tercera en el derecho germano;³ pero todas ellas tienen en común el carácter antieconómico de la prodigalidad y la necesidad de protección del patrimonio individual, familiar o comunitario.

En cuanto al entorno histórico, la prodigalidad debe estudiarse a través de las cinco siguientes etapas: a) La sociedad romana antigua, de carácter gentilicio, en la cual se protegía principalmente el patrimonio familiar, con su evolución posterior inmediata, paralela a la decadencia de la *gens*, que generó la interpretación de la institución por el derecho honorario y jurisprudencial republicano. b) La sociedad imperialista romana del periodo clásico, basada en la propiedad privada, en la cual la institución adquirió un carácter tutelar de deber, protegiendo no sólo al patrimonio familiar, sino también al propio del pródigo. c) La sociedad medieval de circulación comercial mobiliaria, con sentido corporativo, generada en el Bajo Imperio, que entendió la prodigalidad como una actitud antisocial que conllevaba una sanción como protección a la comunidad. d) La sociedad burguesa, mercantilista, de la Edad Moderna, en la cual el aumento de la circulación y el debilitamiento de la vinculación familiar, trajeron como consecuencia la consolidación de los principios del liberalismo económico, dando lugar a diversas soluciones con respecto a la institución estudiada: 1. La solución continental, con sus diversas graduaciones, que desembocaron todas en una u otra forma de inhabilitación del pródigo (Francia,

² La subjetiva en D. 50.17.40, discutida cita de Pomponio que ha dado lugar a la asimilación del pródigo con el loco, y la objetiva en D. 27.10.1, que alude a la destrucción que hace el pródigo de su propio patrimonio y al peligro de miseria que lo amenaza.

³ En Alemania se conoció la incapacitación del pródigo antes de recibirse el derecho romano. Las fuentes más antiguas conocidas sobre la materia son de las ciudades del Hansa (Hamburgo y Lübeck) en donde se hacía sentir con más fuerza la necesidad de defender el patrimonio familiar de naturaleza mueble (el patrimonio familiar de la nobleza estaba asegurado por la vinculación, el del campesino por el retracto troncal, en cambio, la riqueza de los mercaderes no estaba defendida); a este efecto, los emperadores concedieron a las ciudades privilegios para colocar bajo curatela a los pródigos. La particularidad del derecho germano está en que se considera la prodigalidad como un delito que da a la ciudad el derecho de castigar con cárcel o destierro a los pródigos. Ver Castro y Bravo, Federico de, *Derecho civil de España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955 (3a. ed.), t. II, p. 332.

Alemania, España e Italia, principalmente), y 2. La solución anglosajona o insular que se da en Inglaterra y Estados Unidos, exponentes en su época del más absoluto liberalismo, que aunque desconoce la prodigalidad, prevé otros tipos de protección del patrimonio familiar.⁴

e) La sociedad contemporánea que nos lleva cada día más al intervencionismo estatal en los núcleos básicos de la misma, entre ellos la familia.

Al desarrollo histórico de la curatela e interdicción del pródigo en las dos primeras etapas mencionadas y a la forma en que quedaron plasmadas en la compilación justiniana dedico este trabajo, que espero sirva de sustentación para una ulterior investigación destinada a la recepción de ambas figuras en el "derecho común" y en el movimiento codificador europeos.

Estos estudios tienen como finalidad contar con el material adecuado para analizar la evolución de la susodicha institución en el derecho mexicano del siglo XIX y determinar así las causas de su desaparición en el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California* de 1884, máximo exponente en México, de la consolidación de los principios liberalistas y positivistas de la época.⁵

Mi interés por estudiar la prodigalidad tiene un objetivo dual. Por una parte, seguir el hilo conductor de ciertas instituciones *iustrivatis* que, de una u otra forma, en algún momento u otro y con mayor o menor intensidad, han quedado plasmadas en la tradición jurídica mexicana. Por otra, creo que es de mayor relevancia, hacer notar la "laguna de ley" que se ha producido en nuestro derecho vigente con motivo de la supresión de la prodigalidad.

Si al terminar esta serie de estudios logro inquietar a los civilistas sobre la necesidad de una reforma para llenar esta laguna me daré por bien servida. La realización de ella quedará en sus manos y en las de los legisladores en turno.

⁴ Modernamente, para asegurar la subsistencia del pródigo, retirándole la administración de sus bienes, se creó la figura indirecta de los *spendthrift trusts*, que a pesar de no haber sido aceptados en Inglaterra y algunos estados norteamericanos, por considerarse contrarios a la libertad de enajenación, son reconocidos en casi todos los E. U. Ver Federico de Castro, *op. cit.*, p. 334.

⁵ Ver de González, María del Refugio, "Notas para el estudio del proceso de la codificación civil en México (1821-1928)", *Libro del cincuentenario del Código Civil*, México, UNAM, 1879, pp. 132-133, en el acápite denominado "Consolidación del modelo político liberal". La autora sustenta, y con razón, que el código de 1870 coincide con el triunfo del modelo político liberal y que en el código de 1884 se consolida dicho modelo (p. 136).

Este trabajo quedó recogido en la segunda parte de la monografía de la misma autora: *Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX*, México, UNAM, 1981.

Debo añadir, por último, unas breves líneas relativas al método y a las fuentes que he utilizado.

Para el tratamiento del tema he seguido un criterio jurídico-institucional; será pues la propia institución la que determine sus etapas o periodos, desde su sancionamiento en la legislación decemviral hasta su regulación en la recopilación de Justiniano.

Con respecto a las fuentes legislativas y doctrinales, me he basado directamente en la *Ley de las XII Tablas*,⁶ las *Instituciones* de Gayo,⁷ las *Reglas* de Ulpiano,⁸ las *Sentencias* de Paulo⁹ y el *Corpus Iuris Civilis*.¹⁰ Me he apoyado también en una amplia bibliografía general¹¹ y monográfica¹² que analiza la institución tanto en su desarrollo externo como interno.

⁶ Ver Ledesma, José de Jesús, *Las Leyes de las XII Tablas*, México, 1965; Meira, S. B., *A lei das XII Tabuas*, São Paulo, 1961, y Dihigo, E., *Apuntes de derecho romano*, La Habana, 1960, apéndice A, que reproduce la *Ley de las XII Tablas* con base a los *Textes de Droit Romain* de P. Girard.

⁷ Gayo, *Institutas* (texto traducido, notas e introducción de Alfredo di Pietro), La Plata, Ed. Librería Jurídica, 1967.

⁸ Ulpiano, *Reglas* (traducción de Nina Ponssa de la Vega de Miguens), Buenos Aires, Lerner Ed., 1970.

⁹ Paulo, *Sentencias*; Girard, *Textes de Droit Romain*, 3a. ed., París, Imp. J. Thevenot, 1903.

¹⁰ He trabajado con la edición de T. Mommsen-P. Krüger, 18a. ed., Alemania, Berolini-Turici, 1965, y con las siguientes ediciones castellanas: *Instituciones de Justiniano* (nota previa y edición de M. Ortolán), Buenos Aires, Bibliografía Omeba, 1960; *El Digesto de Justiniano* (3 tomos), A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Buriño, Ed. Arazadi, t. I, Pamplona 1968, t. II, Pamplona 1972 y t. III, Pamplona 1975, y *Código, cuerpo del derecho civil romano*, segunda parte (anotado por Idefonso L. García Corral) Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1892.

