

**ESTADO ES A INDIVIDUO
COMO TUTOR A PUPILO:
POSIBILIDADES Y LÍMITES DE
LA SOBERANÍA POPULAR EN
COLOMBIA A LA LUZ DE LA
INSTITUCIÓN DE LA TUTELA
DEL DERECHO ROMANO***

**STATE IS TO THE INDIVIDUAL WHAT
TUTOR IS TO PUPIL: POSSIBILITIES AND
LIMITS OF POPULAR SOVEREIGNTY
IN COLOMBIA ACCORDING TO THE
INSTITUTION OF CONSTITUTIONAL
REVIEW OF ROMAN LAW**

NELCY LÓPEZ-CUÉLLAR**

* Este artículo es parte de un "análisis del discurso" del lenguaje utilizado en el Derecho constitucional colombiano. El "análisis de discurso" o "análisis literario" es uno de los métodos de investigación que empleo en mi disertación doctoral, en la cual estudio la terminología utilizada en la lucha de altas cortes a propósito de la tutela contra providencias judiciales. Al analizar la tutela contra providencias judiciales desde la perspectiva del lenguaje, es necesario comprender plenamente las implicaciones del término.

** Abogada, Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. LL.M (Masters in Law), Yale Law School y candidata a DCL (Doctor in Civil Law), McGill University. nelcyl@gmail.com



RESUMEN

Una retrospectiva lingüística permite afirmar que la acción de tutela del Derecho público constitucional tiene raíces en el Derecho privado romano. El término tutela proviene del latín *tutela*, expresión usada en Derecho romano para hablar de la relación entre pupilo y tutor. Tal origen se soporta no sólo en la similitud textual de las dos instituciones, sino en el origen remoto del juicio de amparo mexicano en el Derecho romano, juicio que inspiró la tutela colombiana. El origen de la actual tutela tiene repercusiones en la forma como en Colombia se percibe la relación entre individuos y Estado. En efecto, desde 1991, estando la tutela en el corazón de la Constitución, se puede construir la siguiente comparación: Estado es a individuo como tutor es a pupilo. Con base en esta comparación, al Estado le corresponde la diligente administración de los bienes de los individuos en interés de éstos. No obstante esta consecuencia positiva, tal administración se da en virtud de que los individuos se estiman incapaces de tal tarea, situación diferente a la de los individuos dentro de un contrato social. Por tanto, la opción de una democracia participativa parece inalcanzable.

PALABRAS CLAVE

Acción de tutela, *actio tutelae*, Derecho privado romano, Estado-tutor, individuo-pupilo, soberanía popular, metáfora jurídica, análisis retórico del Derecho, voluntarismo, contrato social, juicio de amparo.

ABSTRACT

Based on a linguistic retrospective, one can argue that the guardianship (*tutela*) action has its origins in Roman private law. Guardianship comes from the Latin *tutela*, term used in Roman law to encapsulate the relationship between pupil and tutor. This origin is based not only in a textual resemblance, but also in the Roman law origins of the Mexican *juicio de amparo* in which the guardianship (*tutela*) action is inspired. This origin has consequences in the way individuals interact with the State. Since 1991, being the guardianship (*tutela*) action at the heart of the Constitutional Constitution, it is possible to draw the following analogy: State is to individual as tutor is to pupil. Thus, the State has the duty of proper administration of the individuals' patrimony. This administration, however, is based on the individuals' inability to develop this task—in opposition to what happens under the figure of the social contract. Therefore, participatory democracy seems illusory.

KEY WORDS

Guardianship (*tutela*) action, *actio tutelae*, Roman private law, State-individual, tutor-pupil, popular sovereignty, legal metaphor, rhetoric analysis of law, voluntarism, social contract, *juicio de amparo*.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA IMPORTANCIA DE LAS METÁFORAS QUE UTILIZAMOS EN NUESTRO LENGUAJE COTIDIANO: UN PREÁMBULO NECESARIO; 2. ORIGEN DE LA EXPRESIÓN TUTELA; 3. LA INSTITUCIÓN DE LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO; 3.1 DEFINICIÓN DE TUTELA Y TUTOR; 3.2 DEBERES DEL TUTOR – ACTUACIÓN EN INTERÉS DEL PUPILO; 3.3 PARÁMETROS DE RESPONSABILIDAD DEL TUTOR; 3.4 MECANISMOS JUDICIALES PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES DEL TUTOR: ACCIÓN DE TUTELA, ACCIÓN DE REMOCIÓN Y ACCIÓN DE APROPIACIÓN INDEBIDA; 4. CONSECUENCIAS DE CENTRAR NUESTRO CONSTITUCIONALISMO EN LA ACCIÓN DE TUTELA: ESTADO ES A INDIVIDUO COMO TUTOR A PUPILO; 5. AMPARO MEXICANO: ORIGEN EN LA REGULACIÓN DE PERSONAS INCAPACES JURÍDICAS DEL DERECHO ROMANO; 6. MONARCÓMANOS, DERECHO PRIVADO ROMANO Y TEORÍA DEL DOMINIO COMO SUSTENTO DE LA SOBERANÍA POPULAR; 7. ¿PROTECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE O PERPETUA INCAPACIDAD?; 8. VOLUNTARISMO DENTRO DEL CONTRATO SOCIAL FRENTE A TUTELA; 9. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Nuestro Derecho envuelve numerosas metáforas. Es decir, nuestro Derecho entiende muchos conceptos jurídicos en referencia a otros conceptos, bien sean éstos jurídicos o no. Hablamos, por ejemplo, del “contrato social” para referirnos a la relación entre el Estado y el individuo, del “buen padre de familia” para indicar la forma en la que debe comportarse un sujeto en el cumplimiento de ciertas obligaciones, o de un *joint venture* para señalar la existencia de negocios asumidos por las partes de manera conjunta en sus tareas y riesgos.

Estas metáforas son usadas sin mayor reflexión sobre sus implicaciones. Es decir, los sujetos de derecho nos preocupamos poco por las consecuencias que la terminología empleada tiene en el concepto que intentamos capturar en la metáfora. Aún más, llegamos a identificar tanto la metáfora con la institución jurídica que nos parece imposible pensar en aquella como una comparación susceptible de reevaluación. Por tanto, el contenido de la figura jurídica se petrifica al estar atado a una metáfora de la cual consideramos no es posible desprender aquella. Simultáneamente, la metáfora jurídica se hace invisible como tal.

En este escrito, mi objetivo es analizar una metáfora utilizada en el lenguaje cotidiano del constitucionalismo colombiano contemporáneo: el referirnos al mecanismo judicial de protección de derechos fundamentales como una *acción de tutela*. La razón para analizar esta metáfora y no otra es el gran uso que, a diario, ésta tiene por parte de expertos y legos en Derecho. Es debido a este alto uso que, por ejemplo, se han incorporado nuevas palabras en nuestro léxico cotidiano tales como el sustantivo *tutelitis* o el verbo *entutelar*.

Dada la importancia del término acción de tutela, vale la pena preguntarse cuál es el origen, consciente o no, de la expresión que empleamos para hablar del recurso judicial de protección de los derechos fundamentales de los individuos frente al Estado. Igualmente, es necesario indagar sobre las implicaciones del uso de la expresión *acción de tutela* a la luz de un análisis literario del Derecho.

Antes de resolver las preguntas, a manera de preámbulo explicaré por qué, a la luz de la teoría cognitiva, es trascendente el uso de ciertas metáforas en nuestro lenguaje. Igualmente, debido al enfoque lingüístico de la indagación, describiré brevemente en qué consiste el análisis literario del Derecho. En tal análisis, la prioridad es estar atento al lenguaje utilizado en nuestro Derecho con el fin de esclarecer lo que aquél dice acerca de cómo lo entendemos.

Como respuesta a la pregunta sobre el origen de la metáfora en análisis, propondré que la acción de tutela de nuestro Derecho público constitucional proviene del Derecho civil personas el cual, a su vez, se remonta al Derecho romano según fue recibido en la Europa de la Edad Media¹. Por su parte, el Derecho romano estableció una metáfora jurídica con base en una interacción humana de guarda y cuidado. En efecto, la expresión tutela proviene del latín *tutela*, que quiere decir cuidado, y este término se utilizó por primera vez en Derecho para hablar de la relación entre pupilo y tutor. En el Derecho romano, y en nuestro actual ordenamiento civil, la tutela se refiere a la administración diligente por parte del tutor de los bienes del pupilo, debido a la incapacidad jurídica de éste. Tal administración, tanto en el Derecho romano como en el colombiano contemporáneo, se debe dar en interés del menor. La expresión acción de tutela —*actio tutelae*— se utilizó en Derecho romano para referirse al mecanismo judicial que el ex pupilo podía emplear para solicitar rendición de cuentas al ex tutor, una vez terminaba la relación de tutelaje.

Como solución a la pregunta sobre las implicaciones del uso del término argumentaré que, a partir de 1991, siendo la acción de tutela central para la Constitución colombiana², se hizo posible construir la siguiente analogía o razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes³: Estado es a individuo como tutor a pupilo. A la luz de la anterior analogía, al Estado le corresponde la administración diligente de los bienes de los individuos en interés de éstos. Además, en caso de incumplimiento de su deber, el Estado se hace responsable ante los individuos. Puesto que el origen de la expresión tutela más próximo, temporalmente hablando, se encuentra en nuestro Derecho civil personas, haré un paralelo entre las obligaciones y los derechos del Estado-tutor e individuo-pupilo a la luz de tal Derecho para precisar las implicaciones de la metáfora en juego.

Tal paralelo es posible si se tiene en cuenta que en el siglo XVI ya se había utilizado la metáfora de la tutela para definir los alcances de la soberanía popular. En efecto, los monarcómanos en el texto *Vindiciae contra Tyrannos* asimilaron el rey a un mero administrador de bienes que debía responder como si fuese un tutor

¹ El Derecho romano como fue conocido en la Europa del siglo XII era un Derecho ya unificado. Para MONATERI, el proceso de adopción del Derecho romano unificado y simplificado como ley de los territorios conquistados por Roma, más que un éxito del Derecho romano mismo, es el reconocimiento de la complejidad innecesaria que éste tenía. Para su aplicabilidad, el Derecho romano debió, paradójicamente, desromanizarse. La aparición de los grandes juristas romanos se dio, precisamente, por la necesidad de corregir los defectos congénitos de tal Derecho. Pier Giuseppe MONATERI, "Black Gaius: A quest for the multicultural origins of the Western legal tradition", en *Hasting Law Journal* 50, 2003, p. 68.

² Tal ubicación de la tutela se da en virtud del papel central que con la Constitución de 1991 ha conseguido los derechos fundamentales exigibles principalmente frente al Estado.

³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, 2001. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=analog%EDA [Fecha de consulta: 20 de marzo de 2010].

de los individuos-pupilos. Estos individuos, por su parte, eran los verdaderos titulares del dominio.

Además, tal paralelo se soporta en los orígenes del juicio de amparo mexicano, en el cual se inspiró la acción de tutela colombiana. Amparar, al igual que tutelar, significa cuidar. El término *amparo*, en el cual se inspiró la actual *acción de amparo* mexicana, se tomó del *amparo* que la Corona daba a los indígenas en la época colonial, asimilándolos a menores de edad. El tratamiento de los indígenas como menores de edad se inspiró a su vez en la institución de tutela del Derecho romano tardío. Así, Corona era a indígena como tutor a pupilo.

A pesar de que la tutela implica cuidado de los bienes del pupilo, argüiré que la administración de bienes a favor de los individuos-pupilos se da en virtud de que éstos se consideran incapaces de tal tarea, lo cual les cierra la posibilidad de gestión directa. Tal relación de tutelaje contrasta con la imaginada por los autores contractualistas. Para éstos, los signatarios del contrato eran personas capaces de manifestar libremente su voluntad y no adquirir ninguna obligación con el Estado en ausencia de su consentimiento. Por tanto, exploraré brevemente algunas de las principales características que envuelve la metáfora “contrato social” con la cual, en ocasiones, se hace referencia a la relación entre ciudadano y Estado. La anterior exploración conceptual me ayudará a esclarecer, por contraste, los límites de la relación tutelar entre Estado e individuo.

