

era el que resultaba de que el que hacía la adquisicion ficticia conservase sobre el hijo en cualidad de manumisor (*manumissor extraneus*), derechos de patronato, de tutela y de sucesion. Para remediar esto, hacía el padre comunmente la mancipacion con la cláusula de fiducia (*contracta fiducia*), que en el sentido más estricto era una cláusula que se usaba á veces, por la cual, mancipando una cosa, se obligaba al que la adquiria á devolverla en un caso determinado. Aquí el padre obligaba á aquel á quien transferia la propiedad de su hijo, á devolvérsela: «*Ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur*» (1), y entónces tenía á su hijo, no *in patria potestate*, pues que esta potestad habia acabado por las ventas, sino *in mancipio*; en esta posicion podia él mismo manumitirlo y adquirir los derechos de tutela y de sucesion.—El nombre de cláusula de fiducia, tomado en su mayor extension, puede tambien aplicarse á la cláusula por la que el padre obligaba al que hacía la adquisicion, no á remanciparle su hijo, sino á manumitirlo. Si el padre no ponía una de estas cláusulas, al ménos ponía la otra.

Ex imperiali rescripto. Es un modo de emancipacion introducido por Anastasio, que por esto los comentadores han llamado *emancipacion Anastasia*. Consistia en obtener un rescripto del emperador que autorizase la emancipacion, y hacer llegar este rescripto á un magistrado, en cuyas manos era depositado (2).

Quæ tribuuntur patrono. Sustituyendo Justiniano la antigua forma de emancipacion y la que habia introducido Anastasio con una forma mucho más sencilla, quiso, sin embargo, conservar á este acto todos los efectos que tenía en otro tiempo, aún cuando la mancipacion era hecha *contracta fiducia* (3). Véase por qué concede al ascendiente que mancipa todos los derechos de patrono.

VII. Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei qui filium et ex eo nepotem vel neptem, in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumit-

7. Debemos advertir que el que tiene bajo su potestad un hijo, y de este hijo un nieto ó una nieta, es libre de emancipar al hijo, reteniendo al nieto ó á la nieta, y reciprocamente, retener al hijo emancipando al nieto ó á la nieta, ó bien de hacerlos á todos *sui juris*. Y esto

(1) Gay. 1. § 140.

(2) C. 8. 49. 5.

(3) Inst. 3. 2. 8.

tere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur. mismo juzgamos decirlo tambien respecto de los biznietos.

Liberum arbitrium esse. Este principio ya ha sido establecido.—La emancipacion podia hacerse en un niño de cualquiera edad, y aunque fuese impúbero, porque tenía por objeto sacarlo del poder paterno, pero no darle la facultad de gobernarse solo.—No podia nunca tener lugar contra la voluntad del niño. Paulo dice terminantemente: «*Filius familias emancipari invitus non cogitur*» (1). Esta regla se halla tambien en una novela como reconocida incuestionablemente (2). Sin embargo, se aplicaba aquí lo que hemos dicho respecto de la adopcion; bastaba sólo que el niño no se opusiese.

Los efectos de la emancipacion eran hacer al hijo *sui juris*; bajo este aspecto le era ventajosa, pero bajo otros podia serle perjudicial; porque salido el hijo de su familia, todos sus vínculos de agnacion quedaban rotos, sus hijos, si los tenía, no estaban bajo su potestad, ni podian ya hallarse en ella, á ménos que no consintiese el jefe en dárselos en adopcion; segun el rigor estricto de las leyes, perdía sus derechos de sucesion respecto de los demas individuos de la familia: verémos en adelante cómo estos diversos resultados se templaron por los pretores, por las constituciones imperiales y por Justiniano.

La emancipacion no era irrevocable. Podia revocarse cuando el hijo emancipado se hiciese culpable por malos tratamientos ó injurias contra su padre. Por esta revocacion volvía á ser llamado bajo la patria potestad (3).

VIII. Sed et si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsentem eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo præsentem qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi paren-

8. Mas si el padre da su hijo á un abuelo ó bisabuelo natural, conforme á nuestras constituciones, es decir, declarándolo en un acto ante el magistrado competente, en presencia y sin oposicion del adoptado, como tambien en presencia del adoptante, la patria potestad se extingue en la persona del padre natural, y pasa al padre adoptivo, para

(1) Paul. Sent. 2. 25. § 5.

(2) Nov. 89. c. 11. pr.

(3) C. 8. 50.

tem adoptivum, in cujus persona et adoptionem, esse plenissimam antea diximus.

Todo esto nos es ya conocido por lo que hemos dicho sobre la adopción. En este caso la patria potestad se extingue; pero el hijo no se hace *sui juris*, pues no hace más que cambiar de jefe; y en esto esta forma de disolución del poder paterno se diferencia de las que hemos examinado hasta ahora.—Se puede, bajo este último aspecto, asimilar á este caso aquel en que un jefe de familia se da en adrogación: su patria potestad se disuelve, pero sus hijos siguen bajo el poder de un nuevo padre de familia.

IX. Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filia tua conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, pręgnante nuru tua: nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subijcitur.

Cuando un hijo casado en justas nupcias era emancipado ó dado en adopción, su mujer lo seguía siempre, ya sea que estuviese *in manu*, ya que no estuviese, y esto porque el matrimonio es una unión indivisible. En cuanto á los hijos, los ya nacidos ó concebidos permanecían en poder del jefe. Añadimos los hijos concebidos, porque sabemos que en el matrimonio legítimo los hijos siguen la condición del padre, entendida en el momento de la concepción.—En otro tiempo, cuando los hijos eran emancipados por *mancipaciones*, como podía haber intervalos de tiempo en estas *mancipaciones*, y un hijo haber sido concebido durante estos intervalos, se distinguía si habían sido concebidos ántes de la última *mancipación*, y por consiguiente sin que se acabase la potestad del jefe, nacían bajo esta potestad, ó si habían sido concebidos despues, en cuyo caso no se hallaban sometidos á dicha potestad (1).

X. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi, *ullo pene modo* possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

(1) Gay. I. § 135.

quien la adopción, como hemos dicho más arriba, es plenísima.

9. Conviene saber que si hallándose tu nuera encinta de tu hijo, has emancipado tú á este último, ó los has dado tú en adopción, el hijo que ella da á luz nace siempre bajo tu potestad. Mas si ha sido concebido despues de la emancipación ó despues de la adopción, se halla en poder de su padre emancipado ó de su abuelo adoptivo.

10. Y por lo demas, ni los hijos naturales ni los adoptivos tienen casi ningun modo para poder obligar á sus ascendientes á emanciparlos.

Ullo pene modo. Los casos en que un padre podía ser obligado á emancipar á sus hijos eran éstos: si había prostituido á sus hijas (*qui suis filiabus peccandi necessitatem imponunt*) (1); expuesto á sus hijos (2); contraído un matrimonio incestuoso (3); y en fin, se puede añadir á éstos el caso en que aquel que hubiese sido adoptado cuando él era impúbere, llegado á la pubertad hiciese disolver por la emancipación la adopción que probaba serle desventajosa.

CÓMO SE DISOLVIAN EL PODER MARITAL (*manus*) Y EL *mancipium*.

Parece que el poder marital (*manus*) podía disolverse aún durante el matrimonio. ¿Cuál era la forma de disolución? El manuscrito de Gayo se hallaba demasiado alterado en este pasaje para que pudiese ser leído íntegramente. Esta forma era probablemente la emancipación, porque la mujer *in manu* era asimilada en cierto modo á una hija (4). Este poder se acababa, aún contra la voluntad del marido, cuando la mujer le enviaba el repudio y se divorciaba. Siendo consideradas como esclavas las personas sometidas al *mancipium*, se hacían *sui juris* cuando eran manumitidas por vindicta, por censo ó por testamento; pero las limitaciones establecidas por las leyes *Ælia Sentia* y *Furia Caninia* no se aplicaban á aquellas manumisiones. Además, en el tiempo en que el *mancipium* había llegado á ser comunmente ficticio, teniendo por objeto hacer á un hijo independiente, la voluntad del señor no podía impedir que el hijo que se le hubiese dado *in mancipio* no fuese inscrito en el censo como libre y *sui juris*, á ménos que la *mancipación* no hubiese sido formalmente hecha por causa noxal (5).—El que era hecho libre por manumisión del *mancipium*, no era libertino, sino ingenuo, pues había nacido libre y nunca había sido esclavo; sin embargo, de la misma manera que era asimilado á un esclavo (*servorum loco habetur*), el que manumitia (*manumis-*

(1) C. 11. 40. 6.—I. 4. 12.

(2) C. 8. 52. 2.—Nov. 132. c. 1.

(3) Nov. 12. c. 2.

(4) Gay. I. § 136.—Véase, como poniendo este punto fuera de duda, Ulp. Reg. 11. § 5.—Gay. I. § 166.

(5) Gay. I. § 138 y sig.

extraneus) era asimilado bajo muchos aspectos á un patrono (*per similitudinem patroni*), y como tal tenía derechos de sucesion (1), lo que, como veremos más adelante, fué corregido por el pretor (2); y derechos de tutela: en este caso Ulpiano y Gayo le llaman *tutor fiduciarius* (3). En cuanto á la cuestion de saber si los hijos del hombre sometido al *mancipium* lo seguian despues de su manumision, ó quedaban en poder del señor, Labeon la decidia por el señor; pero Gayo juzgaba que los hijos debian ser *sui juris*, si el padre moria *in mancipio*, y quedar sometidos al poder paterno, si el padre era manumitido (4). Esta diferencia de dictámenes podia proceder de que el *mancipium* era frecuentemente real en tiempo de Labeon, y casi siempre ficticio en tiempo de Gayo.

ACCIONES RELATIVAS Á LOS DERECHOS DE FAMILIA.

Entre estas acciones sólo indicaremos aquí las más importantes.

Relativamente á la paternidad ó á la patria potestad: 1.º La accion de *partu agnoscendo* se daba, ya durante el matrimonio, ya despues del divorcio, á la mujer contra el marido, á fin de que éste reconociese y educase como á su hijo legítimo al niño que acababa ella de dar á luz. Para asegurar más sus derechos, podia la mujer, cuando conocia que se hallaba embarazada y en los treinta dias que seguian al divorcio, anunciar su preñez al marido; éste tenía el derecho de enviar á justificar dicha preñez y ponerla centinelas para impedir un parto supuesto (*custodes mittere*); tambien podia disputar si el hijo habia sido concebido por obra suya.—2.º Se daban igualmente acciones al padre contra un hijo, ya para hacer reconocer que era su padre, ya para hacer reconocer que no lo era; y al hijo contra un padre, ya para hacer reconocer que era su hijo, ya para hacer reconocer que no lo era (5). Ninguna de estas acciones era admitida cuando se trataba de hijos *vulgo concepti* (6).—Otras acciones podian tener lugar relativa-

(1) Véase un fragmento de las Inst. de Ulp., lib. II, tit. *De successione ab intestato*, § 6.

(2) Inst. 3. 9. 3.

(3) Ulp. Reg. T. 11. § 5.—Gay. 1. § 166.

(4) Gay. 1. § 135.

(5) D. 25. T. 3 y sig.