¹¹ Arias Ramos, J., *Derecho romano*, Madrid, vol. II, 1958; Bonfante, P., *Historia del derecho romano*, Madrid, vol. I, 1944; D'Ors, A., *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965; Jörs P.-Kunkel W., *Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1937; Kaser, M., *Derecho romano privado*, Madrid, 1968; Margadant, G. F., *El derecho privado romano*, México, 1965; Mayr, R. von, *Historia del derecho romano* (2 vols.), Barcelona, 1930; Peña Guzmán, L. A. - Argüello, L. R., *Derecho romano* (2 vols.), Buenos Aires, 1962; Santa Cruz Teijeiro, J., *Manual elemental de instituciones de derecho romano*, Madrid, 1946; Schulz, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960; Söhm, R., *Instituciones de derecho romano privado*, México, 1951; y Volterra, E., *Instituzioni di diritto romano*, Roma 1961, principalmente.

¹² Audibert, A., "Histoire de l'interdiction et de la curatelle du prodigue en Droit Romain", *N.R.H.D.F.E.*, 1890, pp. 520 y ss.; y "La folie et la prodigalité", *Études sur l'histoire du Droit Romain I*, París, 1892; Giradin, "La tutelle et la curatelle dan l'ancien droit romain", *N.R.H.D.F.E.*, s.l.; 1889, pp. 1 y ss; H. Krüger, reseña a la monografía de Audibert, A., "La folie et la prodigalité", en *Z.S.S.T.*, 149. Weimar, 1893, Solazzi, S., "Interdizione e cura del prodigo nella legge XII Tavole", *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano, 1930, vol. I, pp. 47-69; y Rotondi, G., "Note sull'Istituto della inabilitazione del prodigo", *Studi vari di Diritto Romano ed Attuale* (a cura di Pietro de Francisci), Milano, 1922, y Bove, L., voz "Prodigue", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 14.

II. PRÓDIGO Y PRODIGALIDAD

El análisis histórico-jurídico de las fuentes legislativas y doctrinales de tradición romanista demuestran la dificultad de definir al pródigo y a la prodigalidad.

La clásica conceptualización ulpiana que define al pródigo como "...quien no es capaz de llevar cuenta y límite de sus gastos, sino que se arruina dilapidando y malgastando sus bienes..."¹³ se perpetua en la legislación intermedia y llega con sus particulares matices a las codificaciones modernas.¹⁴ A pesar de ello, ni la legislación, la doctrina o la jurisprudencia actual siguen una línea definida con respecto a la determinación de cuándo y cómo se incurre en prodigalidad y mucho menos cuáles son las causas que producen esta conducta anómala. Por otra parte los avances de la psicología o psiquiatría modernas, en vez de aclarar, dificultan más la valoración de la misma.

Se entiende por pródigo, en sentido jurídico, a la persona que disipa o dilapida sus bienes en detrimento de su patrimonio y el de su familia, y por prodigalidad, en igual sentido, a la conducta que realiza dicho sujeto.

La doctrina y la jurisprudencia actual, recogida en los diccionarios y enciclopedias especializadas, definen al pródigo y a la prodigalidad en los siguientes términos:

He aquí tres definiciones de pródigo:

...disipador o dilapidador que consume su hacienda en cosas inútiles y caprichosas, que no guarda proporción con los medios de que puede disponer para atender a las necesidades familiares. Pródigo es el que gasta sin razón y sin medida en términos que hacen temer dilapide su fortuna en perjuicio de sus herederos forzosos.¹⁵

...y por pródigo a la persona que disipa sus bienes en forma irracional, en detrimento de su patrimonio.¹⁶

¹³ Contendida en D. 27.10.1. pr. (texto interpolado) y D. 5.12.2. "No es cosa insólita que algunos, aunque por sus palabras parezcan estar mentalmente sanos, administren sin embargo sus propios bienes de tal manera que, si no se les remedia, puedan caer en la indigencia."

¹⁴ Ver Rotondi, G., "Note sull'Istituto della inabilitazione del pródigo", ya citada, quien nos dice que a falta de una definición en la ley (se está refiriendo a la ley italiana), la doctrina moderna respeta más o menos el concepto de Ulpiano, fórmula que por lo menos tiene la ventaja de describir la prodigalidad en sentido lato, sin querer adentrarse en motivaciones psicológicas subjetivas, aunque la razón interna de la prodigalidad se encuentra en un defecto psíquico.

¹⁵ Voz "Pródigo", *Diccionario de derecho privado*, Madrid, E. Labor, 1961, t. II, p. 3140.

¹⁶ Voz "Prodigalidad", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, t. XXIII, p. 419.

*...é aquele que desordenadamente, gasta e destrói a sua fazenda reduzindo-se á miséria por culpa sua... e aquele que faz despesas inúteis, insensatas e excessivas, dissipa rápidamente a sua fortuna e põe a si e á sua familia en risco de ficarem reduzidos á miséria.*¹⁷

Veamos ahora cómo ha sido definida la prodigalidad:

...desperdicio y consumo de los bienes propios en cosas vanas, inútiles y superfluas. Constituye la manifestación de un desequilibrio económico por el cual se dilapida la hacienda de una manera arbitraria y caprichosa, sin otro objeto y finalidad que la irracional complacencia que pueda producir en el espíritu de su autor la disipación y derroche de sus bienes.¹⁸

...profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente en cosas vanas e inútiles.¹⁹

...jurídicamente se entiende por prodigalidad la conducta que observa el pródigo y por pródigo a la persona que disipa sus bienes en forma irracional, en detrimento de su patrimonio.²⁰

Todas estas definiciones—y es la tónica general cuando de pródigo y prodigalidad se trata—resultan ambiguas y confusas. Hablan de “cosas vanas, inútiles y superfluas”, de “conductas irracionales, desordenadas y caprichosas”, de “gastos insensatos y excesivos”, de disipación “rápida” de la fortuna, de “complacencia y espíritu de derroche”, de “riesgo” de caer en la miseria, etcétera. La imprecisión es una constante en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia. Sin embargo, en todas estas definiciones están presentes, de una forma u otra, el carácter antieconómico de la prodigalidad y la necesidad de proteger tanto al patrimonio individual del disipador como el de su familia.

Los códigos que la regulan no definen la prodigalidad, y queda al tratadista y al juez la carga de delimitarla en forma casuística con el fin de determinar en cada caso concreto quién debe ser inhabilitado y cuáles deben ser los límites de dicha inhabilitación.

Por otra parte, los embates del liberalismo decimonónico hicieron desaparecer la interdicción por prodigalidad de varios códigos europeos y latinoamericanos.²¹ Las objeciones hechas a esta figura jurídica

¹⁷ Voz “Pródigo”, *Novo Dicionario Jurídico Brasileiro*, 4a. ed., Río de Janeiro, José Kaufino Ed., 1965, p. 258.

¹⁸ *Op. cit.*, *supra*, nota 15, p. 3136.

¹⁹ *Enciclopedia universal ilustrada*, Barcelona, Hijos de J. Espasa, Editores, 1922, t. XLVII, p. 767.

²⁰ *Op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 419.