De manera simultánea a la acción de tutela, la Constitución de 1991 establece la democracia participativa como pilar de nuestro ordenamiento jurídico. A manera de conclusión abierta a discusión, señalaré que si los individuos son pupilos se genera la paradoja irresoluble de fundamentar nuestro constitucionalismo en un modelo en el cual se espera un alto nivel de autogestión por parte de tales individuos pero, a su vez, éstos son tratados como incapaces de tomar decisiones.

1. LA IMPORTANCIA DE LAS METÁFORAS QUE UTILIZAMOS EN NUESTRO LENGUAJE COTIDIANO: UN PREÁMBULO NECESARIO

Nuestro sistema conceptual determina nuestro conocimiento del mundo y soporta nuestras tareas cognitivas, tales como la percepción, la memoria, el lenguaje y el pensamiento. Tal sistema conceptual es metafórico. En otras palabras, nuestro sistema conceptual se basa en metáforas o en el entendimiento o comprensión de un concepto A en términos de un concepto B⁴. En consecuencia, lo que pensamos, experimentamos y hacemos está determinado por las metáforas que utilizamos⁵. El uso de una metáfora para definir un concepto no es aleatorio. Los seres humanos utilizamos determinada metáfora, pues concebimos el concepto por definir en los

⁴ George LACKOFF y Mark JOHNSON, *Metaphors we live by*, Chicago, The University of Chicago Press, 2003, pp. 35 y 36. Véase también Steven L. WINTER, *A Clear in the Forest: Law, Life and Mind*, Chicago, Cambridge University Press, 2001, pp. 5-6 y 35-36.

⁵ LACKOFF y JOHNSON, ob. cit., pp. 3, 5 y 68. Véase también WINTER, ob. cit., pp. 65-66.

términos de la metáfora utilizada⁶. Tal elaboración metafórica está basada en nuestra experiencia y percepción⁷. En otras palabras, la asimilación del concepto A al concepto B se deriva de la forma como percibimos A para asimilarlo en términos de B.

Las metáforas que utilizamos enfatizan o le quitan énfasis a ciertos aspectos del concepto que se define con base en la comparación en cuestión⁸. Es posible concebir ideas, o cosas no materiales, como entidades y sustancias. Las características de la cosa material con la cual se identifica la idea inmaterial determinan los límites de acción de la idea⁹. Por ejemplo, si se piensa en los sentimientos como parte de un juego, en materia sentimental podemos decir “no juegues con mis sentimientos”, o podemos establecer las “reglas del juego” en una relación de pareja. Asunto diferente sería el pensar en la relación de pareja como una obra de arte colectiva. En ocasiones, la identificación metafórica se da en virtud de nuestra limitación para entender o delinear claramente un concepto. Al relacionarlo con una entidad física, se clarifica y delimita su comprensión¹⁰.

El uso de las metáforas incluye el campo político y económico. Así las cosas, las ideologías políticas y económicas se manifiestan en términos metafóricos. Las metáforas utilizadas en los campos político y económico pueden limitar nuestras vidas. En palabras de LACKOFF y JOHNSON, “la aceptación ciega de una metáfora [en el campo económico o político] puede esconder realidades que degradan al ser humano”¹¹.

Ahora bien, una metáfora que se ha venido utilizando para definir un concepto no es una relación necesaria sino culturalmente contingente¹². El observar como acertadas o verdaderas las características de un concepto depende de los atributos que, hasta el momento, han sido enfatizados. Sin embargo, tal forma de observar o de entender un concepto no es única ni absoluta¹³. Por tanto, si bien las metáforas se basan en la realidad y la realidad refleja el contenido de la metáfora, tal relación circular puede romperse a través del cuestionamiento de la misma.

Es posible recrear nuestras metáforas para redefinir nuestra comprensión o entendimiento de las cosas y, por tanto, nuestra experiencia. Las nuevas metáforas darán sentido a nuestra existencia de la misma forma en la cual las metáforas hasta ahora convencionales lo han venido haciendo¹⁴. La metáfora envuelve razón e imaginación. La primera, por cuanto la figura comparativa está basada en

⁶ LACKOFF y JOHNSON, ob. cit., p. 5.

⁷ Ibidem, p. 19. Para la relación de metáforas con la forma como comprendemos un concepto con base en su asimilación con otro concepto que hace parte de nuestra experiencia social. Véase WINTER, ob. cit., p. 13.

⁸ LACKOFF y JOHNSON, ob. cit., pp. 10 y 152.

⁹ Ibidem, pp. 25-27. En sentido semejante, según WINTER, las metáforas que utilizamos explican por qué nosotros razonamos sobre un concepto de la manera como lo hacemos. Véase WINTER, ob. cit., p. 58.

¹⁰ LACKOFF y JOHNSON, ob. cit., pp. 61 y 115.

¹¹ Cfr. ibidem, pp. 236-237. [Traducción de la autora] Los autores dan como ejemplo el hablar del tiempo como recurso económico (*time is Money*) como metáfora que puede tergiversar la naturaleza del trabajo en relación con el ser humano.

¹² Ibidem, pp. 9 y 154.

¹³ Ibidem, pp. 165-166.

¹⁴ Ibidem, pp. 139, 145 y 153.

categorizaciones, inferencias y aspectos implícitos. La segunda, pues el individuo que utiliza una metáfora comienza a ver una cosa en términos de otra¹⁵. El primer cambio se da cuando empezamos a comprender —racionalizar e imaginar— un concepto de manera diferente, y el segundo cuando actuamos de manera consecuente con esa nueva concepción¹⁶.

Para que actuemos de acuerdo con las metáforas que utilizamos no es necesario un uso consciente de tal figura literaria. Tal concatenación de acción y metáfora puede ser también inconsciente¹⁷. Para entender mejor las razones de nuestro comportamiento debemos estar atentos a las expresiones lingüísticas que utilizamos¹⁸, las cuales se hallan en nuestro lenguaje cotidiano. Simultáneamente, debemos estar abiertos a la posibilidad de ver nuestras experiencias a través de nuevas metáforas, las cuales, a su vez, serán capaces de cambiar las futuras experiencias¹⁹.

En virtud de que las metáforas son parte de nuestro lenguaje, para analizar estas figuras literarias, además de ubicarnos en el plano de la teoría cognitiva, es útil situarse en el lugar de un analista retórico del Derecho. El analista retórico del Derecho escucha atentamente el lenguaje jurídico para analizar qué se revela en el uso de un lenguaje en particular, en el uso de una figura literaria en concreto, o en los silencios o las palabras omitidas. La preocupación primaria de un analista retórico es determinar qué consecuencias tiene el lenguaje que se utiliza, es decir, qué mundo puede crear tal lenguaje. El analista retórico no piensa en cambiar el lenguaje utilizado, determinar si tal lenguaje es o no correcto, o indicar cuál es el lenguaje que se quiere emplear, como lo haría un abogado. El analista retórico se preocupa exclusivamente por entender las cosas a través del lenguaje empleado y ver la forma en la que éste ayuda a definir el comportamiento de los individuos²⁰. A continuación, consciente de las consecuencias de nuestro lenguaje metafórico, me pondré en el lugar de un analista retórico para comprender mejor lo que envuelve la expresión *acción de tutela*.

2. ORIGEN DE LA EXPRESIÓN TUTELA

Nuestra acción de tutela se inspiró de manera inmediata en la acción de amparo del Derecho mexicano²¹. Su origen, por tanto, sería el Derecho constitucional mexicano de mediados del siglo XIX²². Si bien hay quienes sostienen que el ampa-

¹⁵ Ibidem, p. 193.

¹⁶ Ibidem, p. 145.

¹⁷ Ibidem, p. 158.

¹⁸ Ibidem, p. 7. Véase también WINTER, ob. cit., p. 50.

¹⁹ LACKOFF y JOHNSON, ob. cit., p. 233.

²⁰ Marianne CONSTABLE, *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2005, pp. 14 a 28.

²¹ Allan R. BREWER-CARIAS, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 81. Según BREWER-CARIAS, "the origin of the Latin American amparo as a specific judicial mean for the protection of constitutional rights and guaranties is to be found in Mexico in the 1857 Constitution. So no European or Spanish influence can be found in the Latin American institution".

²² Ignacio BURGOA, *El Juicio de Amparo*, México, D.F., Porrúa, 2001, pp. 121 a 131.

ro mexicano no tiene antecedente alguno europeo²³, varios autores reconocen que la denominación del recurso de protección de derechos fundamentales mexicano como *amparo* es de origen colonial²⁴. A su vez, este Derecho hispano colonial habría sido fundamentado en la asimilación de los indígenas a incapaces jurídicos quienes, como los menores, las viudas y los interdictos en el Derecho romano tardío, necesitaban de amparo o tutela. Este aspecto se profundizará más adelante en el presente artículo.

Al analizar los orígenes remotos del amparo, que a su vez es fuente inmediata de inspiración de la tutela, se puede sostener que la acción de tutela se remonta mucho más atrás de mediados del siglo XIX. Ya que el antecedente más próximo de la tutela —el amparo— señala hacia el Derecho romano, vale la pena explorar de qué manera nuestra acción de tutela está indirecta e inconscientemente enraizada en este Derecho.

La indagación del origen del término tutela en lenguaje ordinario provee dos pistas: la primera, su origen latino, y la segunda, su relación con una institución jurídica de cuidado de menores:

“Tutela (Del lat. *tutelae*). 1. f. *Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil.* 2. f. Cargo de tutor. 3. f. Dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra” (énfasis agregado)²⁵.

A su vez, la palabra latina *tutelae* significaba protección y provino del latín *tuere*, que quería decir proteger, ver por, velar por²⁶.

En el uso de metáforas por parte del Derecho, los juristas romanos emplearon el término *tutela* para describir la relación entre el sujeto que administraba el patrimonio de un menor impúber en ausencia de su padre (el tutor) y tal sujeto menor impúber (el pupilo). Tal término se tomó del lenguaje común para inscribirlo en el Derecho, toda vez que su significado, velar o ver por, coincidía para los romanos con la forma que debía tener la relación tutor/pupilo. Aparte de la relación de protección de un sujeto por parte de otro y, en particular, la de un individuo

²³ BREWER-CARIAS, ob. cit., p. 81.

²⁴ BURGOA, ob. cit., p. 131. Véase también Héctor FIX ZAMUDIO “A brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”, *California Western International Law Journal*, vol. 9 1979, p. 306. Según FIX ZAMUDIO, el nombre amparo se deriva de sus antecedentes en las provincias de Castilla y Aragón. Para una completa exploración de la relación entre el amparo colonial mexicano y el juicio de amparo contemporáneo véase Andrés LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1971. El autor es claro en señalar que lo que le llevó a trazar la comparación fue la similitud nominal entre los dos juicios de protección. Véase LIRA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 7.

²⁵ Real Academia Española, ob. cit. El mismo significado se encuentra en el diccionario de María Moliner: “Tutela: Del lat. *tutela* 1f. Función de tutor, relación del tutor con el pupilo. 2. Guía, protección o defensa ejercida por una persona con respecto a otra”. María MOLINER, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, 1998.

²⁶ Véanse A. ERNOUT y A. MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1932; *Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino*, Barcelona, Bibliograf editora de las publicaciones Spes y Vox, 1964; Vicente GARCÍA DE DIEGO, *Diccionario etimológico Español e Hispánico*, Madrid, S.a.e.t.a., 1954; Joan COROMINAS y José A. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, vol. 3, 1980.

incapaz jurídicamente por parte de uno con capacidad, no se encuentra otro origen de la palabra tutela.

Al hablar del origen de la figura en el Derecho romano no estoy alegando que lo que nos llegó de este Derecho es una muestra pura de tal regulación. Reconozco con MONATERI que lo que llamamos Derecho romano es un producto multicultural que bebió de las culturas africana, semítica y mediterránea²⁷. Igualmente, comparto con MONATERI el hecho de que el Derecho romano del que se impregna nuestra cultura jurídica no es una tradición continua de lo que siempre fue el Derecho romano. La versión que conocemos como Derecho romano llegó a Europa después de la sistematización y, por tanto, la desromanización de lo que había sido tal Derecho. MONATERI considera que el texto que nos llegó a través de la tradición europea se inspiraba en los sistemas de Derecho de Oriente y procuraba mejorar los límites del Derecho romano original. La redacción del principal de los códigos, paradójicamente, fue hecha por no romanos bajo el imperio del, tampoco romano, JUSTINIANO²⁸.