(6) D. 25. 3. 5. § 4. f. Ulp.

mente, no á la paternidad, sino á la patria potestad, obrando el padre para hacer reconocer que su hijo se hallaba bajo su potestad ó no; ó bien obrando el hijo para hacer reconocer que era *sui juris* ó no.—Todas estas acciones estaban en la clase de las que se llamaban *prejudiciales*; cualidad propia de ciertas acciones, que explicaremos en adelante (1).—Bajo otro aspecto, cuando un padre queria reclamar su hijo de un extranjero, lo hacia antiguamente por una *vindicatio*, como cosa que le pertenecia; pero el pretor le dió forma especial de obrar (2).

Relativamente el *mancipium*, debia tener acciones análogas á las que existian respecto de los esclavos ó manumitidos, pero no encontramos nada que especialmente se refiera á este objeto en los fragmentos de los autores antiguos, y en tiempo de Justiniano toda esta parte habia completamente desaparecido.

No hablaremos de las acciones relativas á los bienes, como la que despues de la disolucion del matrimonio se daba á la mujer ó á sus herederos para obtener la restitucion de la dote (*rei uxoriae actio*): cuando especialmente tratemos de las acciones, las explicaremos circunstanciadamente. Nada diremos tampoco de las acusaciones criminales contra los culpables de *stuprum*, adulterio ó incesto; esta materia queda para el último título de las Instituciones.

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

Transeamus nunc ad liam divisionem personarum. Nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quedam vel in tutela sunt vel in curatione, quedam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his quæ in tutela vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt.

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

Pasemos ahora á otra division de personas. Porque entre aquellas que no se hallan bajo la potestad de otro, unas están en tutela ó curatela, y otras no se hallan sometidas á ninguno de estos derechos. Ocupémonos, pues, de las que se hallan bajo tutela ó curatela. De esta manera sabremos cuáles son las que se hallan en este caso. Y primeramente tratemos de las que se hallan en tutela.

Despues de haber examinado las personas con relacion á su posicion privada en el Estado y en las familias, vamos á estudiarlas

(1) Inst. 4. 6. 13.

(2) D. 6. 1. *De rei vindic.* 1. § 2. fr. Ul.—43. T. 30. *De liberis exhibendis.*

con relacion á la capacidad ó incapacidad en que pueden estar para gobernarse y defenderse. En efecto, causas generales, como la debilidad de la edad ó del sexo, ó causas particulares, como la demencia ó una prolongada enfermedad, pueden poner á las personas en tal estado que necesiten de un protector. Entónces corresponde á las leyes el dárselo. Veamos cómo las de los romanos habian provisto á esta necesidad. Siendo las personas *alieni juris* propiedad del jefe á que se hallaban sometidas, correspondia á este jefe propietario dirigirlas y defenderlas: así, por incapaces que ellas fuesen, hallaban estas personas la proteccion que les era necesaria en el poder á que se hallaban sometidas: la ley no tenía que ocuparse de un modo especial en su defensa, y todo lo que vamos á decir les era absolutamente extraño; pero los que eran *sui juris*, hallándose al frente de una familia y siendo dueños de sí mismos y de sus bienes, tenían indispensablemente necesidad de que la ley atendiese á sus intereses, cuando se hallaban en la imposibilidad de hacerlo por sí mismos. Esto fué lo que se hizo, poniéndolos, segun los casos, en tutela ó en curatela. Estas Instituciones fueron inspiradas por la naturaleza misma de las cosas, y comunes generalmente á todos los pueblos (1); la ley romana se apoderó de ellas, las revistió de su carácter particular, y fueron colocadas en el derecho propio de los ciudadanos solamente.

Las causas generales que por la ley romana hacian á las personas incapaces de ejercer sus derechos, eran la debilidad de la edad en los impúberos, y la del sexo en las mujeres: las causas particulares que podian hacer incapaz á un hombre, y no á otro, eran, por ejemplo, la demencia, hallarse furioso, la prodigalidad, etc. En el primer caso habia lugar á la tutela, y en el segundo á la curatela: conforme á las Instituciones, nos ocuparemos primero en la tutela.—Se daban, pues, tutores á los impúberos y á las mujeres de cualquiera edad que fuesen (2). Sin embargo, la tutela perpétua de las mujeres cayó sucesivamente en desuso, sin que en tiempo de Justiniano quedase de ella el menor vestigio. Darémos una idea de la misma; pero para no mezclar la legislacion existente con la derogada, trataremos primero de la tutela de los impúberos y con separacion de la de las mujeres.

(1) Gay. 1. § 189.

(2) *Tutores constituntur tam masculis quam feminis: sed masculis quidem impuberibus dumtaxat, feminis autem tam impuberibus quam puberibus* (Ulp. Reg. 11. § 1).

I. Est autem tutela, ut Servius definiuit, *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter etatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

1. La tutela es, segun la definición Servio, la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger á aquel que por causa de su edad no puede defenderse á sí mismo.

Casi todos los términos de esta definicion han dado materia á comentarios: ellos indican todos los caracteres esenciales de la tutela.

Vis ac potestas. Unos han visto en la palabra *vis* la autoridad sobre la persona del pupilo, y en *potestas* la autoridad sobre los bienes: otros en *vis*, el poder que tiene el tutor de obrar por sí mismo, y en *potestas*, el derecho que tiene para autorizar los actos del pupilo: áun hay algunos para quienes *vis* indica la coaccion ejercida sobre el tutor, que contra su voluntad está obligado á hacerse cargo de la tutela; pero, por el simple conocimiento del estilo de las leyes romanas, se convencerá cualquiera de que en estas leyes las palabras *vis ac potestas* iban comunmente juntas, segun ha observado Vinnio, el cual cita pasajes del Digesto, de la Instituta y del Código, en que estas palabras se encuentran reunidas (1). Así formaban un pleonasma, lo que es incontestable. Sin embargo, yo añadiré que aquí este pleonasma podria no ser enteramente inútil, porque existian ciertas tutelas de mujeres, en las cuales el tutor no tenía, por decirlo así, más que una potestad sin fuerza, pues sólo daba su autorizacion *pro forma*, y no podia rehusarla, de tal modo, que Gayo observa en esta ocasion, que si este tutor fuese un patrono ó un ascendiente, no se le podia obligar á dar su autorizacion, y que su tutela tenía alguna fuerza: «*Legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur*» (2). Esto puede ayudarnos á comprender la extension de esta expresion *tutela est vis ac potestas*. Por supuesto, *potestas* no es aquí más que una expresion tomada en el sentido general de la lengua romana, y de ningun modo la palabra jurídica *potestas*, que designa especialmente el poder dominical ó paterno.