²¹ Así, desapareció del código de Louisiana, del proyecto de Teixeira de Freitas y del Código Civil Argentino basado en el proyecto de Vélez Sarsfield. Esto mismo sucedió con los códigos civiles de Uruguay y Bolivia. En México desapareció en el Código civil de 1884, exponente de la consolidación del liberalismo conjuntamente con la figura de la tertia legítima. Ver *supra*, nota 5.

en nombre del principio de la libertad individual, dieron lugar a frecuentes y vivas disputas en la doctrina, más que por sus consecuencias, por sus principios informativos y justificativos, pues se presentaban como una anomalía en un sistema de derecho en que la libertad a la actividad individual se había elevado a dogma fundamental. Sin embargo, dado el predominio de las legislaciones que todavía protegen al pródigo, sería incorrecto sostener, como lo hacen algunos, que esta figura tiende a desaparecer en las legislaciones modernas.²²

Razones hay, de carácter privado y público, que hacen pensar en la necesidad de regular debidamente la prodigalidad. Si el legislador ha estimado conveniente sancionar las obligaciones alimentarias, si protege en múltiples codificaciones derechos de los herederos legítimos, si protege también, por vía de incapacitación o inhabilitación, a otros sujetos de derecho, si tiene en cuenta la erogación económica que un dilapidador representa para los miembros de su familia y para el Estado mismo, si se preocupa además de los intereses del núcleo familiar por encima de los del individuo como tal, debe intervenir para salvar esta laguna de ley, cuando ella existe.

El liberalismo absoluto es cosa del siglo pasado; hay cuestiones en que el intervencionismo estatal moderado y enfocado a la protección de la familia y la colectividad no sólo se justifica, sino que también se ansía. La inhabilitación del pródigo puede dar lugar a abusos, no hay duda de ello, pero a toda institución puede hacerse la misma objeción. La determinación de lo que es pródigo y prodigalidad es confusa e imprecisa, ya se ha dicho, pero darle de lado a esta delicada cuestión por dificultad en su reglamentación es seguir la "política del avestruz" en detrimento de la utilidad social.

La condición del pródigo—dice Federico de Castro²³ y estoy de acuerdo con ello—está determinada por la condición predominante en cada ordenamiento jurídico; por la finalidad, carácter y límites del poder patrimonial reconocido a la persona, por eso, el estudio de la situación del pródigo tiene un especial interés para conocer los principios generales informadores de un sistema jurídico, pero también, recíprocamente, el conocimiento del carácter de cada sistema aclara el porqué y el alcance de la regulación de la prodigalidad.

III. TUTELA Y CURATELA: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS

Las instituciones tutelares romanas atravesaron por un largo y com-

²² Por ejemplo, Benilacqua, Clovis, *Derecho de familia*, 4a. ed., 1910, p. 597, citado en *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

²³ *Op. cit.*, p. 331.

plejo desarrollo histórico hasta quedar plasmadas en la legislación justiniana. Nacieron como un poder o potestad establecido en beneficio de los miembros de la *domus*, en una sociedad de carácter gentilicio, de estructura jurídica primitiva y basada en un régimen de copropiedad que protegía principalmente el patrimonio familiar.

Al decaer la *gens*, se sentaron las bases de una sociedad mercantilista abierta a la cuenca del Mediterráneo, fundamentada en la expansión de la metrópoli, como producto del acelerado proceso de conquista que caracterizó a la sociedad republicana. El contacto con el derecho de gentes y la necesidad de flexibilizar las antiguas instituciones para adecuarlas a las nuevas circunstancias trajeron como consecuencia una serie de reformas legislativas y jurisprudenciales que se tradujeron en cambios a las instituciones tutelares. Así, el régimen imperial de la primera época (periodo clásico) le dio nuevos matices a la institución.²⁴ Asentada la propiedad privada, ya no se trataba de proteger el patrimonio familiar, sino el propio del tutelado. Pasó, por consiguiente, de ser un derecho o *potestas* a ser un deber, y de asunto familiar se convirtió en materia de carácter público.²⁵

Esta última característica se acentuó en la sociedad burocrática y socializante del Bajo Imperio, sobre todo en lo referente a las limitaciones relativas a la amplia libertad del tutor clásico en el ejercicio de sus funciones. Al final de este largo proceso la legislación clasicista del emperador Justiniano se presentó como una amalgama un tanto desarticulada donde era difícil distinguir los diversos estadios históricos.

Dentro de este complejo marco cronológico se desarrolló la curatela²⁶ como figura gemela de su hermana, la tutela.

²⁴ Una acertada valoración de las instituciones tutelares en el periodo clásico ofrece F. Schulz, *op. cit.*, pp. 154-57, quien dice que los rasgos más destacados del derecho tutelar en este periodo fueron su carácter humano, desinteresado y altruista—se trataba de la guarda o cuidado de una persona necesitada de protección, y su liberalismo—, el tutor era una persona privada y no un funcionario, careciendo el Estado de interferencia en la autoridad del mismo. Este sistema no burocrático era conforme al espíritu liberal del derecho romano privado clásico, aunque existiese un tribunal especial encargado de la protección de los pupilos sobre el cual pesaba el primordial deber de proveer de tutor siempre que fuera legalmente necesario.

²⁵ En esta época la tutela y la curatela se convierten en instituciones altruistas y dejan de ser un poder interesado para constituirse en un deber, una carga. El tutor y el curador deponen sus fueros de señorío para ponerse al servicio de los intereses y necesidades del tutelado. En este sentido ver Söhm, R., *op. cit.*, pp. 300 y ss; Margadant, G. F., *op. cit.*, p. 165; Schulz, *op. cit.*, pp. 154-157; von Mayr, R., *op. cit.*, pp. 294 y ss.; Jörs-Kunkel, *op. cit.*, pp. 432 y 455.

²⁶ La acepción romana de curatela no corresponde a la actual. En nuestro derecho, el curador es una persona que debe vigilar al tutor, con fines de protección del pupilo en contra de éste. *Código civil para el Distrito Federal*, libro I, tít. IX, cap. XIV, art. 618, que dice: "Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor, tendrán un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500". Éstos se refieren a expositos y a

La curatela era una institución del derecho civil romano, sancionada desde la legislación decemviral²⁷ que tenía como finalidad dar representación a aquellas personas que por una causa particular o accidental eran incapaces de administrar su patrimonio, sujetándolo al poder de un curador.²⁸ El derecho romano reguló, sujeto a modalidades dependientes de su proceso histórico, varias clases de curatelas. Las tres principales fueron la del furioso, la del pródigo y la del menor de 25 años. Las dos primeras se encontraban ya mencionadas en la *Ley de las XII Tablas*,²⁹ la del menor es tardía, se gestó durante el periodo republicano y se consolidó durante el principado.³⁰ Posteriormente apa-

menores sin patrimonio, en cuyo caso el tutor atiende a la persona pero no al patrimonio del tutelado. De ahí el carácter patrimonial de nuestra curatela. Esta acepción no es ajena al derecho romano. D. 26.7.3.2. señala la existencia de tutores honorarios que debían vigilar a los tutores administrativos "...por lo tanto, los demás tutores no administrarán, sino que serán los que vulgarmente llamamos honorarios. Y no se crea que en éstos no redunda riesgo alguno, porque consta que también se debe demandar a éstos, una vez hecha la execución de los bienes del que haya administrado, porque fueron nombrados como observadores y custodios de la conducta de aquél, y alguna vez se les puede imputar el no haberle acusado como sospechoso si veían que se portaba mal..."