En palabras de MONATERI,

“[l]a cultura legal europea ha sido soportada sobre los códigos del Dominio, y fueron los juristas de este periodo los que realizaron las colecciones: los códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano, los cuales fueron las mayores fuentes del Derecho en la alta Edad Media en Europa occidental, y, principalmente, las codificaciones de JUSTINIANO, las cuales se convirtieron en el libro base de la academia del Derecho después del surgimiento de las universidades en el siglo XII”²⁹.

Es por esa versión modificada y unificada del Derecho romano por la cual estamos influenciados. Tal influencia, así sea de un Derecho romano mestizo, está presente. El anterior origen me lleva a explorar detalladamente los alcances de la institución de tutela en el Derecho romano. En este análisis haré especial énfasis en el estudio de la *actio tutelae* o acción de tutela del Derecho romano.

3. LA INSTITUCIÓN DE LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO

¿Qué caracterizaba la institución de la tutela en el Derecho romano tal como fue recibido en la Europa occidental de la Edad Media? Para responder este interrogante, de la definición de tutela y tutor pasaré a enumerar los deberes y derechos del tutor; luego, estudiaré las consecuencias del incumplimiento de tales deberes; finalmente, haré una aproximación a la posibilidad de control judicial de tal cumplimiento, en particular, a la posibilidad de hacerlo a través de la *actio tutelae* o acción de tutela.

²⁷ MONATERI, ob. cit., pp. 5, 18 y 19.

²⁸ Ibidem, p. 71.

²⁹ Cfr. MONATERI, ob. cit., p. 70, traducción de la autora.

3.1. Definición de tutela y tutor

PAULUS, en sus comentarios al libro trigésimo octavo de los *Edictos*, definió tutela como la fuerza y el poder sobre una persona libre otorgada y permitida por el Derecho civil para proteger a alguien quien debido a su (joven) edad es incapaz de autoprotección si se deja actuar por sí mismo³⁰. Simultáneamente, PAULUS definió al tutor como aquel que poseía fuerza y poder, derivando su nombre de su función. Por tanto, para PAULUS, éstos son llamados *tutores* sobre la base de que son “protectores” (*tutores*) y “defensores”, tal como la persona que cuida de los templos es llamada “guardián de templo”³¹.

3.2. Deberes del tutor – actuación en interés del pupilo

La noción de protección incluida en la definición de la tutela sugiere que la función del tutor estaba guiada por el bienestar del protegido. En efecto, existe evidencia de que en el Derecho romano el tutor tenía el deber de actuar teniendo en cuenta el beneficio o el interés del pupilo antes que el interés propio³². Este deber tenía tal importancia que era considerado como sagrado³³.

Para velar por el interés del pupilo, el Derecho romano le impuso amplias obligaciones al tutor. La obligación primaria era la administración de los bienes del pupilo³⁴. Si bien el tutor era considerado como el dueño de los bienes del pupilo, tal propiedad sólo se generaba bajo la condición de administración de los bienes en interés de éste. PAULUS, en sus comentarios al libro séptimo de Plautius, describía tal condición así: un tutor que administra una tutela debe ser considerado dueño de los bienes bajo guarda en tanto él vele por los intereses del pupilo. Concordantemente, JULIANUS, en sus comentarios al cuadragésimo cuarto libro del *Digesto*,

³⁰ *Digesto*, Libro 26. Título I. 1, tomado de *The Civil law, including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*. Cincinnati, Central Trust Co., trad. del original en latín Samuel Parsons Scott [1932], New York, AMS Press, 1973, vol. V, p. 51 [la presente traducción al español en el cuerpo del artículo es hecha por la autora tomando como fuente la traducción del latín al Inglés].

³¹ *Digesto*, Libro 26. Título 1. (1) pr-1, tomado de *The Civil law, ...*, ob. cit., p. 51 [la traducción al español en el cuerpo del artículo es hecha por la autora tomando como fuente la traducción del latín al Inglés]. Sin embargo, BORKOWSKI y DU PLESSIS consideran que la definición de PAULUS no es precisa, puesto que más que actuar en interés del impúber, el tutor debía hacerlo en interés del patrimonio que estaba bajo su cuidado para que posibles herederos no sufrieran detrimento. Tal posición fue cambiando hasta que en la República tardía se entendía que el tutor actuaba en interés del pupilo. Véase Andrew BORKOWSKI y Paul DU PLESSIS, *Textbook on Roman Law*, 3 edición, New York, Oxford University Press, 2005, p. 139. De cualquier manera, al trazar el paralelo entre la tutela de Derecho privado y la que sostengo que se presenta en el Derecho público, el tutor-Estado tendría el deber de velar por el patrimonio para bien de generaciones presentes o futuras, no para su propio provecho.

³² Alan WATSON, *The Law of Persons in the Latter Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 103 a 105 y 131. WATSON deja en claro que el cumplimiento de este deber no implicaba una consecuente *potestas* sobre la persona del pupilo como aquella que tenía el *pater familias* (p. 109). Por tanto, la facultad otorgada al tutor no podía ser utilizada en detrimento del pupilo. Ver también Antonio BUTI, “The Early History of the Law of Guardianship of Children from Rome to the Tenures Abolition Act 1660”, *University of Sydney Law Review*, v. 5 (2003), en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWSLRev/2003/5.html#Footnote27>, pie de página 27 [Fecha de consulta: 7 de junio de 2008].

³³ WATSON, ob. cit., p. 104.

³⁴ BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., pp. 142 y 143.

señaló que el tutor era considerado el dueño cuando administraba la tutela, no cuando robaba al pupilo³⁵.

En su labor de administración, al tutor le correspondía manejar los bienes del pupilo realizando las ventas y compras que fueran necesarias para el mantenimiento de éstos³⁶. No obstante, también le correspondía velar por el bienestar personal del pupilo³⁷. Por ejemplo, en virtud de la administración de los bienes del pupilo, el tutor terminaba velando por la educación de aquél. Así las cosas, el tutor, como parte de la administración de los bienes, pagaba los maestros³⁸.

Además, era deber del tutor realizar un inventario al inicio de su labor. En caso de que tal inventario no fuera hecho, se presumía la actuación fraudulenta del tutor. Simultáneamente a la realización del inventario, se le exigía expresar promesa formal de buen cuidado de los bienes³⁹.

3.3. Parámetros de responsabilidad del tutor

A pesar de que el tutor se entendía como propietario de los bienes del impúber, tal propiedad, más que beneficios, conllevaba cargas. En efecto, el fraude o la falta de debido cuidado en la administración de los bienes podían acarrear responsabilidad patrimonial⁴⁰. La naturaleza de la obligación del tutor era tan delicada que a pesar de que en un comienzo este sólo respondía por el daño causado dolosamente, al final del periodo clásico su responsabilidad se extendió al daño culposo⁴¹. Por daño culposo se entendía el derivado del incumplimiento de uno de sus deberes de cuidado⁴². Por ejemplo, la administración diligente del patrimonio del pupilo

³⁵ *Digesto*, Libro XLI, Título IV, 7, (3), "Julianus on the Digest, Book XLIV: If a guardian should steal the property of his ward and sell it, usucaption will not take place before it has been again placed under the control of the ward; for the guardian is only considered to occupy the place of the owner with reference to the property of his ward when he is administering the affairs of the guardianship, and not when he is despoiling his ward", en *The Civil law, including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*, ob. cit., vol. IX, p. 218 [el comentario en el cuerpo del artículo está basado en la traducción del inglés al español del presente pie de página realizada por la autora].

³⁶ BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., p. 143.

³⁷ *Ibidem*, p. 142. BORKOWSKI y DU PLESSIS reconocen esto, pero insisten en que la principal obligación era la administración y protección de los bienes. Véase también Bruce W. FRIER y Thomas A. J. MCGINN, *A Casebook on Roman Family Law*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 424.

³⁸ PAULUS, en el trigésimo octavo libro del *Edicto*, señaló que toda vez que el tutor está encargado no sólo de la propiedad sino también de la formación del carácter del pupilo, él determinará la cuota que se deberá pagar a los profesores, no siendo ésta la más barata sino una acorde con los recursos y el rango de la familia del menor. Citado por FRIER y MCGINN, ob. cit., p. 432. Para FRIER y MCGINN, toda vez que el tutor controlaba los recursos del pupilo, aquél tenía autoridad discrecional para determinar el día a día del mismo (p. 432). Véase también BUTI, ob. cit., pie de página 9.

³⁹ Según ULPIANO, en sus comentarios al trigésimo quinto libro del *Edicto*, se consideraba que un tutor había actuado fraudulentamente si no había hecho inventario al menos que una razón legal pudiera ser alegada: "Ulpianus, On the Edict, Book XXXV. The guardian who does not make out a schedule of the property, commonly called an inventory, is considered to have acted fraudulently, unless some necessary and just cause can be alleged for his not doing so", tomado de *The Civil law, ...*, ob. cit., vol. VI, p. 83 [la traducción a pie de página del texto en inglés es realizada por la autora].

⁴⁰ FRIER y MCGINN, ob. cit., p. 424.

⁴¹ WATSON, ob. cit., pp. 142 a 144. Véase igualmente Geoffrey MACCORMACK, "The Liability of the Tutor in Classical Roman Law", *The Irish Jurist*, 5, 1970, pp. 370, 373, 379 y 383.

⁴² MACCORMACK, ob. cit., pp. 370, 371 y 376.

era uno de los deberes del tutor. Así, la falta de diligencia como falta a un deber constituía culpa, a pesar de que no toda culpa provenía de la falta de diligencia⁴³. Varias metáforas fueron utilizadas para referirse al tipo de cuidado que se esperaba del tutor. Se le pidió al tutor, entre otros parámetros, actuar como lo haría un romano cuidadoso⁴⁴. Se llegó a exigir que el tutor empleara en la administración el cuidado que tendría en la gestión de sus propios asuntos⁴⁵. Igualmente, se requirió que el tutor empleara en la administración el cuidado que tendría un buen padre de familia⁴⁶.

3. 4. Mecanismos judiciales para exigir el cumplimiento de deberes del tutor: acción de tutela, acción de remoción y acción de apropiación indebida

En Roma, la *actio tutelae* era el procedimiento más amplio y flexible para demandar a un tutor. A través de ésta, el ex pupilo podía pedir al ex tutor una rendición total de cuentas⁴⁷. De encontrarse responsable, el tutor podía llegar a responder con su propio peculio y esta deuda tenía prioridad crediticia sobre cualquier otra⁴⁸. La acción de tutela se podía presentar en virtud de la administración fraudulenta o negligente de los bienes. En el Imperio temprano, tal acción llegó a cubrir todo tipo de negligencia, incluyendo tanto los actos como las omisiones del tutor en el ejercicio de su cargo⁴⁹.

⁴³ *Ibidem*, p. 382.

⁴⁴ FRIER y MCGINN, ob. cit., p. 435.

⁴⁵ Según ULPIANO, en sus comentarios al Trigésimo Sexto libro del *Edicto*, el tutor es llamado a responder por todo lo hecho que no debió haber hecho y por todo aquello que dejó de hacer, respondiendo por fraude, negligencia y un estándar de cuidado que mostraría en el manejo de sus propios asuntos. *Digesto*, libro 27. Título, 3. 1 pr. "Ulpianus, On the Edict, Book XXXVI. In [the action to compel an accounting for guardianship, and the equitable action based on curatorship] a guardian must render an account of everything that he did, of every act which he should not have committed, as well as of those which he failed to perform; and he shall be responsible for malice, negligence, and a lack of such diligence as he would employ in his own affairs"; tomado de S. P. SCOTT (trad.), *The Civil law*, ..., ob. cit., vol. 6, p. 145. Véase también FRIER y MCGINN, ob. cit., p. 435.