In capite libero. Con esta expresion se designa comunmente una

(1) *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (D. 1. 3. 17).—Inst. 4. 15. 3: «*Ejusque (interdicti) vis et potestas hoc est.*»—C. 4. 36. 7.—Añádase Gay. 1. § 22, hablando de los metales empleados primitivamente en las negociaciones: «*Eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere.*»

(2) Gay. 1. § 192.

persona no esclava; pero tiene aquí un sentido más lato, pues indica una persona libre de toda potestad, *sui juris*, sin cuya cualidad no se puede estar en tutela. No dirémos que se aplique también al tutor y que signifique que se ha dado potestad á una cabeza libre sobre otra cabeza libre. La construcción de la frase y el razonamiento se oponen á este doble sentido. Para ser tutor es preciso á la verdad no ser esclavo; pero no es necesario ser *sui juris*.

Ad tuendum. La potestad del tutor es principalmente de protección, y en el interés del pupilo, diferente en esto de las verdaderas potestades, *potestas, manus, mancipium*, tiene por objeto defender la persona y los bienes del impúbero. No se le dan al tutor los derechos de este último, ni se le traslada su propiedad, sino sólo se le confía el cuidado de velar en su conservación y ejercicio.

Propter aetatem. En tiempo de Justiniano no existía ya la tutela por motivo del sexo.

Jure civili. La expresión *jus civile* tiene, como ya hemos dicho, dos significaciones. Designa á veces el derecho propio de los ciudadanos solamente, en oposición al derecho de gentes; y á veces el derecho establecido por la potestad legislativa, en oposición al derecho pretoriano. Uno y otro sentido son aplicables á la tutela; porque por una parte sólo los ciudadanos pueden ser tutores ó recibir tutores según la ley romana; y por otra, la tutela ha sido introducida y arreglada, no por los pretores, sino por leyes, por senado-consultos y por el uso (*legibus, senatus-consultis, moribus*) (1).

Data ac permissa. A veces la tutela se da por la misma ley: tal es la deferida de derecho á los agnados; no puede negarse que no sea *jure civili data* (2); otras veces sólo se permite la tutela, como la que la ley permite que el jefe de familia dé por testamento; es cierto que es *jure civili permissa* (3). A esta diferencia puede referirse la expresión del texto *data ac permissa*, aunque, sin embargo, ni los juriconsultos romanos, ni Teófilo en su paráfrasis, muestran atribuirles un sentido especial y distinto. También es un pleonismo.

II. Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen ceperunt: itaque ap-

2. Son tutores los que tienen este poder y esta autoridad, y cuyo nombre lo tomaron de la misma cosa;

(1) Ulp. Reg. 11. § 3.

(2) D. 26. 4. 1 y 5. f. Ulp.

(3) D. 26. 2. 1. f. Gay.

pellantur tutores, quasi tutores atque defensores; sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur.

así se llaman tutores, es decir, como protectores y defensores, como se llaman *aeditui* los que cuidan de los edificios.

Después de estas ideas generales pasan las Instituciones á exponer diversas especies de tutela. No investigaremos aquí cuántas de estas últimas formaban; pero dejando á un lado esta cuestión, las examinaremos sucesivamente unas después de otras, siguiendo el texto, y principiando primero por la que se daba por testamento. Esta tutela se llamaba testamentaria (*testamentaria tutela*); y los tutores dados de esta manera, tutores testamentarios (*testamentarii tutores*) (1). Encontramos en Gayo y en Ulpiano que estos tutores tomaban también el nombre de tutores dativos (*tutores dativi*), cuando habían sido dados nominalmente, es decir, cuando especialmente habían sido designados en el testamento (2). Pero esta denominación, ménos general que la otra, se asociaba principalmente á una particularidad de la tutela de las mujeres, que examinaremos al tratar esta materia.

III. Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero, neptibusque, ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri. Itaque, si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint, scilicet quia, mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.

3. Es permitido á los ascendientes dar por testamento tutores á los hijos impúberos que se hallen bajo su potestad, y esto sin distinción de hijos ni de hijas. Pero no pueden darlos á los nietos ni á las nietas, sino cuando éstos, después de la muerte de su abuelo, no deban pasar á poder del padre. Si, pues, en el momento de tu muerte se halla tu hijo bajo tu potestad, tus nietos habidos de aquél no podrán recibir tutores por testamento, aunque se hallen bajo tu potestad, porque, muerto tú, deben pasar bajo la potestad de su padre.

La tutela testamentaria se hallaba autorizada por la ley de las Doce Tablas, en estos términos: *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (*Hist. del der.*, p. 86) (3). Era antepuesta á todas las tutelas, porque sólo cuando no había tutor testamentario se recurría á los otros. Es menester examinar: quién puede nombrar el tutor por testamento; á quién se le puede nombrar; quiénes

(1) D. 26. 2. 11. princ. §§ 1 y 4.—46. 3. 14. § 5. f. Ulp.