²⁷ Como todas las instituciones que quedaron plasmadas en la legislación decemviral, debió tener su origen en la costumbre—*mores*. Así, Ulpiano, en D. 27.10.1. pr. (texto interpolado), dice: "En la ley de las XII Tablas se priva al pródigo de la administración de sus bienes, lo que en un principio se introdujo por la costumbre". En este sentido la mayoría de los tratadistas citados en la nota 18, en especial Kaser, M., *op. cit.*, pp. 78-80, quien dice que la mención de la interdicción en la *Ley de las XII Tablas* no puede ser discutida, pero que ya anteriormente fue instituida por la costumbre. En sentido contrario, Bonfante, P., *op. cit.*, p. 207, quien sustenta que interdicción y curatela de los pródigos y potestad de los furiosos, los cuales se encuentran resumidos en el concepto de curatela, es probable que sean instituciones netamente decemvirales y que es posible que la costumbre no regulara con mucha seguridad y claridad estas eventualidades extraordinarias. Para el análisis de la misma en la legislación decemviral ver Solazzi, S., "Interdizioni e cura...", *op. cit.*, pp. 45-69.

²⁸ *Id.*, Peña Guzmán-Argüello, *op. cit.*, pp. 547 y ss. De Visscher considera que la curatela era un poder extraordinario con respecto a la tutela que era ordinario, por eso sólo procedía en casos anormales: demencia, locura, prodigalidad, etcétera. Citado por Jörs-Kunhel, *op. cit.*, p. 432, y Kaser, M., *op. cit.*, pp. 75-80.

²⁹ Tabla V, 7, b-c.

³⁰ En el derecho romano antiguo, el ciudadano romano, de sexo masculino y *sui iuris*, gozaba de plena capacidad de ejercicio al alcanzar la pubertad (14 años). Al evolucionar la sociedad romana, durante el periodo republicano, se presentó la necesidad de proteger al púber menor de 25 años, de su propia inmadurez en la realización de actos jurídicos, generalmente de carácter patrimonial, que podían perjudicarlo. Esto se llevó a cabo mediante la promulgación de una *Lex Laetoria*, comúnmente conocida como *Lex Plaetoria* (ver Schulz, *op. cit.*, p. 181) de la primera década del siglo II a.C., que estableció varios recursos procesales (*actio, exceptio* e *integrum restitutio*) en contra de los terceros que fraudulentamente se aprovechaban de la inexperiencia del menor al contratar. Posteriormente, por una constitución del emperador Marco Aurelio, se estableció la curatela del menor de 25 años a solicitud del tutelado y siempre dativa. En el periodo posclásico, la *cura minorum* fue asimilada a la tutela de los impúberes como una *quasi* tutela que gra-

recieron otras curatelas especiales que quedaron plasmadas en la legislación justiniana.³¹

Las fuentes no dan una idea acabada sobre el verdadero rol de la curatela³² ni establecen sus características más sobresalientes; debido a ello resulta difícil establecer su diferencia con la tutela. Varias teorías se han elaborado al respecto³³ que pueden resumirse en las siguientes:

a) La tutela vela por la persona y el patrimonio del pupilo, y la curatela sólo por el patrimonio. Se basa en la máxima *Tutor personae datur, curator rei datur*.³⁴ Esta argumentación no resiste un severo análisis. El término *personae* no debe tomarse literalmente, pues el tutor no cuidaba de la persona del pupilo, sólo dirigía el conjunto de derechos patrimoniales del cual éste era titular. Lo mismo sucede con el término *rei*, pues si bien es cierto que el curador estaba llamado a administrar los bienes del pupilo, en la curatela del *furiosi* se veía también obligado a velar por la persona de éste.³⁵

b) Basada también en este principio de *Tutor personae*..., se ha sustentado que el tutor es el administrador general de los bienes del pupilo mientras que el curador sólo dirige un determinado negocio o realiza un determinado acto jurídico.³⁶ Tampoco esta interpretación resiste un análisis. Hay casos en que se nombra un tutor para un solo

vitaba sobre el menor hasta alcanzar los 25 años. Por último, los compiladores justinianos intentaron convertirla en obligatoria, sin lograrlo. *Vid.*, Schulz, *op. cit.*, pp. 180-186.

³¹ Entre ellas, la de los débiles mentales y los sordomudos (*mente captis*) la de los concebidos pero no nacidos (*curator ventris*), la establecida para administrar una masa de bienes en caso de quiebra, cautividad o herencia yacente (*curator bonorum*), y otras todavía más especializadas como el caso del curador del menor sometido a patria potestad, con respecto a los bienes recibidos en contra de la voluntad paterna.

³² En materia de instituciones tutelares, las fuentes clásicas (Gayo) posclásicas y justinianicas resultan imprecisas. Los diferentes estadios histórico-legales por los que atraviesan las instituciones tutelares (*Ley de las XII Tablas*, derecho pretorio y consular, senadoconsultos y constituciones imperiales), no fueron coonestados en el *Corpus Iuris Civilis*. Por otra parte, la época posclásica reformó gran parte del derecho anterior y dicha reforma se llevó a cabo mediante interpolaciones. Solamente una cuidadosa crítica de los textos puede permitir una restauración del derecho clásico. Ésta ha sido llevada a cabo por Siro Solazzi a través de numerosas monografías ya citadas que tratan la materia. Ver Schulz, F., *op. cit.*, pp. 155-156.

³³ Una de ellas sustenta que se trata de una diferencia originada en tiempos remotos en que era general la costumbre de hacerse justicia por propia mano. El tutor era un hombre fuerte para proteger a los infantes, impúberes y mujeres, mientras que el curador era un consejero sabio para personas físicamente capaces, pero mentalmente algo débiles. Ver Margadant, G. F., *op. cit.*, pp. 165-166.

³⁴ I. I. 14.4.

³⁵ D. 27.10.7. pr.

³⁶ I. I. 23.2.

negocio,³⁷ mientras que el curador del *furiosi* cargaba con la administración total de patrimonio del incapaz.³⁸ Por consiguiente, el ya mencionado principio de *Tutor personae*... sólo puede acogerse en el sentido de que la tutela presupone siempre la persona del pupilo, mientras que la curatela puede aplicarse a un patrimonio sin titular.³⁹

c) El término curador es de más amplia significación que el de tutor, ya que el primero tuvo aplicación no sólo en el campo del derecho privado sino también en el público, siendo denominado así quien en determinadas circunstancias actuaba en defensa de los intereses de la colectividad.⁴⁰ Pero ni aun concentrándose al campo del derecho privado, se presenta la *cura* como una institución homogénea. Los múltiples casos en que se nombra a un *curator* difieren mucho entre sí, siendo también muy distintas las facultades y funciones del curador y las circunstancias que atañen a la evolución histórica de las diversas curatelas.⁴¹

La tutela y la curatela eran pues instituciones semejantes porque tenían una misma finalidad: la representación de personas incapaces y la protección de sus intereses patrimoniales. A pesar de ello, se ha pretendido establecer ciertos rasgos diferenciales que dependen de la causa que les dio origen y de la forma de su ejercicio.

Atendiendo a la causa, las tutelas respondían a una incapacidad regular o general, como en los casos de la edad y el sexo (tutela del impúber o de la mujer), mientras que las curatelas se originan con base en una incapacidad especial o accidental, como las del pródigo y el loco.