⁴⁶ Véase BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., p. 143, citando a Callistratus, revisiones judiciales, libro 4. Estos autores sugieren que el estándar de cuidado de un buen padre de familia se requería únicamente frente al manejo de los bienes, y un estándar menos estricto para los demás tipos de administración (p. 143). McCORMACK reconoce que se presenta una dificultad en la yuxtaposición de dos parámetros para determinar la responsabilidad: culpa en el sentido de falta de cuidado de un buen padre de familia y diligencia en el sentido del requerimiento del mismo grado de cuidado que una persona tendría sobre el manejo de sus propios asuntos. Véase McCORMACK, ob. cit., p. 376.

⁴⁷ FRIER y MCGINN, ob. cit., pp. 435, 436.

⁴⁸ BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., p. 145. Por su parte, en caso de haber sido demandado en acción de tutela, el tutor llegó a tener la *actio tutelae* contraria para recobrar los gastos razonables en los que había incurrido en la administración de los bienes. *Ibidem*, p. 145.

⁴⁹ Según ULPIANO, en sus comentarios al trigésimo sexto libro del *Edicto*, es parte del deber del tutor llevar cuenta de sus acciones y rendir cuenta a su pupilo; si, por el otro lado, él no ha hecho esto o si no revela lo que ha hecho, será responsable a través de la acción tutela. D.27.3.1.3. "It is part of the tutor's duty to compile an account of his actions and render it to his pupillus; if, on the other hand, he has not done this or if he does not reveal what has been done, he will be liable for it in the action on tutelage". Tomado de Alan WATSON (editor of English Translation), *The Digest of Justinian / Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger*; Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, vol. II, p. 796 [traducción del texto de inglés al español realizada por la autora]. Véase también Setephanus JUNIUS BRUTUS, the Celt, *Vindiciae, contra Tyrannos; or concerning the legitimate power of a prince over the people and of the people over a prince*, trad. por George GARNETT (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. Lxxvii (Para la autoría del libro se usa un seudónimo. No es claro quién es el autor del mencionado libro. Por tanto, para futuras referencias lo mencionaré como Vindiciae).

Además, en caso de que el tutor fuera condenado en la acción de tutela, junto con las consecuencias pecuniarias se le atribuía infamia. Esto implicaba para el tutor una pérdida formal de la estima pública⁵⁰.

La acción de tutela era calificada como *bona fidei actio*⁵¹. Las *bona fidei actio* se caracterizaban por permitir como excepción el haber actuado “*ex fide bona*” y no ser aplicable la *exceptio doli*⁵². En este orden de ideas, en caso de que el tutor hubiese realizado un contrato perjudicial, a través de la *actio tutelae* se le podía hacer responsable. Sin embargo, si se demostraba haber actuado de buena fe, sólo era responsable por culpa grave⁵³.

La acción de tutela, no obstante sus amplias garantías para el accionante, era un medio de defensa con restricciones procesales. Ésta sólo podía ser presentada por el pupilo cuando éste, dada la superación de su edad impúber, dejaba de estar bajo tutela. Es decir, el ex-pupilo únicamente podía pedir rendición de cuentas al tutor cuando su labor de administración había terminado⁵⁴.

Antes de poder presentar acción de tutela, el medio judicial para controlar al tutor era la acción de remoción. Durante la existencia de la relación de tutela cualquier

⁵⁰ Véase Vindiciae p. 1xxvii. Tal era la exigencia al tutor que respondía por el buen manejo de los asuntos del pupilo, aun si el error se debía al acatamiento de una instrucción de la madre del impúber. Incluso llegó a existir un delito relacionado con el ejercicio de la tutela no digno de confianza (crimen *suspecti tutoris*). Véase Janfe F. GARDNER, *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 251.

⁵¹ WATSON, ob. cit., p. 140. WATSON sostiene que la *actio tutelae* fue la primera *bona fidei actio*.

⁵² Leopold WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trad. de Otis Harrison Fisk, Littleton, Colorado, Fred B. Rothman & Co, 1986, p. 167. Según PAULUS, en sus comentarios al trigésimo octavo libro del Edicto, las actuaciones del tutor hechas de buena fe se consideraban válidas y, por tanto, un pupilo no podía reivindicar propiedad vendida legalmente por un tutor: D.26.7.12.1, “1. What is done in good faith by a tutor is ratified [...] and therefore a *pupillus* cannot vindicate property lawfully sold off by a tutor”; tomado de Alan WATSON (editor of English Translation), *The Digest of Justinian / Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger*, ob. cit., p. 763 [traducción del texto de inglés al español realizada por la autora].

⁵³ De acuerdo con ULPIANO, en el trigésimo quinto libro de los *Edictos*, los tutores podían ser demandados a través de la acción de tutela si hacían un mal contrato [...] Pero si no se trataba de una actuación guiada por la avaricia sino por la buena fe, sólo sería responsable por la culpa lata: D.26.7.7 pr 2-3: “An action on tutelage against the tutors will be appropriate, if they have made a bad contract, that is, if through meanness or favor they have purchased estates which are unsuitable. Then, what if, acting neither meanly nor out of favor, they have still picked a bad bargain? Anyone is right in saying that they ought in this case to answer to a charge of negligence alone”; tomado de WATSON (Editor of English Translation), *The Digest of Justinian / Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger*, ob. cit., vol. II, p. 761 [traducción del texto de inglés al español realizada por la autora].

⁵⁴ GARDNER, ob. cit., p. 250. Véase también BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., p. 145. Igualmente, William TURPIN, “Formula, Cognition, and Proceedings Extra Ordinem”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* (3 series), 46, 1999, p. 512. TURPIN cita el siguiente pasaje de PAULUS que refuerza la idea de la presentación de la acción de tutela únicamente al cumplir el pupilo la mayoría de edad: *Dig. 27.3.4 pr. (Paul): nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest*, p. 512, pie de página 25. Además, véase Hannah COTTON, “The Guardianship of Jesus Son of Babatha: Roman and Local Law in the Province of Arabia”, *The Journal of Roman Studies*, vol. 83, 1993, p. 105, pie de página 133. La autora refuta la posibilidad de una acción de tutela *durante tutela*. William SMITH, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875, en http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Tutor.html [Fecha de consulta: 7 de junio de 2008]. Obsérvese, sin embargo, que algunos autores de Derecho romano no especifican que la *actio tutelae* sólo se pudiera presentar una vez terminada la tutela. Por ejemplo, FRIER y MCGINN señalan que en caso de indebida apropiación de los bienes por parte del tutor, el pupilo podía demandar al tutor a través de la acción en mención. FRIER y MCGINN, ob. cit., p. 429 y 434 a 436. En el mismo sentido, véase MACCORMACK, ob. cit., p. 373. Sin embargo, de la falta de especificación no se puede deducir que éstos consideren que la presentación de la tutela se pudiera dar durante el ejercicio de esta relación.

persona, a excepción del pupilo, podía presentar acción de remoción. Esta acción podía ser presentada por negligencia en la administración de los bienes del pupilo⁵⁵. Bajo la Ley de las Doce Tablas, una vez terminada la relación de tutela, el ex pupilo podía presentar acción de apropiación indebida (robo), en caso de que el tutor se hubiese apropiado de sus bienes. Esta acción se podía presentar de manera paralela a la acción de tutela, toda vez que su objeto era diferente⁵⁶.

Por último, si bien la acción de tutela era el medio por excelencia para que el ex pupilo pidiera rendición de cuentas al tutor, los jueces podían pedirla de oficio para verificar la gestión de los bienes del pupilo. Tal circunstancia se presentó en virtud del involucramiento de los pretores y magistrados en el nombramiento de tutela dativa cuando el impúber carecía de tutela testamentaria. En los casos de nombramiento judicial, el magistrado podía supervisar la ejecución de la labor del tutor. Esta vigilancia redundaba en beneficio del pupilo⁵⁷.

4. CONSECUENCIAS DE CENTRAR NUESTRO CONSTITUCIONALISMO EN LA ACCIÓN DE TUTELA: ESTADO ES A INDIVIDUO COMO TUTOR A PUPILO

Como expuse con anterioridad, no hay un antecedente lingüístico de la expresión acción de tutela diferente a aquel del Derecho romano tal como fue recibido en la Edad Media. Con tal afirmación no quiero decir que todo nuestro Derecho está centrado u originado en el romano. Respetando lo expuesto por MONATERI, tampoco intento sostener que el hecho de que algunas de nuestras instituciones jurídicas estén basadas en el Derecho romano le da un carácter superior a nuestro Derecho. Tampoco que el Derecho romano como origen sea un factor cohesivo de una cultura jurídica aria superior a otras tradiciones jurídicas⁵⁸. Tan sólo intento sostener que es en este Derecho donde se puede encontrar una expresión altamente semejante en términos lingüísticos.

⁵⁵ BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., p. 144.

⁵⁶ Ibidem, p. 145.

⁵⁷ Ibidem, p. 140 a 141.

⁵⁸ Considero pertinente tal explicación, pues MONATERI, en su texto *Black Gaius*, sostiene que las genealogías de nuestras figuras de Derecho se hacen con el fin de definir otras culturas diferentes a las nuestras como "las otras". MONATERI, ob. cit., p. 3. Para el autor, las genealogías, incluida la de nuestro Derecho en el Derecho romano, tienen como fin negar la existencia de vínculos con culturas con las cuales no queremos estar en deuda, ibidem, p. 28. Además, MONATERI considera que el proyecto de trazar los orígenes del Derecho es un medio de justificación retroactiva de la supuesta superioridad del Derecho occidental moderno, ibidem, p. 6. En resumen, MONATERI argumenta que quienes ligan el origen histórico de nuestro Derecho con el Derecho romano basan la narrativa en las siguientes premisas: 1. El Derecho romano es el mejor desarrollado y más sofisticado sistema del mundo antiguo. 2. El Derecho romano es la raíz del sistema jurídico occidental y es lo que lo caracteriza como occidental. 3. El Derecho romano tiene la capacidad de renovarse, ibidem, p. 10 [traducción de la autora]. Respeto lo sostenido por MONATERI. No obstante, aclaro que mi intención al trazar el origen de la expresión tutela no es justificar la bondad ni del Derecho romano ni, en consecuencia, la de nuestro Derecho. Mi ánimo es principalmente descriptivo, más precisamente, lingüístico descriptivo. Las palabras que utilizamos determinan el mundo que creamos. Mi intención no es legitimar nuestra cultura al determinar su procedencia. Mi intención se asemeja más a la de un psicoanalista que busca develar lo inconsciente, independientemente de que al encontrar eso que nos determina su apariencia sea bella o no.

Teniendo en cuenta la anterior aclaración, y atendiendo a la importancia de las metáforas, analizaré las consecuencias del haber tomado la figura de la tutela para nuestro Derecho público. En el Derecho romano, tal como fue recibido en el medioevo, la *acción de tutela* se podía presentar únicamente en el contexto de una relación de tutela entre tutor y pupilo. Si bien no se encuentra evidencia en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de una justificación o un debate sobre la elección terminológica, el constituyente del 91 escogió la expresión *acción de tutela* para referirse al principal mecanismo del individuo para exigir la protección de sus derechos fundamentales al Estado⁵⁹. Además del origen de la expresión acción de tutela en el Derecho romano, la forma en que se describe al demandante en el artículo 86 de la Constitución nos genera la imagen de un sujeto que, al igual que el impúber romano, requiere de la especial protección o *tutela* del Estado.

Al hablar de la tutela contra particulares, el constituyente quiso exigir que el demandante de tutela se encontrara en posición semejante a aquella en la cual el constituyente concibió al individuo frente al Estado. Es por esto que se requirió que el individuo se encontrara en estado de subordinación o indefensión. Al igual que el pupilo estaba subordinado a lo que dispusiera el tutor, y simultáneamente indefenso frente a lo que éste ordenara, el constituyente de 1991 imaginó, conscientemente o no, que el individuo está subordinado a lo que determine el Estado y, al mismo tiempo, vulnerable frente a su querer⁶⁰.

Si el paralelo individuo-pupilo, tutor-Estado es plausible, al Estado le corresponderían las mismas obligaciones que al tutor frente a su pupilo. Es decir, cuidar con exquisita prudencia de los bienes bajo su administración. En este caso, pienso, no sólo se trataría de bienes materiales provenientes de los impuestos, sino de la guarda de los derechos fundamentales que radicaría en cabeza del Estado⁶¹. El tutor no tiene razón de ser más que por el cuidado de los bienes del pupilo. Asimismo, el Estado se justifica únicamente en la medida en que prodigue guarda de los bienes materiales e inmateriales que el individuo le da a cuidar. Además,

⁵⁹ En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se utilizan de manera alternada las expresiones acción de amparo y acción de tutela. Se opta por la expresión tutela, pero no se discute si al llamársele tutela se quería hacer una conexión expresa con los alcances de tal figura en el Derecho romano. No obstante, el hecho de que la selección no haya sido expresa, siguiendo la teoría cognitiva, no le resta implicaciones metafóricas a la elección lingüística.