(2) Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi (Gay. 1. § 154.)—Testamento quoque nominatim tutores dati..... tutores dativi appellantur (Ulp. Reg. 11. 14).

(3) Ulp. Reg. 11. § 14.

pueden ser nombrados, y cómo debe hacerse el nombramiento. Las dos primeras cuestiones se tratan en este título, y las dos últimas en el siguiente.—Sólo el jefe de familia puede nombrar el tutor por testamento, y de él habla la ley de las Doce Tablas, que acabamos de citar. Sólo pueden nombrar un tutor á los hijos que tienen bajo su poder : por eso se encuentra en la ley esta expresion notable, *tutelave suæ rei*, para decir la tutela de las personas que le pertenecen ; pero no basta que los hijos estén en poder del testador ; es necesario que á la muerte de éste tengan necesidad de un tutor, es decir, que sean impúberos y *sui juris* ; esto hace repetir en las Instituciones las observaciones que se han hecho ántes, cuando se trataba de determinar cuáles son los hijos que á la muerte del jefe se hacen *sui juris*.

IV. Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habentur et in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, *sui heredes*, et in potestate eorum, fierent.

In compluribus aliis causis.—En el sentido más general las palabras *hijo póstumo* significan hijo nacido despues de la muerte. Se debe indicar á la muerte de qué persona se compara el nacimiento de este hijo ; porque puede ser póstumo con relacion á su abuelo, á su tio, á su hermano, á su padre, segun que ha nacido despues de la muerte de uno ó de otro. En un sentido particular se entiende por *póstumo*, sin otra designacion, al hijo nacido despues de la muerte de su padre.—El póstumo, ya concebido, no ha sido nunca para las personas muertas ántes de su nacimiento, sino un sér incierto, y como tal, segun el antiguo derecho romano, no podia recibir por el testamento de aquellos de quienes era póstumo, ni tutor, ni legados, ni herencia (1). Este derecho primitivo fué modificado en un solo punto ; cuando moria un jefe de familia dejando un hijo únicamente concebido, el cual, si ya hubiese na-

(1) Gay. 2. § 241.—*Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona* (Ib. § 242.—Instit. 2. 20. 26).

4. De la misma manera que en otros muchos casos son considerados los póstumos como nacidos, igualmente se ha decidido aquí que podrán, lo mismo que los hijos ya nacidos, recibir tutores por testamento, con tal, sin embargo, que se hallen en una posicion tal que, si fuesen nacidos en vida de sus ascendientes, habrian sido *herederos suyos* y estado bajo su potestad.

cido, habria sido su heredero, pareció demasiado rigoroso despojar á este póstumo de la herencia paterna porque hubiese nacido despues de muerto su padre, y fué considerado como si hubiese nacido en vida de éste. Así es que fué llamado á la herencia legítima, y que fué permitido al jefe instituirlo heredero en su testamento ó desheredarle (1); darle un legado y nombrarle un tutor : por eso decia Gayo en sus comentarios, que para el nombramiento de un tutor y para otras muchas cosas (*in compluribus aliis causis*), se consideraba al hijo póstumo como nacido (2). Estas expresiones han sido trasladadas á las Instituciones, donde tienen un sentido todavía más lato ; porque Justiniano dió á los póstumos el derecho de recibir de todo el mundo por testamento, considerándolos como nacidos, no sólo con relacion al jefe de quien habrian debido heredar, sino con relacion á todas las demas personas (3).

Sui heredes. Se llaman herederos suyos (*sui heredes*) en el orden *ab intestato*, los hijos que en la familia, no hallándose precedidos por nadie, debian á la muerte del jefe ser *sui juris* ; la ley les daba la herencia. Para que el póstumo pudiese recibir un tutor del jefe de familia que se hallaba en el artículo de la muerte, era preciso que, reputándolo como nacido en el momento de esta muerte, se hallase en esta posicion. Un ejemplo explicará esta regla. Un abuelo tiene bajo su potestad á su hijo casado, cuya mujer se encuentra embarazada ; durante el embarazo muere el abuelo, dejando á su hijo por jefe de la familia y heredero suyo ; muere este hijo algun tiempo despues, y tambien durante el embarazo de su mujer ; en fin, nace el nieto, y como viene á ser póstumo con respecto á su padre y á su abuelo, nace *sui juris* y con necesidad de un tutor. ¿Ha podido recibirlo por el testamento de su abuelo? No, porque suponiéndolo nacido á la muerte de éste, no habria sido *sui juris* y heredero suyo, pues era precedido por su padre, bajo cuya potestad pasó en algun modo, aunque todavía no estuviese más que concebido. Pero ha podido recibir un tutor por el testamento del

(1) Gay. 2. § 130.—Inst. 2. 13. 1.

(2) Gay. 1. § 147.

(3) Instit. 2. 20. 26 y 28.—Es preciso observar las dos reglas siguientes : cuando se tratase de un hijo concebido, para defender sus intereses, para impedir que padeciesen sus derechos, se obraba como si este hijo hubiese ya nacido ; *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus queritur* (D. 1. 5. 7. f. Paul). Pero cuando se trataba de un póstumo, es decir, de un hijo concebido, y considerado con relacion á una persona muerta ántes de su nacimiento, no era, hasta Justiniano, reputado nacido sino relativamente al jefe de quien debia heredar.

padre, porque reputándolo ya nacido al tiempo de su muerte, era por esto mismo *sui juris et suus heres*.—Por lo demas, es menester guardarse bien de inferir de esto que el hijo deba necesariamente ser heredero para que el padre pueda darle un tutor por testamento. Sólo á su patria potestad debe el jefe la potestad de nombrar tutor. Podria en su testamento privar á sus hijos de toda sucesion, desheredándoles, y sin embargo designarles un tutor (1). Así en esta máxina de Q. M. Scevola : *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur habuit, habiturusve esset, si vivisset* (2), se ha querido explicar por estas palabra, *suis heredibus*, que no se puede dar un tutor sino á los hijos que no son precedidos por nadie en la familia, y que la ley, por consiguiente, pone entre los herederos suyos.