En cuanto a la forma de ejercicio, el tutor romano completaba la personalidad imperfecta del pupilo asistiéndolo personalmente en el negocio jurídico mediante la *autorictas interpositio*, mientras que el curador sólo prestaba la adhesión (*consensu*) a los actos jurídicos del incapaz, ya que no era designado para suplir o completar su personalidad insuficiente, sino sólo para administrar su patrimonio. Sin embargo, ninguno de estos rasgos diferenciales es válido en la curatela del menor de 25 años, sobre todo en el derecho justinianeo.⁴²

³⁷ D. 49.1.17. Este paso del *Digesto* presenta un caso en que se nombra un tutor para representar al pupilo en la adición de una herencia diferida tanto a éste como a su otro tutor, ocasionando un conflicto de intereses. El nuevo tutor cesaba en sus funciones terminado el negocio.

³⁸ D. 26.8 y 29.2.

³⁹ *Vid.*, Arias Ramos, J., *op. cit.*, vol II, pp. 742 y ss.

⁴⁰ Como por ejemplo, el *curator viarum*, el *curator aquarum*, el *curator salinarum*, etcétera. *Vid.*, Peña Guzmán-Argüello, *op. cit.*, pp. 547 y ss.

⁴¹ *Vid.*, Arias Ramos J., *op. cit.*, vol. II, pp. 742 y ss.

⁴² La causa de incapacidad en la *cura minorum* no es especial sino general; por otra parte, al final de la evolución del derecho romano, el consentimiento del curador del menor de 25 años era similar al que prestaba el tutor del impúber. *Vid.*, Arias Ramos, *op. cit.*, p. 742, y Schulz, F., *op. cit.*, p. 186.

De todo esto puede concluirse que son sólo circunstancias de orden histórico las que determinan este dualismo en las instituciones tutelares del derecho romano. No hay que olvidar que éste fue un derecho pragmático y casuista que fue conformando sus instituciones con base en las circunstancias especiales que a través de su larga historia se fueron presentando.

IV. LA CURATELA DEL PRÓDIGO; EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN EN LAS FUENTES JUSTINIANEAS

Con base en una periodicidad jurídico-institucional, antes anunciada, debe analizarse la prodigalidad, tanto en sus aspectos civiles como procesales (curatela e interdicción) en los siguientes periodos históricos: a) La legislación decemviral; b) Las reformas pretorias; c) La legislación imperial, y d) La compilación justiniana.

Para los intérpretes de la *Ley de las XII Tablas*,⁴³ pródigo era aquel que dilapidaba los bienes paternos—*bona paterna avitaque*—recibidos en sucesión *mortis causa*. Como tal actitud atentaba contra los principios de la *austeritas* y de la *gravitas*, al dilapidador se le colocaba bajo el cuidado—*cura*—⁴⁴ de sus agnados⁴⁵ y en su defecto de la *gens*. Esto se llevaba a cabo mediante una declaración hecha por el magistrado que decretaba la interdicción⁴⁶ y se basaba en los siguientes supuestos: a) que se tratase de bienes recibidos por sucesión *abintestato*⁴⁷—los bienes recibidos por testamento quedaban fuera de la curatela, ya que

⁴³ No se dispone del texto, pero hacen referencia a ella: *Reg. Ulpiano* 12.1 y 2, I. I. 23.3; D. 27.10.1, pr. y D. 27.10.13.

⁴⁴ En su origen, esta *cura* debió ser una auténtica *potestas* derivada de la *manus*. En este sentido Volterra, Von Mayr, D'Ors, Schulz, en sus obras ya citadas, y especialmente R. Söhm, quien dice que las instituciones tutelares legítimas entran en el concepto y nombre de la *manus* que significa señorío o poder doméstico general sobre todas las personas y cosas, *op. cit.*, p. 300 y ss.

⁴⁵ *Reg. Ulpiano*, 12, 2 e I. I. 23.3. Según De Visscher, en el derecho de las *XII Tablas* sólo se reguló la designación de los agnados para ejercer la curatela sobre el pródigo. La institución de la *interdictio bonorum* se dio en la práctica pretoria; citado por Iglesias, J., *op. cit.*, pp. 560-563. En sentido contrario S. Solazzi, en sus obras citadas. Esta última interpretación es la seguida por la mayoría de los especialistas en la materia.

⁴⁶ *Sent. Paulo*, 3, 4a., 7. Audibert, A., *op. cit.*, sustenta que la interdicción en un inicio fue declarada por la *gens* y no por el pretor y que nunca procedió directamente por vía de ley. En igual sentido Margadant, G. F., *op. cit.*, p. 169.

⁴⁷ *Sent. Paulo*, 3, 4a., 7; *Reg. Ulpiano* 12,3 e I. I. 23.1. En este sentido la mayoría de los tratadistas ya citados. M. Kaser, *op. cit.*, pp. 75-80 dice que la denominación "*bona paterna avitaque*" indica la sucesión *abintestato* que fue presumiblemente la más antigua. Sólo Lucio Bove, *Novissimo Digesto Italiano*, *op. cit.*, voz "prodigus", sustenta que desde las *XII Tablas* se introduce la curatela del pródigo para aquellos que dilapidaban los bienes por sucesión testada o intestada del padre o abuelo.

se consideraba que el *paterfamilia*, al hacer la institución de heredero, consideraba a este último capaz de administrar adecuadamente sus propios bienes—;⁴⁸ b) que dichos bienes fuesen recibidos del padre o abuelo paterno,⁴⁹ y c) que el declarado pródigo tuviese descendencia directa.⁵⁰ Estas limitaciones fueron eliminadas posteriormente por la jurisprudencia.⁵¹

La curatela decenviral sólo se difería por vía legítima,⁵² aunque necesitaba una declaración posterior del magistrado para hacer efectiva la incapacitación patrimonial.⁵³ En resumen, la *cura prodigui* de esta primera época era un medio de impedir que la hacienda familiar fuese insensatamente distraída de su destino normal.⁵⁴

Más tarde, sin que se pueda precisar la fecha, el pretor decretaba la *interdictio bonorum*⁵⁵ ampliando la prodigalidad a los siguientes casos: a) el liberto que dilapidaba su fortuna, esta medida tenía como finalidad proteger los intereses sucesorios del patrono, y b) el ingenuo que heredaba por vía testamentaria.⁵⁶ Por otra parte surge la curatela dativa o decretal,⁵⁷ denominada *cura honoraria*,⁵⁸ que se difiere a falta de la legítima.⁵⁹ Mucho se ha discutido con respecto a la existencia de una curatela testamentaria en este periodo. La doctrina moderna se inclina a sostener que, aunque el magistrado debía tener en cuenta la

⁴⁸ *Vid.*, Volterra E., *op. cit.*, pp. 112-113.

⁴⁹ La *bona paterna avitaque* se integraba con los bienes recibidos por sucesión *ab intestato* del padre o abuelo, esto es sólo por vía paterna. Esto corresponde al carácter agnaticio de la familia romana antigua.

⁵⁰ En un principio la interdicción afectaba sólo al que tuviese hijos, ya que era objetivo de la interdicción que el pródigo no expusiera a su familia a la pobreza. *Vid.*, Kaser, M., *op. cit.*, pp. 75-80.