⁶⁰ Se podría argumentar que si bien el constituyente pensó en la acción de tutela como mecanismo que en efecto envuelve especial protección y cuidado del Estado frente al individuo y sus derechos fundamentales, aquel no quiso crear una relación con las guardas del código civil y, por tanto, con la incapacidad del individuo. Si bien se puede afirmar que tal relación no se estableció de manera consciente y expresa, puesto que no hay constancia alguna en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, un análisis del sujeto pasivo del cuidado o tutela nos lleva a concluir lo contrario. En efecto, si el individuo está en plena capacidad de defender sus derechos, no habría ninguna razón para otorgar una protección judicial especial para tales fines. La especial protección tiene, por tanto, como objetivo tácito e ineludible la guarda de quien, por sus propios medios, no puede cuidar de sus derechos.

⁶¹ Evan FOX-DECENT, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de McGill, ha desarrollado un paralelo entre Estado como *trustee* e individuo como *beneficiary* a la luz de la figura de la fiducia del *common law*. Esta figura guarda altas semejanzas con la relación de tutela entre Estado e individuo a pesar de que se ubica dentro del *common law*. Para el desarrollo teórico que presento en este trabajo me inspiré en la lectura del trabajo del profesor FOX-DECENT. EVAN FOX-DECENT, "The Fiduciary Nature of State Legal Authority", *Queen's Law Journal*, 31, 2005, y del mismo autor, *The Fiduciary Theory of the State* (en prensa).

así como era posible en el Derecho romano remover a un tutor de la guarda por incumplimiento de su deber, *mutatis mutandis*, se puede pensar que es posible cuestionar la legitimidad de un Estado que es negligente en la administración de los bienes de los ciudadanos.

A pesar de que el término exacto acción de tutela o *actio tutelae* no fue apropiado por nuestro Derecho, el Código Civil colombiano conservó casi intacta la figura de la tutela de impúberes, con sus respectivos sujetos: tutor y pupilo, pero varió la terminología para referirse al medio judicial para exigir rendición de cuentas. Quizá por eso la semejanza tan evidente entre el Derecho romano (personas) y nuestro Derecho constitucional se ha tornado invisible a nuestros ojos.

Para detallar más cuáles serían las obligaciones del Estado como tutor, utilizaré las disposiciones referentes a la tutela que nuestro Código Civil tuvo hasta la Ley 1306 de 2009, momento en el cual éstas fueron derogadas sin que haya sido precisado hasta el momento cuáles son las reglas que regularán una eventual administración de bienes del menor carente de patria potestad.

La tutela es un cargo impuesto a favor del pupilo / individuo a quien se le administran los bienes⁶². El tutor / Estado debe inventariar los bienes del pupilo / individuo después de autorizado el ejercicio de su cargo⁶³. El tutor / Estado representa o autoriza al pupilo / individuo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan llegar a menoscabar sus derechos⁶⁴. No obstante la necesidad de autorización por parte del tutor / Estado, la función de tal autorización es velar por el bienestar del pupilo / individuo.

Además, el tutor / Estado administra los bienes del pupilo / individuo y se obliga a conservarlos, repararlos y cultivarlos. Tal responsabilidad se extiende a la culpa leve⁶⁵. El tutor / Estado debe velar por realizar la mejor inversión de los bienes del pupilo / individuo. De faltar a esta obligación se responde por lucro cesante⁶⁶. Igualmente, el tutor / Estado debe llevar cuenta fiel y exacta, y exhibirla al término de su labor de administración. El tutor / Estado debe restituir los bienes a su dueño / individuo al término de su labor⁶⁷. El tutor / Estado está obligado a la entrega pronta de los bienes a la terminación de su cargo⁶⁸.

El tutor / Estado debe exhibir cuentas de su labor durante el ejercicio de la administración cuando el juez lo requiera bien de oficio o a solicitud de otro tutor / miembro de gobierno o un consanguíneo del pupilo⁶⁹. Si bien el tutor / Estado no

⁶² Antigo art. 428 de Código Civil (CC).

⁶³ Antigo art. 468 CC, en concordancia con el art. 463 CC.

⁶⁴ Antigo art. 480 CC.

⁶⁵ Antigo art. 481 CC.

⁶⁶ Antigo art. 495 CC.

⁶⁷ Antigo art. 504 CC.

⁶⁸ Antigo art. 506 CC.

⁶⁹ Antigo art. 505 CC. En nuestro lenguaje jurídico no es usual hablar de *public accountability*, como sí lo es en el mundo anglosajón, porque no estamos acostumbrados a pensar que el Estado esté administrando bienes nuestros ni a sentirnos con derecho a pedirle cuentas al mismo. El Estado no debe ni llevar ni rendir cuentas.

tiene la obligación directa de velar por la educación del pupilo / individuo, debe cuidar que quienes la tienen la cumplan correctamente⁷⁰, y puede tomar de los bienes de éste para proveerle educación, en caso de que no se haya destinado un monto específico para tal función por testamento / presupuesto⁷¹.

Si el tutor / Estado es continuamente negligente en proveer la congrua sustentación y educación del pupilo / individuo, se podrá remover de la tutela⁷². Además, el tutor / Estado podrá ser removido por incapacidad, por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, por ineptitud manifiesta, o por actos repetidos de administración descuidada⁷³.

Por último, una vez habilitado de edad, el pupilo / individuo tiene posibilidad de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio generado por no haber recibido verdadera cuenta de la administración de bienes por parte del tutor / Estado o por dolo o culpa grave en la administración de los bienes. Por tal cuantía se condenará al tutor / Estado⁷⁴.

5. AMPARO MEXICANO: ORIGEN EN LA REGULACIÓN DE PERSONAS INCAPACES JURÍDICAS DEL DERECHO ROMANO

La conexión de nuestro mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales con el Derecho romano no es fortuita. En México, país en cuya acción de amparo se inspiró Colombia para la instauración de su acción de tutela⁷⁵, se puede trazar un vínculo entre el amparo contemporáneo y la protección de incapaces jurídicos en el Derecho romano. Varios autores de la doctrina constitucional mexicana reconocen la influencia en la creación del recurso de amparo por parte de alguna de las instituciones de protección a los indígenas en la época de la Colonia⁷⁶. A su vez, esta protección especial indígena fue construida con fundamento en la figura de protección de los incapaces en el Derecho romano. En el presente aparte ampliaré las anteriores afirmaciones.

Ignacio BURGOS, al trazar los antecedentes del amparo mexicano, menciona que en la *Recopilación de Leyes de Indias* estaban incluidas diversas regulaciones en las que se observaba una tendencia a amparar a la población indígena contra arbitrariedades y abusos de los españoles, criollos y mestizos. Acto seguido, BURGOS reconoce que la legislación de Indias fue claramente protectora de los indios. En

Por tanto, no es *accountable*. La analogía Estado-tutor, individuo-pupilo crea la posibilidad conceptual de que los individuos se sientan en posición de pedir rendición de cuentas al Estado.

⁷⁰ Antiguo art. 518 CC.

⁷¹ Antiguos arts. 520 y 521 CC.

⁷² Antiguo art. 523 CC.

⁷³ Antiguo art. 627 CC.

⁷⁴ Antiguo art 512 CC, en concordancia con el art. 511 CC, en lo referente a la necesidad de habilitación de edad del pupilo para jurar la cuantía del perjuicio.

⁷⁵ BREWER-CARIAS, ob. cit., p. 81.

⁷⁶ BURGOA, ob. cit., p. 131. Véase también FIX ZAMUDIO, ob. cit., p. 306; LIRA GONZÁLEZ es claro en señalar que lo que lo llevó a trazar la comparación fue la similitud nominal entre los dos juicios de protección; LIRA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 7.

este tono tutelar se pensó en el indígena como sujeto a un régimen de “*capitis deminutio*” limitante de su capacidad jurídica. Para terminar, el autor afirma que debido este tratamiento se generó “una especie de psicosis de inferioridad en la población indígena”, no obstante su protección jurídica⁷⁷. Esta percepción de la legislación indiana como aquella que simultáneamente consideraba al indígena como merecedor de una protección especial y privilegio y como menor incapaz de protegerse jurídicamente es compartida por CASTAÑEDA DELGADO⁷⁸. Para este autor, los indios clasificaban como personas miserables que necesitaban del amparo público, pues, por su condición de miserables, no estaban en capacidad de defenderse de los desafueros⁷⁹. De la misma manera, LIRA GONZÁLEZ reconoce que el libro VI de la recopilación de las Leyes de Indias tiene un carácter eminentemente proteccionista, y en este espacio el rey es considerado como “señor natural” de los indios dado el carácter de neófito cristianos de estos últimos, en virtud del cual, los indios necesitaban de protección especial⁸⁰. LIRA GONZÁLEZ acepta, simultáneamente, que los indígenas eran considerados “personas miserables” necesitadas de especial amparo⁸¹.

El trato especial dado a los indígenas se inspiró en una asimilación que se dio de éstos con las *miserabiles personae* o incapaces jurídicos en el Derecho romano⁸². Francisco CUENA BOY sostiene que las XII Partidas se inspiraron en la constitución de Constantino relativa a la intervención del emperador en las causas relativas a pupilos, viudas u otras personas miserables para regular el trato a viudas, huérfanos o personas discapacitadas debido a su enfermedad. De acuerdo con el aparte de las constituciones constantinas en cuestión:

“Imp. Constantinus A. ad Andronicum: Si contra pupillos viudas vel diutino morbo fatigatos et débiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostorum iudicum compellantur comitatu nostro sui copiam facere. Quin immo intraprovinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excederé. 1. Quod si pupilli vel viduae aliique fortunae iniuria **miserabilis** iudicium nostrae serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere [a. 334]⁸³”

Esta norma inspiró una ley de las XII Partidas según la cual:

“Muevense a las vegadas maliciosamente omes ya a ganar cartas contra los huérfanos, e las viudas, o los omes muy viejos, o cuitados de grandes enfermedades, o de muy gran pobreza para aduzir los a pleito ante el Rey, o ante los adelantados, o ante

⁷⁷ BURGOA, ob. cit., pp. 92-93.

⁷⁸ Paulino CASTAÑEDA DELGADO, “La condición miserable del indio y sus privilegios”, *Anuario de estudios americanos*, 28, 1971, p. 263.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 273.

⁸⁰ LIRA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 16

⁸¹ *Ibidem*, pp. 112-113 y 129.

⁸² En el mismo sentido, véase CASTAÑEDA, ob. cit., p. 245.

⁸³ Ley única del título *Quando Imperator inter pupillos vel viduas vel miserabiles personas cognoscat et ne exhibeauntur*. CJ. 3,14,1=CTh. 1,22,2=Brev. Citada por Francisco CUENA BOY, “Utilización pragmática del Derecho romano en dos memoriales indianos del siglo XVII sobre el protector de indios”, en *A L'Europe du Troisième Milénaire: mélanges offerts a Giuseppe Gandolfi*, Troisième Volume, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, p. 1284.

otros jueces que non son moradores en la tierra do viven estos sobredichos contra quien las ganan. E porque est non tenemos por guisada cosa, nin por derecha: mandamos que la carta que fuere ganada contra qualquiera destos sobre dichos, o contra otra persona semejante dellos de quien ome deviesse aver merced, o piedad por razon de la mezquindad, o *miseria* en que vive que non vala, nin sea tenuto de yr a responderle por ella a ninguna parte: si non ante aquel juez de su lugar do bive. Mas las otras cartas que qualquier destas personas cuitadas contra otri ganasse para aduzir lo ante el Rey, o ante otro juez que le otorgasse que lo oyesse, e le fiziesse aver derecho mandamos que vala⁸⁴”.