V. Sed si emancipator filio tutor à patre testamento datus fuerit, *confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

5. Mas si ha sido dado tutor por testamento del padre á un hijo emancipado, debe ser *confirmado* por sentencia del presidente en todos los casos, y por consiguiente, sin sumaria investigacion.

Confirmandus est. En muchos casos en que el nombramiento de tutor era nulo segun el derecho, debia aquél, sin embargo, ser confirmado por el magistrado. Un título especial se halla dedicado á esta materia en el Digesto y en el Código, *de confirmando tutore vel curatore* (3). Si el padre ha dado el tutor en un testamento ó en un codicilo no válido, si lo ha dado á un hijo emancipado sobre el cual no tenía patria potestad, ó á un hijo natural, con tal que en este caso le haya dejado algunos bienes (4): si la madre, un patrono ó un extranjero han dado tutor por testamento á un hijo que han instituido heredero (5): en todos estos casos, aunque segun el derecho estricto no sea el tutor válidamente dado, el magistrado lo confirma sin sumaria informacion, cuando ha sido dado por el padre, y si lo ha sido por cualquier otra persona, con sumaria, es decir, averiguando, segun la fortuna, la probidad y aptitud del tutor, si podrá desempeñar bien el cargo que se le confia (6).

(1) D. 26. 2. 4. f. Modest.—Ib. fr. 31.

(2) D. 50. 17. 73. § 1.

(3) D. 26. 3.—C. 5. 29.

(4) D. 26. 3. 1. § 1.—Ib. fr. 3 y 7.—C. 5. 29. 4.

(5) D. 26. 2. 4.—C. 5. 28. 4.—D. 26. 3. 1. § 1.—Ib. fr. 4.

(6) D. 26. 2. 1. § 2.—Teof. h. p.

TITULUS XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI
POSSUNT.

TÍTULO XIV.

QUIÉN PUEDE SER NOMBRADO TUTOR
POR TESTAMENTO.

Es evidente, por primer principio, que no se podia nombrar tutor por testamento sino á personas á quienes fuese permitido hacer entrar en la confeccion de semejante acto, que pudiese tomar por objeto de una disposicion testamentaria, ó, para explicarnos como los romanos, á aquellos con quienes se tuviese faccion de testamento : *Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est.*—*Cum quibus testamenti faciendi jus est* (1). Así por esto se hallaban excluidos todos los extranjeros, porque no se tenía con ellos faccion de testamento. Pero ¿esta condicion general bastaba, y toda persona capaz de figurar en un testamento como heredero ó como legatario, podia figurar en él como tutor? Las mujeres, los hijos de familia, los esclavos, los furiosos y los impúberes pueden recibir un legado y una herencia; ¿y podrán recibir una tutela? Las Instituciones examinan sucesivamente el nombramiento de estas diversas personas.

Las mujeres no podian ser llamadas á la tutela, que era una carga pública bajo ciertos aspectos, y que se hallaba reservada á los hombres únicamente (2). No habia excepcion sino respecto de aquellas que obtenian del príncipe permiso para administrar la tutela de sus propios hijos (3).

Dari autem potest tutor non solum pater familias, sed etiam filius familias.

Se puede nombrar tutor no sólo al padre de familia, sino tambien al hijo de familia.

Si el hijo de familia se hallaba sometido á su padre, era á causa del carácter particular de la patria potestad entre los romanos, y no por ninguna incapacidad. Podia desempeñar todos los cargos públicos, cuando tuviese la edad competente, y lo mismo sucedia respecto de la tutela (4).

(1) D. 26. 2. 21. f. Paul.—Ulp. Reg. 11. § 15.

(2) D. 26. 2. 26. f. Papin.

(3) D. 26. 1. 18. f. Nerat.

(4) D. 1. 6. 9. f. Pomp.

I. Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum et sine libertate tutorem datum, *tacite libertate directam* accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus *pure inutiliter testamento datur* tutor; sed ita *cum liber erit*, utiliter datur: proprius autem servus *inutiliter eo modo* tutor datur.

Tacite libertatem directam. Los esclavos eran incapaces de desempeñar ningún cargo; si se les quería nombrar tutores, era preciso manumitirlos antes. Hubo un tiempo en que se les nombraba tutores sin manumisión, y es cierto que los principios rigurosos del derecho primitivo se oponían á la validez de este nombramiento, y que ha debido existir una época en que fuese radicalmente nulo. Sin embargo, cuando se relajó el rigor de los primeros principios, pudo modificarse esta máxima en favor de la libertad y de los pupilos (*et libertatis et pupillorum favore*). Hallamos en el Digesto un fragmento de Paulo, que por sólo el hecho de que el esclavo ha sido nombrado tutor, decide que debe tener la libertad directa (1). Esta opinion no debía estar universalmente adoptada y completamente establecida, porque cerca de 40 años despues los emperadores Valeriano y Galieno dicen en un rescripto que en este caso es cosa recibida que el esclavo tenga libertad fideicomisaria (2). Justiniano sanciona en este lugar la opinion de Paulo. Entre la libertad directa y la libertad fideicomisaria hay, como sabemos, una diferencia principal, cual es, que la primera la adquiere el esclavo de pleno derecho, despues de la aceptacion de la herencia, mientras la segunda no la adquiere sino cuando el heredero lo ha manumitido.

Pure inutiliter testamento datur. Una disposicion es pura y simple cuando no se le pone ninguna condicion, ninguna modificacion. No se podia manumitir pura y simplemente al esclavo de

(1) D. 26. 2. 32. § 2. f. Paul.