⁵¹ *Vid.*, D'Ors, A., *op. cit.*, pp. 293-4.

⁵² *Reg. Ulpiano* 12, 1 y 2; I. I. 23.3; D. 27.10.13.

⁵³ Presumiblemente, en la primera época se sometía al pródigo bajo la potestad de los agnados y gentiles sin la intervención del pretor. *Vid.*, Volterra, E., *op. cit.*, pp. 112-113. Posteriormente se necesitaba la declaración de interdicción por parte del magistrado. En un inicio la declaración era hecha por los cónsules, más tarde por el pretor urbano y en provincia por los gobernadores. (Gayo I, 198; I. 1.23.3 y D., 27.10.1. pr.) *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, pp. 190-191. Peña Guzmán-Argüello, *op. cit.*, pp. 552 y ss, sostiene que sólo existía la dativa, dado que la prodigalidad no era una causa natural de incapacidad como la locura, sino un estado de irresponsabilidad que debía ser valorado por el magistrado.

⁵⁴ *Vid.*, Rotondi, G., *op. cit.*, *supra*, nota 12. El primitivo fin de la curatela era proteger el interés de la familia del incapaz. Tanto el tutor como el curador tenían como principal misión conservar el patrimonio familiar. *Vid.*, Von Mayr, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁵ La fórmula de la interdicción está en *Sent. Paulo*, III, 4a. 7. *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, p. 190.

⁵⁶ Ambas en *Reg. Ulpiano*, 12.3.

⁵⁷ I. I. 23.3 y D. 27.10.10 pr.

⁵⁸ *Reg. Ulpiano*, 12.1.

⁵⁹ *Vid.*, D'Ors, A., *op. cit.*, p. 293.

voluntad del *de cuius*, se trataba de una curatela dativa y no testamentaria, pues era el pretor quien designaba, mediante confirmación,⁶⁰ al curador previamente sugerido en el testamento, decretando posteriormente la interdicción.⁶¹ Por consiguiente, no había una delación propiamente testamentaria. Por otra parte, ahora la *cura* se extenderá al dilapidador de cualquier tipo de bienes, aun en el caso de que careciese de descendencia directa.⁶²

En resumen, se van sentando las bases para el paso de una institución con fines de protección del patrimonio familiar, a la que se desarrollaría posteriormente, cuyo objetivo principal sería la ayuda o cuidado del patrimonio del sujeto tutelado.⁶³ De esta forma, las instituciones tutelares se ajustaron en su desarrollo al paso de un derecho de dominación y señorío a una relación de obligación, proceso que se llevó a cabo en forma rápida y evidente, debido a que muy pronto se manifestó la vigilancia del Estado en las instituciones de guardaduría. Dentro de ellas, la interdicción por prodigalidad fue ampliada por la *interpretatio*, ajustándose a relaciones más complicadas de la vida y acomodándose a la mayor abundancia de los negocios jurídicos.⁶⁴

Con base en la legislación imperial, la prodigalidad se extendió de la *bona paterna* al patrimonio propio del interdictado. Así, a partir del famoso rescripto de Antonino Pio se amplió a los bienes propios del pródigo⁶⁵ y se previó la posibilidad de nombrar al hijo como curador de su padre.⁶⁶ En ambos casos se decretaba la *interdictio bonorum* y

⁶⁰ I. I. 23.1 y D. 27.10.16 pr., 1, 2 y 3.

⁶¹ En este sentido Santa Cruz Teijeiro, Volterra, Jörs Kunkel, Schulz, D'Ors, Rondoni y Arias Ramos en sus obras ya citadas. El paso más significativo y oscuro al respecto es D. 27.10.16 pr. 1.2 y 3. Kaser, M. *op. cit.*, pp. 75-80 y 85, dice que quizás existió una curatela testamentaria excepcional sin previa interdicción y lo basa en D. 26.5.12.2.

⁶² Arias Ramos, J., *op. cit.*, p. 744.

⁶³ Söhm, R., *op. cit.*, p. 300 y ss., sustenta que a pesar del cambio producido, las instituciones tutelares no lograron sobreponerse por entero a su primitivo carácter patrimonial.

⁶⁴ *Vid.*, Kaser, M., *op. cit.*, p. 313.

⁶⁵ Este rescripto es mencionado en los siguientes pasos interpolados del *Digesto*: D. 27.10.1 pr. y D. 26.5.12.2. Gayo I. 53, *in fine*, dice: "... y es por esta causa que se le prohíbe a los pródigos la administración de sus bienes". D. 27.10.1. pr. dice: "... pero suelen hoy los pretores, si encuentran quien no es capaz de llevar cuenta del tiempo y límite de sus gastos, sino que se arruina dilapidando y malgastando sus bienes, nombrarle un curador..." y D. 26.5.12.2. dice: "El emperador Antonino Pio, de consagrada memoria, admitió en los siguientes términos una solicitud de una madre para que se nombrara curador a sus hijos pródigos. No es cosa insólita que algunos, aunque por sus palabras parezcan estar mentalmente sanos, administren sin embargo sus *propios bienes* de tal manera que, si no se les remedia, pueden caer en la indigencia. Así pues, habrá que elegir al que los rija con su consejo, ya que es justo que miremos también por aquéllo en que lo relativo a sus *propios bienes* se comportan como locos". Este último paso es el más claro al respecto.

⁶⁶ Los descendientes agnados no podían ser curadores por una razón de *pietas*,

se establecía la curatela, también denominada *cura honoraria*.⁶⁷ A partir de Claudio comienzan a burocratizarse las instituciones tutelares; los guardadores serán ya nombrados por funcionarios (pretoreos tutelares) y desaparece la curatela legítima⁶⁸ en aras de la dativa.⁶⁹ El amplio ejercicio de las funciones de tutores y curadores comienza a ser restringido y cada día son mayores sus responsabilidades.⁷⁰ Sin embargo, la difícil y fundamental cuestión de cuándo una persona podía ser considerada pródigo no fue tratada por los juristas clásicos. Para ellos era una *quaestio facti* que estaba al margen de lo que constituía el objeto habitual de su estudio.⁷¹ Para la doctrina clásica, era considerado pródigo aquel sujeto a quien el pretor privaba por decreto de la administración de su patrimonio, como quiera que lo hubiera adquirido, no sólo en interés del presunto heredero, sino también del incapacitado mismo y de la sociedad en general.⁷² Por otra parte, al ampliarse la interdicción a todo el patrimonio del pródigo y desaparecer la curatela legítima, se comenzó a asimilar la situación del pródigo con la del furioso (como extensión de una subcategoría de la enajenación mental; la demencia) debido a la ambigüedad que presentaban los textos de la época.⁷³ Por último, la legislación posclásica intenta una fusión en-

ya que se entendía que era difícil someter al padre al poder de sus propios hijos. Ver Kaser, M., *op. cit.*, pp. 85-70. Esta situación varía en el derecho imperial. D. 27.10.1.1. dice: "Se negaba al hijo la curatela de los bienes de su padre privado de administración, pero tenemos un rescripto de Antonino Pío, de consagrada memoria, por el cual debe concederse la curatela al hijo, si es persona honrada, antes que a otra persona" (texto interpolado).

⁶⁷ *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, p. 190.