CUENA BOY relaciona el estatus de miserable con la incapacidad jurídica al señalar que miserable es aquel que amerita conmiseración. Dentro del tipo de personas que ameritaban conmiseración se incluyeron sujetos heterogéneos como viudas, huérfanos y paupérrimos. Así, los miserables tenían en común el no poder valerse por sí mismos y, por ende, necesitar protección jurídica especial⁸⁵.

Pero la especial protección jurídica no buscaba habilitarlos. El estado de miserable le era inherente a la persona y lo que se buscaba era ampararle en tal condición⁸⁶. De esta forma, en el caso de los indios, la tendencia protectora sumió a los nativos en una situación de desigualdad, dependencia y subordinación⁸⁷. Los indios eran endémicamente considerados como “menores necesitados de tutela”⁸⁸. Señala Bartolomé CLAVERO que el estatus otorgado al indígena en la Colonia era el de rústico, personal miserable y menor⁸⁹. Al ser rústico, el indígena no participaba de la cultura letrada. El indígena, al ser considerado como miserable y no valerse socialmente por sí mismo, necesitaba de un amparo especial. El estatus de miserable se traducía en una protección especial al indígena, pero esta protección especial, a su vez, discapacitaba. En palabras de CLAVERO:

“había una discapacitación que no se traducía en abandono, sino en lo contrario, en el amparo, el cual le correspondía prestar a los misioneros de la religión y a los ministros de la justicia, al monarca entre éstos [...] Así, para los indígenas, un amparo se sumaba al abandono y ambas cosas, complementándose discapacitaban”⁹⁰.

La figura del amparo en la Colonia estaba acunada en una estructura donde hay un superior que protege y un inferior para ser protegido. Es así como los reyes otorgaban “*emparementum*” a aquellos que se ponían bajo su cuidado⁹¹. Igualmente, se habla de un “amparo colonial” en el cual el virrey actuaba a favor de una

⁸⁴ Part. 3, 18, 41, citadas por Francisco CUENA BOY, ob. cit., p. 128 (énfasis agregado). CASTAÑEDA sostiene que los indígenas fueron tratados textualmente como miserables por primera vez en una ordenanza de Felipe II en 1563 y, posteriormente, en 1580; CASTAÑEDA, ob. cit., p. 265.

⁸⁵ En relación con la inspiración de compasión del miserable y la necesidad de especial protección judicial, véase CASTAÑEDA, ob. cit., p. 247.

⁸⁶ CUENA BOY, ob. cit., p. 1287.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1288.

⁸⁸ Cfr. *ibidem*, p. 1290. Véase CASTAÑEDA, ob. cit., p. 266. Sobre la perpetua incapacidad del indígena debido en parte a su protección especial, véase también Bartolomé CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Coyoacán, México, Siglo XXI Editores, 1994, pp. 15-16.

⁸⁹ CLAVERO, ob. cit., p. 13.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁹¹ BURGOA, ob. cit., at 94.

persona que estaba siendo amenazada por autoridades oficiales o por personas que tenían una posición dominante dentro de la sociedad colonial⁹². El virrey otorgaba la protección o “mandamiento de amparo” en representación del rey “como principal protector de sus súbditos y vasallos”⁹³, como “Amo y Señor Natural”⁹⁴. En esa medida, el protegido lo era en cuanto inferior o sujeto al rey.

En conexión directa con el estatus de menor del indígena, se consideraba que el Virrey debía ser como un padre para ellos. Es así como en la carta dirigida a un virrey entrante se dice:

“Para lo que principalmente su majestad nos envía acá es para lo tocante a los indios y a su amparo. Y ello es así que a esto debe acudir con más cuidado, como a parte más flaca, por que son los indios una gente tan miserable, que obliga a cualquier pecho Cristiano a condolerse mucho dellos. Y esto ha de hacer el virrey con más cuidado, usando con ellos oficio de propio padre”⁹⁵.

En concordancia con la actitud de cuidado del Virrey, para el amparo del indígena se crearon los protectorados⁹⁶. Al igual que la denominación de los indígenas como miserables, la regulación de tales protectorados estuvo influenciada por la cultura jurídica romana, a la cual acudían los juristas indios⁹⁷. Como ejemplo, CUENA BOY cita dos memoriales sobre el Protector de Indios, de 1626 y 1671. En tales memoriales el protector es visto como el tutor de los indios⁹⁸. Así, los indios necesitan de tutor, pues, así como los menores y las mujeres, tienen limitada capacidad de actuación jurídica⁹⁹. Para darle un mayor estatus al protector de indios y, con este nuevo estatus procurarles una mejor protección, se adujo que como JUSTINIANO había rechazado que un menor fuera nombrado tutor, así se debería rechazar tener protectores no capacitados¹⁰⁰. Y toda vez que los protectores no podían rechazar el nombramiento de tutor, como lo dijo Paulo al referirse al tutor¹⁰¹, el protector debía tener altas calidades. Igualmente, el protector como el tutor debía ser vecino y natural de las Indias¹⁰². Tal influencia del Derecho romano

⁹² A pesar de que LIRA GONZÁLEZ reconoce que los indígenas, individualmente y en cuanto a comunidad, eran los principales peticionarios del amparo colonial, el autor también acepta que los protegidos no fueron siempre indígenas. LIRA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 38-45.

⁹³ Ibidem, pp. 7 y 22. Véase también P. E. B. COY, “Justice for the Indian in Eighteenth Century Mexico”, *Am. J. Legal Hist.* 12, 1968, p. 45. COY reconoce que la figura de protección judicial de los indígenas en el siglo XVIII en México, denominada Amparo de los naturales estaba revestida de fuertes vestigios medioevales.

⁹⁴ LIRA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 16.

⁹⁵ Colección de Documentos Inéditos... Sacados de los archivos del reino muy especialmente de las Indias, tomo XLI, Madrid, Imprenta Manuel G. Hernández, 1884, p. 482, citado por LIRA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 121.

⁹⁶ Sobre protectorados y corregimientos indígenas como instituciones de tutela de los indígenas, véase CASTAÑEDA, ob. cit., pp. 277-278.

⁹⁷ CUENA BOY deja en claro que al hablar de Derecho romano es necesario reconocer que ya no se trata de la experiencia jurídica romana, sino de una nueva experiencia jurídica que se construye por medio de una utilización del Derecho romano, sus textos y doctrinas a la luz de situaciones nuevas en el Nuevo Mundo; CUENA BOY, ob. cit., p. 1307.

⁹⁸ Ibidem, pp. 1306-1309.

⁹⁹ Ibidem, p. 1310.

¹⁰⁰ DE LA RYNAGA SALAZAR, Memorial, Fol. 6 verso, y del Campo de la Rynaga, Memorial, fol. 6 verso nt. 39, citando al Corpus Juris 5, 30, 5, 1, Imp. Iustinianus (529), citados por CUENA BOY, ob. cit., p. 1311.

¹⁰¹ *De tutelis*, D. 26, 1,1,1, Paul. 38 ad ed.; cfr. DE LA RYNAGA SALAZAR, Memorial, fol. 6 retro nt. 4; DEL CAMPO Y DE LA RYNAGA, Memorial, fol. 6 retro nt., citados por CUENA BOY, ob. cit., pp. 1311 y 1312.

¹⁰² CUENA BOY, ob. cit., p. 1313.

en la legislación de Indias no sorprende si se tiene en cuenta que el Derecho de Indias estaba influenciado por el Derecho español que a su vez había incluido el estudio del Derecho romano en las universidades durante los siglos XVI y XVII¹⁰³. No sólo en México, sino también en Perú, se dio el tratamiento a los indígenas como miserables dignos de una protección jurídica especial. En “Privilegios que son concedidos a los Indios del Perú por los Reies de Castilla y de Leon”, capítulo de privilegios judiciales, se ve cómo, por ejemplo, las causas judiciales de los indios debían ser estudiadas prioritariamente, despachadas breve y sumariamente, y el acceso a la justicia por parte de los indígenas debería ser gratuito¹⁰⁴.

Al heredar el amparo mexicano que a su vez se inspiró en el amparo colonial y su protección de los indígenas como sujetos sin plena capacidad jurídica, Colombia heredó también los límites y las posibilidades que el mecanismo mexicano acarrea para la relación ciudadano-Estado.

6. MONARCÓMANOS, DERECHO PRIVADO ROMANO Y TEORÍA DEL DOMINIO COMO SUSTENTO DE LA SOBERANÍA POPULAR

El uso de figuras metafóricas del Derecho romano no es exclusivo de México ni de nuestro país. El politólogo DANIEL LEE nos ayuda a llenar el vacío entre épocas remotas y el presente¹⁰⁵. En Francia, a finales del siglo XVI, los monarcómanos invocaron la teoría romana del dominio para alegar la existencia de soberanía popular y la inexistencia de un dominio real. El dominio (del latín *dominium*) implicaba la capacidad absoluta sobre la disposición de un bien. Para los monarcómanos, el dominio sobre bienes públicos lo detentaba el pueblo como persona jurídica colectiva. El pueblo es, por tanto, asimilado, metafóricamente, a un propietario de bienes pero, en esta ocasión, de bienes públicos.

Así las cosas, el rey era un mero administrador de los bienes públicos, un guardador o un tutor. Al igual que el tutor, el rey no podía adquirir por usucapión, y más que un derecho sobre los bienes tenía un deber de velar por la correcta administración de éstos. Toda vez que el rey no era más que un mero agente, su agencia podía ser revocada a través de la *vindicta* o *res vindicta*, acción otorgada en el Derecho romano al titular del dominio¹⁰⁶.

¹⁰³ Ibidem, pp. 1301-1303. Para CUENA BOY la penetración del Derecho romano en el Nuevo Mundo se produjo debido a su presencia en la legislación real, en particular en las Partidas. Además, el Derecho romano era enseñado en las universidades tanto españolas como americanas (por ejemplo en México y Lima). De esta forma, seguía vigente el antiguo modelo de enseñanza jurídica de origen bajo-medieval, ibidem, pp. 1302-1303.

¹⁰⁴ CASTAÑEDA, ob. cit., pp. 325-325.

¹⁰⁵ Daniel LEE, “Private Law Models for Public Law Concepts: The Roman Law Theory of *Dominium* in the Monarchomach Doctrine of Popular Sovereignty”, *Review of Politics*, 70.3, 2008, pp. 370-399. Daniel LEE, analizando la trascendencia de la conexión del Derecho privado romano con la teoría política, señala que tal teoría, a pesar de su mérito, desacredita o minusvalora la independencia del pueblo. No obstante, el autor no le da mayor importancia a tal incapacidad ni haya en ésta un quiebre sustancial en la teoría monarcómana.

¹⁰⁶ Para un análisis más detallado de la relación entre Derecho romano y la teoría monarcómana, véase en general Daniel LEE, ob. cit.

En *Vindiciae contra Tyrannos*, al responder si era legal resistir al príncipe que quebrantaba la ley de Dios y devastaba la iglesia de dios, por quién y hasta qué punto, se señaló:

“Así como el tutor debe cuidar que los bienes de su pupilo no se pierdan —y a menos que esto haga, es responsable a través de la acción de tutela— así el príncipe está obligado a proteger de la seguridad de la gente, la cual se ha encomendado a su cuidado y la cual, de alguna manera, le ha transferido a él toda su capacidad legal”¹⁰⁷.

Posteriormente en *Vindiciae*, al responder si y hasta qué punto era legal resistir a un príncipe que estaba oprimiendo o arruinando el bienestar común, por quién, cómo y en virtud de qué derecho, se vuelve a mencionar el rol del rey como tutor cuyos poderes son limitados: “[Los reyes] son señores únicamente en la medida en que cuiden de los pupilos, al igual que los tutores; aquél que priva de la libertad a su ciudad y dispone de ella por pedazos no merece ser señor”¹⁰⁸.

La comparación monarcómana de gobierno-tutor, individuo-pupilo, considero, se ha incorporado en Colombia por medio de la acción de tutela.

7. ¿PROTECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE O PERPETUA INCAPACIDAD?