(2) C. 7. 4. 9.

1. Tambien puede ser nombrado válidamente tutor por testamento su propio esclavo manumitiéndole. Pero conviene saber que aún en el caso en que se le ha nombrado tutor sin manumitirlo, se reputa haber tácitamente la libertad directa, y por esto recibe válidamente la tutela. Sin embargo, de otra manera sería si se le hubiese nombrado tutor por error, creyéndole libre. En cuanto al esclavo de otro, no se puede en su testamento darle por tutor *pura y simplemente*, sino con la condicion de cuando sea libre: si se nombrase así á su propio esclavo, el nombramiento sería inútil.

otro, pero sí se podia por fideicomiso (1); la tutela debía seguir la misma regla, pues no podia existir sin la libertad. Así esta disposicion: «Os ruego, mi heredero, que manumitais al esclavo de mi vecino, y lo doy por tutor á mi hijo», era válida; mientras que ésta: «Que Estico, esclavo de mi vecino, sea tutor de mi hijo», debía ser nula. Sin embargo, separándose los prudentes del derecho riguroso, decidieron siempre en favor de la libertad y de los pupilos, que aún en este último caso se juzgase que el testador habia querido dar la libertad fideicomisaria, á ménos que no fuese evidente que no era esa su intencion (*nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat*), y el heredero, por consiguiente, debía comprar al esclavo y manumitirlo (2). Las palabras de las Instituciones, *pure inutiliter datur*, deben, pues, tomarse en el sentido en que el nombramiento es inútil como puro y simple, lo que no impide que sea válido como fideicomisario. En cuanto á esta disposicion: «Que Estico, esclavo de mi vecino, sea tutor cuando sea libre», no tenía nada que fuese contrario al derecho, porque el nombramiento estaba hecho para una época en que el esclavo fuese capaz de desempeñarlo.

Inutiliter eo modo. Porque el que dice: «Doy á mi hijo por tutor mi esclavo Eros, cuando sea libre», no tiene evidentemente intencion de manumitir este esclavo.

II. Furiosus, vel minor viginti-quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.

2. El furioso ó menor de 25 años, nombrado tutor por testamento, tomará la tutela cuando recobre su juicio ó sea mayor de los 25 años.

Un loco no podia ser tutor. Algunos autores juzgaban que su nombramiento era nulo; pero los más pretendían que fuese siempre considerado como hecho bajo esta condicion tácita, *cum suae mentis esse ceperit* (3). Esta es la opinion que establecen las Instituciones, y que se aplica de una manera análoga al menor de 25 años. Es casi inútil decir que si el pupilo, teniendo, por ejemplo, 12 años, y el ciudadano designado por tutor 20, como el uno llegará á su pubertad antes que el otro llegue á los 25 años, el nombramiento es enteramente inútil.

(1) Inst. 2. 24. 5.

(2) D. 26. 2. 10. § 4. f. Ulp.—C. 7. 4. 9.

(3) D. 26. 1. 11. f. Paul.—26. 2. 10. § 3. f. Ulp.

Es preciso añadir, para terminar el exámen de los que podían ser tutores, que los militares eran incapaces de ello (1). No se podía tampoco nombrar á una persona incierta, como, por ejemplo: «El primero que encuentre mi entierro», porque la tutela no debe darse sino en confianza (2).

III. Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem, non dabitur.

3. No se duda que se puede nombrar tutor hasta un cierto tiempo ó á principiar desde un cierto tiempo, ó bajo condicion, ó aún ántes de la institucion de heredero.

El tutor podía ser nombrado pura y simplemente (*pura*): que Ticio sea tutor;—hasta un cierto tiempo (*ad certum tempus, ad diem*): que sea tutor durante 4 años;—desde un cierto tiempo (*ex certo tempore, a die*): que tome la tutela 4 años despues de mi muerte;—bajo condicion (*sub conditione*): que sea tutor, si gana el pleito que sostiene en este momento. No sin motivo se explican formalmente sobre la validez de semejantes nombramientos; porque veremos que el testador tenía la misma latitud en todas las disposiciones testamentarias, y que no podía nombrar heredero ni por tiempo determinado ni desde cierto tiempo (3).

Ante heredis institutionem. La institucion de heredero era la designacion de las personas que el testador elegia por herederos. El testamento no existia sino por esta institucion, y debia principiar por ella; de tal modo, que en otro tiempo los legados, los fideicomisos y las manumisiones inscriptas ántes de la institucion de heredero, eran nulas. Algunos jurisconsultos aún extendian este rigor al nombramiento de tutor; pero Labeon, Próculo y sus discipulos eran de opinion contraria relativamente al tutor (4). Por lo demas Justiniano abolió esta sutileza, no sólo respecto de la tutela, sino respecto de las demas disposiciones.

IV. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur.

4. Mas un tutor no puede ser dado para una cierta cosa ó para un negocio especial, porque se da á la persona y no al negocio ni á la cosa.

Veremos en adelante cómo es preciso entender esta máxima, de que el tutor se da á la persona y no á la cosa. Basta aquí decir

(1) C. 5. 34. 4.—Inst. 1. 25. 14.

(2) Ib. 2. 20. 27.

(3) Inst. 2. 14. 9.

(4) Gay. 2. § 229 y sig.

que teniendo la tutela por objeto general defender al pupilo en todos sus intereses, en su persona, en sus bienes y en sus negocios, no se podía hacer de ella un mandato especial para un objeto determinado. Semejante nombramiento habria sido absolutamente nulo (1). Habia en otro tiempo algunas excepciones de esta regla para ciertos casos, en los que, miéntras que ya habia un tutor, se nombraba á otro para un negocio particular; pero estas excepciones no eran ya admitidas en tiempo de Justiniano (2).—Ademas, nada impedia que se nombrasen al mismo pupilo muchos tutores, en cuyo caso debian dividir entre sí la administracion, como explicáremos en breve. Nada impedia tampoco, cuando los bienes se hallaban situados en diversas y apartadas provincias, distribuir entre diferentes tutores la gestion de estos mismos bienes.