⁶⁸ La cura legítima del pródigo, igual que la del furioso, desaparecieron en los primeros tiempos del periodo posclásico, cuando fue precisa la confirmación del *proximus agnatus* en su cargo por el magistrado. *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, p. 191.

⁶⁹ D. 27.10.13.

⁷⁰ *Vid.*, Mayr, R. Von, *op. cit.*, p. 294 y ss.

⁷¹ *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, p. 191.

⁷² *Vid.*, Mayr, R. Von, *op. cit.*, p. 44.

⁷³ D. 27.10.1. pr.; 45.1.6; 26.5.12.2; 50.17.40 y C. 5.70.1. A. Audibert en sus monografías ya citadas: "La folie et la prodigalité" e "Histoire de l'interdiction et de la curatelle du prodigue en Droit Romain" sustenta que la cura dativa del pródigo surge de una ficción con base en la cura dativa del furioso. Se basa en varias citas del *Corpus Iuris Civilis* y principalmente en el pasaje de Ulpiano contenido en D. 27.10.1. pr. donde dice: "... se le nombra curador [al pródigo] a ejemplo de lo que se hace con el loco", interpretando la palabra *quasi furiosi* como una forma o tipo de furioso, al cual por ficción debe asimilarse el pródigo. Distingue entre *furor* y *dementia* y llega a la conclusión que ambas curatelas (la del furioso y la del pródigo) tienen tanto un ligamen externo como interno. Utiliza la literatura alemana de su época, principalmente las teorías de Ukhelohde (Rev. *Grünhuts*, t. 4, 1877) aunque presenta ideas propias basadas en la literatura moderna de su época. Esta teoría fue rebatida por H. Krüger en una reseña que hace a la monografía de Audibert, "La folie et la prodigalité" en Z.S.S.T. 14, Weimar 1893, quien sustenta que el pasaje de Ulpiano está mal interpretado por Audibert, ya que lo que quiso decir éste fue que la cura del pródigo se desarrolló históricamente en la misma for-

tre el *ius civile* y el *ius honorarium*⁷⁴ que produce una gran confusión en los textos jurisprudenciales.⁷⁵

Todas estas disposiciones normativas provenientes de fuentes diversas: leyes, edictos, senadoconsultos y constituciones imperiales, quedaron plasmadas en la compilación justiniana donde se reguló la institución de la siguiente forma:

1. Al pródigo se le somete a una curatela basada en su incapacidad parcial o relativa de carácter estrictamente patrimonial. Debido a ello, no podía celebrar actos jurídicos que le acarreasen una disminución⁷⁶ o perjuicios en su patrimonio,⁷⁷ como eran: enajenar,⁷⁸ gravar sus bienes que la del furioso, esto es, que ambas se transformaron de una legítima a una dativa; por consiguiente sólo presentan un ligamen externo. Qué necesidad había, se pregunta Krüger, de crear la cura dativa del pródigo como una ficción de la del furioso, si bastaba para conseguir una institución jurídica practicable a las nuevas necesidades y propia de la nueva sociedad. Por otra parte, Krüger no acepta la diferencia entre *furor* y *dementia* y destaca que mientras el furioso es absolutamente incapaz el pródigo sólo lo es patrimonialmente. En resumen, sustenta que ambas curatelas están unidas por una liga externa: a) por haberse fundado las dos como curatelas legítimas en la *Ley de las XII Tablas*, y b) por haber surgido las dos como curatelas dativas de la labor del pretor, pero bajo ninguna circunstancia puede deducirse de los textos una asimilación entre ellas. Otra cita que genera confusión es el paso de Pomponio, D. 50.17.40, que dice: "El loco y aquel sobre cuyos bienes ha recaído interdicción carecen de voluntad". Dice Kaser M., *op. cit.*, p. 127 que la generalización de Pomponio va demasiado lejos. Ni todas las declaraciones de voluntad negociables del pródigo interdicto son nulas, ni el mismo queda libre como el demente de responsabilidad por sus deudas. Es fácil que la mención del pródigo en el fragmento de Pomponio sea debida a los compiladores, porque el subjuntivo *sit* es sospechoso. En resumen, estas generalizaciones y ambigüedades en las fuentes producen, si no una equiparación, por lo menos un acercamiento entre pródigo y demente que se perpetúa en la legislación intermedia e influye en las modernas.

⁷⁴ Se observa en C. 2.22.3. Durante la vigencia de la curatela honoraria, los actos que el pródigo realizaba eran válidos *iure civile* pero las enajenaciones y contratos que realizaba, si le provocaban obligaciones, eran nulos *iure praetorio*. *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, pp. 190-191.

⁷⁵ *Vid.*, Schulz, F., *op. cit.*, p. 191.

⁷⁶ D. 27.10.10. pr.

⁷⁷ Con base en la *Ley de las XII Tablas*, el pródigo sufría una incapacidad absoluta pues era privado del *ius commercium*, pero ya en el periodo clásico la incapacidad será relativa, distinguiéndose entre actos que mejoran y actos que empeoran su patrimonio. Los primeros pueden realizarlos, sólo se les prohíben los segundos. *Vid.*, Arias Ramos, J., *op. cit.*, vol. II, pp. 744-745. A. Audibert, "La folie...", *op. cit.*, sostiene que en el derecho clásico hubo dos tipos de pródigos: a) los interdictados conforme a la *Ley de las XII Tablas* que sufrían de incapacidad absoluta por pérdida del *ius commercium* sobre la *bona paterna avitaque*, y b) los que no teniendo esa clase de bienes eran interdictados por el pretor, con incapacidad también absoluta, porque se les asimilaba a los *furiosi*. Por consiguiente, un pródigo que había heredado la *bona paterna* y además contaba con bienes propios tenía que ser sometido a las dos curatelas, dualismo que según Audibert desaparece en el derecho posclásico. En sentido contrario Girard, Bonfante y Krüger en las obras ya citadas. Según Jörs-Kunkel, *op. cit.*, pp. 432 y ss., al pródigo se le privaba del *ius commercium* en la extensión en que se le imponía la interdicción; no era pues una incapacidad negocial pura y simple, sino relativa.

⁷⁸ C. 45.1.6; D. 27.10.10 pr. y C. 2.22.3.

nes, contratar o contraer cualquier tipo de obligación,⁷⁹ novarla, salvo para mejorar su derecho⁸⁰ y fiar o servirse de fiador.⁸¹ Si pagaba una deuda sin autorización del curador tenía derecho a la *in integrum restitutio*.⁸²

Carecía también de la *testimentifactio activa*, por consiguiente, no podía testar, instituir heredero o ser testigo en un testamento, aunque resultaba válido el testamento hecho antes de la declaración de prodigalidad.⁸³ Podía, sin embargo, adquirir bienes por estipulación, siempre que no se obligase,⁸⁴ y adir una herencia si había sido instituido heredero.⁸⁵ En resumen, perdía la libre administración de sus bienes,⁸⁶ quedando excluido de todos los actos de disposición, de liberalidad y de aquellos que pudieran obligarlo, permitiéndosele solamente llevar a cabo los que lo enriquecieran. La interdicción privaba al pródigo de este tipo de actividad patrimonial, sin embargo preservaba la responsabilidad delictual.⁸⁷

2. Al burocratizarse las instituciones tutelares desapareció la curatela legítima, diferida directamente por vía de ley,⁸⁸ quedando sólo la dativa.⁸⁹

3. La misión del curador del pródigo era administrar los bienes del pupilo, careciendo de facultades sobre la persona misma del tutelado. Para ello actuaba como gestor de negocios.⁹⁰ Al finalizar la curatela

⁷⁹ D. 45.1.6.