Los monarcómanos nos ayudaron a imaginar que, no obstante la relación Estado es a individuo como tutor a pupilo, se pueden establecer límites al gobierno. Los límites a la autoridad estatal imaginados en el medioevo son plausibles. No obstante, al apropiarse la figura de la tutela para determinar la naturaleza de la soberanía popular, tristemente, aunque el autor monarcómano de *Vindiciae* no parece considerarlo tal, se termina reconociendo la incapacidad innata y perpetua de los pupilos que conforman el pueblo. Una lectura cuidadosa de *Vindiciae* demuestra lo anterior:

“Así como un pupilo no puede actuar excepto a través de la agencia de su tutor, no obstante que el pupilo es el verdadero propietario [*dominus*], y el tutor está sólo en posición de dueño [*pro domino*] en tanto vele por el pupilo; así el pueblo no puede actuar a menos que lo haga a través de la agencia de aquellos a quienes se les transfirió autoridad y poder. El pueblo, considero, le ha otorgado la espada a [el rey] con este propósito, y se ha entregado a él para ser regulado y cuidado”¹⁰⁹ (énfasis agregado).

El importar la figura del Derecho privado que usaban los romanos no es inofensivo. Vale enfatizar que en el Derecho romano, como regla general, un pupilo no podía contraer obligaciones sin la autorización del tutor. El pupilo tampoco podía disponer de sus bienes para prestarlos o venderlos a un tercero¹¹⁰. El tutor se

¹⁰⁷ Traducción de la autora del texto que se encuentra en *Vindiciae*, p. 49.

¹⁰⁸ Traducción de la autora del texto que se encuentra en *Vindiciae*, p. 127.

¹⁰⁹ La anterior es traducción de la autora del texto que se encuentra en *Vindiciae*, p. 169.

¹¹⁰ Gaius, en sus comentarios al doceavo libro de los edictos provinciales, señaló que un pupilo no puede con-

ubicaba en el lugar del dueño de los bienes (*loco domini*)¹¹¹; es decir, en el lugar de pupilo, toda vez que éste no podía actuar de manera independiente. Hasta los siete años, cuando el menor era infante, *infans*, o incapaz de hablar, el tutor administraba toda la propiedad del menor. Una vez superados los siete años, el rol del tutor era suplir el juicio del impúber a través de la autorización de las transacciones que realizara el pupilo. Así, sin la autorización o *auctoritas* del tutor, el pupilo era incapaz de manifestar válidamente su voluntad, a menos que la transacción realizada por el impúber lo beneficiara¹¹².

Como lo dice el Código Civil, la tutela es un cargo impuesto a favor de una persona que no puede dirigirse a sí mismo o administrar competentemente sus negocios¹¹³. Recordemos que el pupilo tenía tutor porque se consideraba una persona incapaz de la administración de sus bienes. Era en su condición de *menor incapaz* que un tercero debía guiarlo. De la misma manera, dado que a la luz de un análisis lingüístico se concluye que la relación entre Estado e individuo es aquella de una tutela, el individuo será siempre un menor incapaz que, debido a tal incapacidad, y así como el indígena en la época de la Colonia, recibe cuidados del Estado.

8. VOLUNTARISMO DENTRO DEL CONTRATO SOCIAL FRENTE A TUTELA

La relación entre el Estado como tutor y el individuo como pupilo que se deriva del análisis lingüístico de la expresión *acción de tutela* contrasta considerablemente con aquella que surge del estudio de la metáfora *contrato social*. A la luz de esta comparación, el individuo es un sujeto que, en virtud de su capacidad para contraer obligaciones, decide, voluntariamente, entrar en una relación igualitaria con el Estado. El producto que ofrece este contrato, así como son ofrecidos productos en los contratos de Derecho privado, es la provisión de seguridad por parte del Estado. El precio que se debe pagar por parte del individuo que, en pleno uso de sus capacidades, decide vincularse al Estado es la eventual restricción de sus libertades personales para el cumplimiento de los fines encomendados a éste.

traer obligaciones sin la autorización del tutor; sin embargo, él puede adquirir para sí a través de *stipulatio* y por donación de tierras sin la autorización del tutor. Pero él no puede hacer préstamos, puesto que no puede enajenar nada sin la autorización del tutor. Además, del hecho de que el pupilo no pueda enajenar nada sin la autorización del tutor se deriva el hecho de que no pueda liberar esclavos sin dicha autorización. D.26.8.9 pr.1. "A *pupillus* cannot be made liable on every contract without his tutor's authorization, but he can acquire something by stipulation and by accepting delivery even without his tutor's authorization; but he cannot make anyone liable to him by a loan, because he cannot alienate anything without his tutor's authorization"; tomado de WATSON, *The Digest of Justinian...*, ob. cit., p. 775 [traducción del texto de inglés al español realizada por la autora]. Véase también BORKOWSKI y DU PLESSIS, ob. cit., p. 144, quienes señalan que sin autorización el pupilo sólo podía realizar actuaciones unilaterales que fueran para su beneficio. Una vez autorizado, el negocio jurídico se celebraba a nombre del pupilo. Sólo los actos realizados para la administración de los bienes por parte del tutor se daban a nombre de éste. En caso de que un tercero realizara un negocio con el pupilo sin autorización del tutor, la obligación no le era exigible al impúber. Se prefería, por tanto, realizar negocios con el tutor más que con el pupilo.

¹¹¹ Dig. 26. 7. 27. "Paul, *Plautius*, book 7: A tutor who manages a tutelage ought to be regarded in the position of an owner to the extent that he acts out of forethought for the *pupillus*"; tomado de WATSON, *The Digest of Justinian...*, ob. cit., p. 765. [traducción del texto del inglés al español realizada por la autora].

¹¹² Para los límites de la capacidad del pupilo enunciados en el párrafo anterior, véase *Vindiciae*, p. lxxxii.

¹¹³ Antiguo art. 428 CC.

Si bien la posibilidad de enajenar libertades, al traer la figura del contrato del Derecho privado al Derecho público, puede ser cuestionada en virtud de la presunta inajenabilidad de las libertades humanas, el estatus del individuo frente al Estado varía radicalmente. El Estado se debe al individuo así como en el caso de la tutela, pero el individuo le puede hablar al Estado de igual a igual, cuestionarlo en sus decisiones, pedirle cuentas en todo momento e, incluso, terminar el contrato. Tal sería el caso de una revolución, un golpe de Estado o, *mutatis mutandis*, una revocatoria del mandato.

En contraste con las teorías políticas de guarda y cuidado, en las teorías contractualistas se presenta, en un alto porcentaje, una identidad entre la existencia de un contrato y la manifestación de una voluntad. En efecto, para los contractualistas, el Estado se genera y justifica por un acuerdo voluntario. La voluntad es la causa moral del Estado y, a su vez, la legitimación moral del ejercicio del gobierno¹¹⁴. Tal manifestación de voluntad se conoce en teoría política como voluntarismo.

SAN AGUSTÍN y SANTO TOMÁS presentan los primeros atisbos de la intervención de la voluntad en teoría política. Si bien estos autores no ligan directamente la manifestación de la voluntad humana a la legitimidad del gobierno, sí afirman que para pecar o actuar con mérito no basta el acto. La intervención de la voluntad es necesaria para la realización del acto¹¹⁵. Dentro de la teoría política, aunque no propiamente dentro de la teoría contractual, uno de los primeros exponentes de la necesidad del consentimiento individual al poder político para la legitimidad del último es FRANCISCO SUÁREZ. Para SUÁREZ, el ser humano puede reunirse en un cuerpo político sólo a través de una voluntad especial o consentimiento común. Para SUÁREZ, el Derecho natural sin la presencia de voluntad humana no crea deber de obediencia al Estado¹¹⁶. Bajo este entendido, el consentimiento es la causa próxima del Estado¹¹⁷.

Al ligar las teorías contractuales con la necesaria manifestación de la voluntad humana, se presentan varias consecuencias éticas en el concepto de individuo. En términos de Patrick RILEY, la manifestación de voluntad “envuelve un esfuerzo para ver la política como legitimada a través del consentimiento, a través de una voluntad especial, de manera tal que obligación y autoridad son los productos de la libertad y responsabilidad originarias de todos, producto de la voluntad de todos como causa moral”. Este nexo entre contractualismo y voluntad implica un énfasis en valores como la “autonomía, responsabilidad, deber, autorización y voluntad” del ser humano¹¹⁸.

¹¹⁴ Patrick RILEY, “Social Contract Theory and its Critics”, en Mark GOLDIE y Robert WOKLER (eds.), *The Cambridge history of eighteenth-century political thought* [electronic resource]. Cambridge, UK, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 358.

¹¹⁵ Patrick RILEY, *Will and Political Legitimacy: A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, pp. 4-6.

¹¹⁶ RILEY, *Will and Political Legitimacy*, ob. cit., pp. 7-8.

¹¹⁷ RILEY, “Social Contract Theory and its Critics”, ob. cit., p. 350.

¹¹⁸ Cfr. RILEY, *Will and Political Legitimacy*, ob. cit., p. 8 (traducción de la autora). Véase también RILEY, “Social Contract Theory and its Critics”, ob. cit., p. 350. Para una relación entre el consentimiento voluntario implícito en las nociones contractuales y la protección de la libertad y la autonomía del ser humano, aun cuando está sujeto a un gobierno, véase Alan John SIMMONS, *Moral principles and political obligations*, Princeton, N.J., Princeton

HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU y KANT dejan claro en algunas de sus obras que la base de la existencia de una obligación política y su correlativa autoridad política sólo se da si existe consentimiento libre del individuo al poder al cual está sujeto. En otras palabras, el Estado legítimo es aquel al cual el individuo ha consentido¹¹⁹. Tal posición, como se mencionó, se ha denominado voluntarismo¹²⁰.

La noción de manifestación de la voluntad como elemento necesario para la legitimidad del Estado está muy presente en LOCKE. Este autor considera que hay una porción del Derecho que corresponde al Derecho natural y frente a ésta no es necesario el consentimiento humano para que se genere una obligación. No obstante, LOCKE también reconoce que hay una porción del Derecho que se encarga de precisar los principios de Derecho natural y, así, determinar obligaciones más puntuales. Frente a esta segunda parte del Derecho se necesita el consentimiento del ciudadano para que se genere una obligación¹²¹.

LOCKE incluye expresamente la noción de consentimiento para distinguir el poder político de aquel parental y despótico. En su obra, por tanto, es claro que el contractualismo se define en oposición a una relación entre padre e hijo, persona capaz jurídicamente y persona incapaz o con capacidad limitada. Guardadas las proporciones, la relación nacida del consentimiento se define por oposición a aquella presente en la figura de la tutela.

Contrariamente, aquellos partidarios de la monarquía absoluta derivada del Derecho divino —como en el caso de *Vindiciae*— no acuden a figuras que implicaran el consentimiento del ciudadano, sino se fundan en figuras de autoridad paternal para justificar el gobierno¹²². Por ejemplo, BOSSUET habla de un pacto de naturaleza patriarcal similar a aquel entre Dios y Abraham que se prolonga de manera hereditaria¹²³.

Para HOBBS, a diferencia de BOSSUET, si bien el gobierno puede ser asimilado a una alianza, ésta proviene de la voluntad de aquellos que invisten al soberano con autoridad legítima. En HOBBS, si bien no está incluida la noción de soberanía popular sí está presente la transferencia de un Derecho natural popular al detentador de la soberanía, a través de un acto de voluntad expresado al salir del estado de naturaleza¹²⁴.

University Press, 1979, pp. 64-65. No obstante, RILEY reconoce en *Will and Political Legitimacy* que autores como HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU y KANT, si bien basan la legitimidad del poder político en la voluntad (*will*), en ocasiones son inconsistentes en el uso de tal término. En ocasiones *will* está relacionado con apetito, inclinación y deseo, y en otras con voluntad.

¹¹⁹ RILEY, "Social Contract Theory and its Critics", ob. cit., p. 348.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 347-348.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 352 y 353. RILEY hace referencia, en particular, al Segundo Tratado de LOCKE, secciones 102 y 192 en las cuales LOCKE asevera que toda sociedad es producto de una unión voluntaria derivada de hombres libres que actúan para escoger sus gobernantes y su forma de gobierno e, inversamente, los gobernadores sólo pueden poner a los gobernados bajo el gobierno al cual ellos han consentido.

¹²² RILEY, "Social Contract Theory and its Critics", ob. cit., p. 354.