V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur, quia filii vel filiarum appellatione et postumus vel postuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam cæteri liberi continebuntur.

5. Si alguno ha dado tutores á sus hijas ó hijos, se juzga haberlos dado á aquellas ó aquellos que son póstumos, porque estos últimos están comprendidos en la expresion de hijas ó hijos. Pero si se trata de nietos, ¿es preciso extender á ellos el nombramiento de tutor, hecho para los hijos? Sí, si el difunto se ha valido de la palabra *descendentes* (*liberos*); pero no, si ha usado la de hijos (*filios*). Porque hay una diferencia entre hijos y descendentes ó nietos. Mas si el tutor fuese dado á los póstumos, esta palabra comprenderia á todos los hijos y á todos los demas nietos póstumos.

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim-Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

Pasemos á tratar de los tutores legítimos. Son en general, segun dice Ulpiano, los nombrados por una ley; y sobre todo, los

(1) D. 26. 2. 13. f. Pomp.

(2) Gay. 1. 176 y sig.—Ulp. Reg. 11. § 20 y sig.—Inst. 1. 21. 3.

que proceden de la ley de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia: *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege Duodecim-Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni* (1). Estos tutores no son dados por nadie, sino que reciben la tutela de la ley misma: *Legitimo tutores nemo dat, sed lex Duodecim-Tabularum fecit tutores* (2). En cuanto á las expresiones propias de la ley de las Doce Tablas sobre esta materia no nos son conocidas; pero sabemos que esta ley, colocando la tutela entre los derechos de familia, y estableciendo una analogía entre ella y la herencia, la defería sólo á los agnados. Respecto de éstos, no es sólo la tutela una medida dictada en interes del que es incapaz, sino un derecho; porque se trata de su agnacion, de la asociacion de familia de que son individuos, y del patrimonio de esta asociacion. Con este objeto Gayo, y despues de él las Instituciones, tratan de la agnacion, sobre la cual hemos ya dado algunas ideas (*General. del der. rom.*, p. 41).

I. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, cuasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, et patruus filius neposve ex eo. At qui per femini sexus personas cognatione junguntur non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati: itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; et invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

1. Son agnados: los cognados unidos por el sexo masculino, los cognados por su padre; por ejemplo, el hermano nacido del mismo padre, su hijo, y el hijo de este hijo; de la misma manera el tío paterno, su hijo, ó el hijo de este hijo. En cuanto á los cognados unidos por el sexo femenino, no son agnados, sino sólo cognados por derecho natural: así el hijo de una tía paterna no es tu agnado, sino tu cognado; y recíprocamente no te hallas tú ligado á él sino por este título; porque los hijos siguen la familia del padre, y no la de la madre.

Sabemos que la palabra cognado es una expresion general que se aplica á todos los parientes. Los agnados forman una clase particular de cognados, y son individuos de una misma familia (*ejusdem familie, ex eadem familia*) (3), comprendiendo en la palabra familia, no una sola casa dirigida por un solo jefe, sino todas las

(1) Ulp. Reg. 11. § 3.

(2) D. 26. 4. 5. f. Ulp.

(3) Ulp. Reg. 11. § 4.—D. 8. 10. 10. § 2. f. Paul.

casas que reunidas en su origen en una sola se dividen sucesivamente á la muerte de cada jefe. El derecho civil, tomado en todo su rigor, no sanciona otro vínculo de parentesco que el de los agnados, á quienes concede únicamente los derechos de familia, como los de tutela y herencia. En oposicion á los agnados, y en un sentido limitado, se llaman simplemente cognados los parientes que están enlazados por un vínculo natural.

Per virilis sexus. Los agnados son, pues, los cognados individuos de una misma familia. Pero ¿cuáles son los individuos de una misma familia? Ya lo sabemos: los parientes por el sexo masculino, que proceden de justas nupcias ó legitimados, y los hijos adoptivos. En cuanto á los parientes por parte de las mujeres, como no entran en la familia de su madre, no son cognados de los parientes de esta última: esto es lo que dicen aquí las Instituciones. Mas puede suceder que un pariente por varon no sea agnado, si se ha separado de la familia; ó en sentido inverso, que un pariente por hembras ó un extranjero sea agnado, si por la adopcion ha sido introducido en la familia: es preciso, pues, guardarse bien de creer, como podria suceder leyendo el texto, que la agnacion vaya esencialmente unida á la cualidad de pariente por el sexo masculino, pues va unida á la existencia en la misma familia. El texto no expresa aquí el carácter de la agnacion, pero indica cuáles son ordinariamente los agnados y los cognados.

II Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

2. Que la ley llama los agnados á la tutela *abintestato*, no significa que los llame cuando el que podia nombrar tutores muriese sin testamento, sino cuando ha muerto *abintestato* en cuanto pertenece á la tutela: lo que se entiende que sucede, cuando aquel que es nombrado tutor, muere quedando vivo el testador.

Aquí se examina cuándo debe tener lugar la tutela, y esto sucede: 1.º, cuando el padre de familia ha muerto sin testar, ó al ménos sin nombrar tutor en su testamento; entónces se dice absolutamente intestado, ó al ménos intestado con relacion á la tutela; 2.º, cuando muere el tutor nombrado ántes que el testador; muere éste intestado con relacion á la tutela, porque el nombramiento que habia hecho ha quedado ilusorio ántes de su muerte; 3.º, cuando habiendo desempeñado su encargo el tutor testamen-