⁸⁰ D. 46.2.3.

⁸¹ D. 45.1.6.

⁸² D. 12.6.29 y C. 2.22.3.

⁸³ I. II.6.6 y II.12.2; *Reg. Ulpiano* 20.12 y D. 28.1.18. pr.

⁸⁴ D. 45.1.6.

⁸⁵ D. 29.2.5.1. En este sentido Peña Guzmán-Argüello, *op. cit.*, vol. II, pp. 552 y ss. y D'Ors, A., en su obra citada, quienes dicen que el pródigo podía aceptar una herencia *damnosa* ya que esta particularidad se debía a que el *ius commercium*, del cual se excluía al pródigo, no incluía la adición de la herencia. En sentido contrario Schulz, F., quien sustenta que probablemente se le prohibió al pródigo aceptar una herencia, ya que este acto podía implicar asunción de obligaciones, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁸⁶ *Reg. Ulpiano*, 12.2; Gayo I. 53, *in fine*, D. 27.10.1. pr.

⁸⁷ *Vid.*, Kaser, M., *op. cit.*, pp. 75-80.

⁸⁸ Audibert, A., "La folie...", *op. cit.*, dicen que si la curatela es legítima al pródigo se le somete a interdicción, por decreto formal del pretor; si es dativa, por la pura institución, sin necesidad de decreto formal. Mientras Krüger, en su reseña ya citada, sostiene que la cura diferida a los agnados requiere de la declaración de interdicción por el pretor, por consiguiente no se puede hablar de una cura diferida por vía de ley, pero sí de una *cura agnatorum* que funciona igual que la honoraria.

⁸⁹ D. 27.10.13.

⁹⁰ Según R. Söhm, el curador del pródigo no llegaba a adquirir plenos poderes sobre el patrimonio del incapaz. La razón que él alega es que la curatela del pródigo fue posterior a la del furioso. La actuación del *curator prodigui* se reducía a la simple gestión de los intereses del incapacitado y sus descendientes, *op. cit.*, p. 300 y ss. En sentido contrario L. Bove, quien sustenta que al curador del pródigo se le

tenía que rendir cuentas de su gestión. Para exigir el cumplimiento de esta obligación al curador el pródigo contaba con la *actio negotiorum gestorum directa*,⁹¹ correspondiéndole al primero la acción contraria con el fin de resarcirse de los gastos efectuados en el ejercicio de la curatela.

Mucho se ha discutido si el *curator prodigui* podía convalidar un negocio realizado por su pupilo mediante el otorgamiento del *consensu* posterior. Sólo hay certeza de que éste pudo ser otorgado por el curador del menor de 25 años.⁹² Por consiguiente, la situación del pródigo se asimiló, en esto, a la del furioso, más que a la del impúber mayor infante.⁹³ Por otra parte, parece que el poder del *curator prodigui* se acomodaba a las necesidades de cada caso concreto, así el curador ejercitaba la gestión, no sobre la totalidad de los bienes, sino sólo sobre aquellos que estuvieran sujetos a la interdicción.⁹⁴

4. Determinada la tendencia a la prodigalidad de un *sui iuris*, el magistrado decretaba la interdicción.⁹⁵ La determinación de la prodigalidad, como la de la locura, era una *quaestio facti* que debía ser demandada al conocimiento del magistrado. Las fuentes no son claras con respecto a quiénes podían solicitar la interdicción. En un inicio es lógico suponer que sólo los agnados, pues para su protección se había creado la institución. Sin embargo, cuando posteriormente la institución protegió el patrimonio del pródigo mismo, cabría pensar que podía ser solicitada por acción popular.⁹⁶ El famoso pasaje ulpiano atribuía el mismo poder que al del furioso, *Novissimo Digesto Italiano, op. cit.*, voz "Prodigus".

⁹¹ Parece que se trató de una acción útil (éstas se desarrollaron con gran profusión en el Bajo Imperio) que ampliaba la esfera de ejercicio de la *actio negotiorum directa* propiamente dicha. En este sentido D'Ors. A., *op. cit.*, pp. 293-294; Peña Guzmán-Argüello, *op. cit.*, vol. II, pp. 552 y ss., y Voterra, E., *op. cit.*, pp. 112-113.

⁹² El *consensu*, figura parecida a la *autoritas interpositio* que prestaban los tutores del *impuber maior infantia*, se desarrolló tardamente y parece que sólo se aplicaba al menor de 25 años. Para los furiosos y los pródigos no fue necesario suplir los negocios imperfectos por autorización del curador. Éstos eran totalmente ineficaces mientras estuvieran bajo interdicción. *Vid.*, Kaser, M., *op. cit.*, pp. 190-191 y Jörs-Kunkel, *op. cit.*, pp. 432 y ss. Sin embargo, se ha discutido la validez de los actos ejecutados con el *consensu* del *curator prodigui*. *Vid.*, Arias Ramos, J., *op. cit.*, vol. II, pp. 774-775. En el mismo sentido Petit y Margadant en sus obras ya citadas.

⁹³ En sentido contrario Jörs-Kunkel, *op. cit.*, pp. 432-22.

⁹⁴ *Vid.*, Kaser, M., *op. cit.*, pp. 75-80.

⁹⁵ Con base en la legislación decemviral la interdicción se decretaba mediante un acto solemne en el cual se pronunciaban fórmulas sacramentales, quedando desde ese momento consagrada la incapacidad legal y diferida la tutela (*Sent. Paulo*, III, 4a. 7). Esta interdicción se limita a los bienes adquiridos por sucesión *abintestato*. Posteriormente el pretor la amplía a los bienes recibidos por testamento y más tarde a todos los bienes del pródigo. Por consiguiente, la interdicción pudo ser decretada primero por la *gens* y posteriormente por el pretor. *Vid.*, Margadant, G. F., *op. cit.*, p. 169, y Kaser, M., *op. cit.*, pp. 75.80.

⁹⁶ *Vid.*, Peña Guzmán-Argüello, *op. cit.*, vol. II, pp. 552 y ss.

del *Digesto*⁹⁷ que comenta el decreto de Antonino *el Piadoso*, registra la solicitud de una madre de interdicción de sus hijos pródigos.

5. La interdicción se extinguía de pleno derecho al cesar las causas que le habían dado lugar.⁹⁸ No obstante ello, era necesario determinar cuándo había concluido la manía dilapidadora. Por consiguiente, era necesaria la intervención del magistrado para declarar al incapaz apto para administrar su patrimonio, con lo que quedaba libre de la curatela; si no mediaba esta declaración el pródigo continuaba incapaz. La *cura prodigui* no terminaba automáticamente sino cuando el magistrado revocaba la *interdictio bonorum*.

Beatriz BERNAL GÓMEZ

⁹⁷ D. 26.5.12.2. que dice: "...El emperador Antonino Pio, de consagrada memoria, admitió en los siguientes términos la solicitud de una madre para que se nombrara curador a sus hijos pródigos..." D'Ors, A., *op. cit.*, pp. 293-294, sostiene que según este pasaje del *Digesto* se podía nombrar curador por concesión imperial.

⁹⁸ D. 27.10.1. pr.