¹²³ *Ibidem*, p. 355. RILEY basa su afirmación en la obra de BOSSUET, *Politics Drawn from the Very Words of Holy Scripture* (1709).

¹²⁴ *Ibidem*, p. 355.

Por otra parte, para los utilitaristas como HUME, que basan la legitimidad del Estado en la utilidad que éste provee, no es necesario el consentimiento. La manifestación de voluntad para HUME sólo tiene un rol de naturaleza psicológica. A saber, es una voluntad que lleva al hombre a matar a sus padres, es una inclinación natural del brote a destruir el árbol del cual floreció¹²⁵. Ahora bien, es importante observar cómo la manifestación de voluntad se define en oposición a una relación paterno-filial entre individuo y Estado no sólo en el caso de los contractualistas, sino también en el de los utilitaristas.

La teoría contractualista inglesa, ejemplificada por LOCKE, y su voluntarismo implícito tuvieron repercusiones en Francia. En los ensayos del Caballero Louis de JAUCOURT, *Etat, Etat de Nature y Gouvernement*, el autor sigue de cerca a LOCKE para rechazar la figura patriarcal y el estatus de infante que se derivan de la no exigencia del consentimiento del ciudadano para el ejercicio del poder del gobierno¹²⁶.

En los escritos de Louis de JAUCOURT (*Encyclopédie* 1757, VII, p. 788) se deja en claro que el hombre no debe ser visto como sujeto al gobierno desde su nacimiento sin su consentimiento. El estar sujeto al gobierno sólo puede ser producto de un acto voluntario del individuo como agente adulto, quien es maestro de sus decisiones¹²⁷.

En un sentido similar, ROUSSEAU apoya el libre acuerdo de voluntades de los hombres que conforman el cuerpo político como el origen de tal contrato. Sin embargo, para garantizar la bondad de aquello que es deseado, ROUSSEAU añade a la manifestación de voluntad el carácter de voluntad general¹²⁸.

En *El Contrato Social*, ROUSSEAU asevera que “la asociación civil es el acto más voluntario en el mundo; puesto que cada individuo nace libre y maestro de sí mismo, nadie es capaz, bajo ningún pretexto, de someterlo sin su consentimiento”¹²⁹. Para ROUSSEAU es inconcebible, por tanto, que surja obligación política alguna para el individuo en ausencia de su consentimiento, tal como sucedería en el caso de la relación tutor-pupilo cuando, sin necesidad del consentimiento del pupilo, el tutor decide sobre la administración de sus bienes.

Por su parte, para KANT, la noción de voluntad es calificada como buena voluntad. La buena voluntad es aquella que toma todos los seres humanos como fines en sí, no como medios para fin alguno bajo ninguna circunstancia. La justicia pública debe buscar que ciertos fines morales sean observados. Esta justicia es por tanto una muestra del ideal de que todas las voluntades sean buenas voluntades¹³⁰.

¹²⁵ Ibidem, p. 356.

¹²⁶ Ibidem, p. 359.

¹²⁷ Idem, citando a Jaucourt (*Encyclopédie* 1757, VII, p. 788 and 789).

¹²⁸ Ibidem, “Social Contract Theory and its Critics”, p. 362, citando a ROUSSEAU, *The Social Contract*, 1962, ii, pp. 200-6.

¹²⁹ ROUSSEAU, iv, 2, p. 123, citado por RILEY, “Social Contract Theory and its Critics”, ob. cit., p. 365, traducción de la autora. RILEY reconoce la necesidad que en ROUSSEAU tiene el hombre de ser educado para poder ejercer la voluntad general. Se podría pensar que la educación requerida es una forma de sujeción de la voluntad. No obstante, ROUSSEAU deja claro que la educación, en el caso de Emilio, no puede estar basada en simples mandatos; RILEY, “Social Contract Theory and its Critics”, ob. cit., pp. 368-369.

¹³⁰ Ibidem, p. 371.

En este sentido, para KANT, la política crea un clima de realización de los ideales morales¹³¹. Es así como para él, el Estado y el ordenamiento legal deben proveer un contexto estable de paz y seguridad dentro del cual el hombre pueda ejercer el único bien incondicionado, la buena voluntad¹³², para así poder asentir a leyes justas que no vayan contra el principio de dignidad humana¹³³.

Aquella libertad, autonomía, capacidad de reclamo y responsabilidad individual que nos deja la metáfora del contrato social fundada en la teoría voluntarista parece imposible de alcanzar cuando se opta por una relación basada en la comparación construida con base en el concepto tutela. ¿Es inevitable esta relación excluyente?

9. CONCLUSIONES

A la luz de la teoría cognitiva se puede afirmar que lo que pensamos, experimentamos y hacemos está determinado por las metáforas que utilizamos. En Colombia, al decir que nuestro mecanismo de protección de derechos fundamentales es una *acción de tutela* se estableció una relación metafórica que consistió en tomar una figura del Derecho privado romano —la *actio tutelae*— para entender un mecanismo judicial de Derecho constitucional. Al tomar la figura de la acción de tutela romana se tomaron las relaciones intersubjetivas entre tutor y pupilo en ella envueltas, y éstas se trasladaron a las relaciones entre Estado e individuo.

¿Se puede construir a un individuo soberano sobre las bases romanas de nuestro Derecho constitucional? Al parecer, debemos cargar un pesado yugo al apropiarnos de la tutela. El Estado-tutor será siempre visto como la autoridad y el pupilo-individuo (individuo en *pupillare aetate* o edad impúber)¹³⁴ como sujeto a ésta. La validez de los actos del individuo dependerá del visto bueno que dé el Estado. Aún más, a diferencia del menor en el Derecho romano y en nuestro Derecho civil contemporáneo, el individuo nunca dejaría de ser menor bajo tutela, no obstante el paso del tiempo, si el Estado continúa administrando su patrimonio como se espera que lo haga si existe una relación tutelar. De alguna forma, el individuo será un eterno menor incapaz. Cualquier posibilidad de emancipación en la forma de una democracia directa o participativa y de efectivo cuestionamiento a la acción del Estado se anularía.

En Derecho romano, la posibilidad de que el pupilo presentara la acción de tutela contra el tutor sólo se daba en el momento en que la relación de tutela dejaba de existir. Si en Colombia tenemos una relación de tutela perpetua, ¿estaremos capacitados en algún momento para pedirle cuentas al Estado? Pareciese que es una paradoja hablar de posibilidad de acción de tutela y, a la vez, de futuro deber de administración de bienes por parte del Estado. La disyuntiva parece ser esta: o bien nos emancipamos del Estado y le pedimos cuentas por lo hecho, o bien somos sujetos de tutela y, como en el Derecho romano, mientras seamos pupilos no tendremos capacidad directa de cuestionar a nuestro tutor.

¹³¹ Ibidem, p. 372.

¹³² Idem.

¹³³ Idem.

¹³⁴ BUTI, ob. cit., pie de página 7.

Intento evadir esta nefasta encrucijada: ¿se puede pensar en una acción de tutela presentada por un individuo bajo guarda del Estado? Pienso que en Colombia la acción de tutela se puede concebir como un acto temporal de emancipación del individuo frente al Estado. De esta manera, si bien el individuo sigue estando sujeto a la administración de sus bienes y derechos por parte del Estado, cada vez que se presenta una tutela hay una petición de cuentas a la autoridad que, en principio, siguiendo rigurosamente el Derecho romano, no sería posible para el menor. De esta manera, la tutela se vería como un ingenioso quiebre a la dependencia perpetua; al menos un quiebre temporal. Un quiebre que le recuerda al individuo la posibilidad de capacidad plena que vendrá algún día. Vendrá el día en que, como el sujeto autónomo que es, libre de manifestar su voluntad para contratar, ésta o éste se atreva a despojarse totalmente de la guarda o tutela del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- BORKOWSKI, Andrew y DU PLESSIS, Paul, *Textbook on Roman Law*, 3 edición, New York, Oxford University Press, 2005.
- BREWER-CARIAS, Allan R., *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009.
- BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, México, D.F., Porrúa, 2001.
- BUTI, Antonio, "The Early History of the Law of Guardianship of Children from Rome to the Tenures Abolition Act 1660", *University of Sydney Law Review*, vol. 5, 2003, en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWSLRev/2003/5.html#Footnote27>.
- CASTAÑEDA DELGADO, Paulino, "La condición miserable del indio y sus privilegios", *Anuario de estudios americanos*, 28, 1971.
- CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Coyoacán, Siglo XXI Editores, 1994.
- CONSTABLE, Marianne, *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2005.
- COROMINAS, J. y PASCUAL, J. A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. 3, Gredos, 1980.
- COTTON, Hannah, "The Guardianship of Jesus Son of Babatha: Roman and Local Law in the Province of Arabia", *The Journal of Roman Studies*, vol. 83, 1993.
- COY, P. E. B., "Justice for the Indian in Eighteenth Century Mexico", *Am. J. Legal Hist.*, 12, 1968.

CUENA BOY, Francisco, "Utilización pragmática del Derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII sobre el protector de indios", en *A L'Europe du Troisième Milénaire: mélanges offerts a Giuseppe Gandolfi*, Troisième Volume, Milano, Dott, A. Giuffrè Editore, 2004.

Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino, Bibliograf editora de las publicaciones Spes y Vox, Barcelona, 1964.

ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine: Histoire des Mots*, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1932.

FIX ZAMUDIO, Hector "A brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo" *California Western International Law Journal*, vol 9 (1979).

FOX-DECENT, Evan, "The Fiduciary Nature of State Legal Authority" *Queen's Law Journal*, 31 (2005).

FOX-DECENT, Evan, *The Fiduciary Theory of the State*, (en prensa).

FRIER, Bruce W. y MCGINN, Thomas A.J., *A Casebook on Roman Family Law*, New York, Oxford University Press, 2004.

GARCÍA DE DIEGO, Vicente, *Diccionario etimológico Español e Hispánico*, Madrid, Sae-ta, 1954.

GARDNER, Janfe F., *Family and Familia in Roman Law and Life*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

JUNIOS BRUTUS, Setephanus, the Celt, *Vindiciae, contra Tyrannos: or concerning the legitimate power of a prince over the people and of the people over a prince*, trad. por George GARNETT (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

LACKOFF, George y JOHNSON, Mark, *Metaphors we live by*, Chicago, The University of Chicago Press, 2003.

LEE, Daniel, "Private Law Models for Public Law Concepts: The Roman Law Theory of Dominion in the Monarchomach Doctrine of Popular Sovereignty", *Review of Politics*, 70.3, 2008.

LIRA GONZÁLEZ, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1971.

MACCORMACK, Geoffrey, "The Liability of the Tutor in Classical Roman Law", *The Irish Jurist*, 5, 1970.

- MONATERI, Pier Giuseppe, "Black Gaius: A quest for the multicultural origins of the Western legal tradition", en *Hasting Law Journal*, 50, 2003.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, 2001. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=tutela
- RILEY, Patrick, "Social Contract Theory and its Critics", en *The Cambridge history of eighteenth-century political thought* [electronic resource], Mark GOLDIE y Robert WOKLER (eds.), Cambridge, UK, New York, Cambridge University Press, 2006.
- RILEY, Patrick, *Will and Political Legitimacy: A Critical Exposition of Social Contract Theory in Hobbes, Locke, Rousseau, Kant and Hegel*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- SCOTT, Samuel Parsons (trad.), *The Civil law, including the Twelve tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*, Cincinnati, Central Trust Co. [1932], New York, AMS Press, 1973.
- SIMMONS, Alan John, *Moral principles and political obligations*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1979.
- SMITH, William, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875. Disponible en http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Tutor.html.
- TURPIN, William, "Formula, Cognition, and Proceedings Extra Ordinem," *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (3rd series), 46, 1999.
- WATSON, Alan (editor of English Translation), *The Digest of Justinian / Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger*, Philadelphia, Pa., University of Pennsylvania Press, 1985.
- WATSON, Alan, *The Law of Persons in the Latter Roman Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1967.
- WENGER, Leopold, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trad. de Otis Harrison Fisk, Littleton, Colorado, Fred B. Rothman & Co, 1986.
- WINTER, Steven L., *A Clear in the Forest: Law, Life and Mind*, Chicago, Cambridge University Press, 2001.

Legislación

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.