

tario, muere ó pierde sus derechos de ciudadano ántes que el pupilo haya llegado á la pubertad, en cuyo caso se recurre á los agnados para todo el tiempo que resta de tutela (1); 4.º, cuando el testador sólo ha deferido la tutela por un tiempo determinado, ó hasta que se verifique una cierta condicion: pasado aquel tiempo ó verificada esta condicion, se debe igualmente recurrir á la tutela legítima.—En estos dos últimos casos se considera que el padre de familia ha testado para una parte de la tutela, y que en cierto modo ha muerto abintestato para todo lo demas que falte de ella. Esta es una diferencia notable con respecto á la herencia. Ya veremos que nunca era permitido á un ciudadano morir parte con testamento y parte abintestato con respecto á su sucesion; entre los herederos testamentarios y los herederos legítimos no se admitia ninguna distribucion, ya en la cuota de la herencia, ya en el tiempo (2). Este principio no se habia trasladado á las tutelas en cuanto al tiempo, porque no era contrario á su naturaleza ser desempeñadas en un tiempo por una persona y en otro por otra.

III. Sed agnationis quidem jus omni us modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civiles nomen est; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

3. Mas el derecho de agnacion se extingue por regla general por toda disminucion de cabeza: porque la agnacion es un vínculo de derecho civil; mas el derecho de cognacion no se extingue en todos estos casos, porque la ley civil puede destruir los derechos civiles, pero no los naturales.

La agnacion es un efecto puramente civil, unido á la existencia en la misma familia. Debe por consiguiente desaparecer, y con ella todos los derechos que daba, cuando cesa esta existencia en la misma familia por cualquier causa que sea. La cognacion propiamente dicha, es decir, el parentesco natural, es el resultado de un hecho, el nacimiento ó procedencia de un tronco comun. Este hecho es indestructible, y por consiguiente tambien la cognacion. Nada hay en el mundo capaz de hacer que el que ha nacido del mismo padre que yo, deje de haber nacido de este padre, y por consiguiente deje de ser mi hermano. Pero respecto de los derechos civiles concedidos á la cognacion, puede la ley privar de ellos, porque ella los ha dado. En resumen, el vínculo de agnacion y todos sus de-

(1) D. 26. 2. 11. §§ 3 y 4. f. Ulp.—D. 26. 4. 6. f. Paul.

(2) Inst. 2. 14. 2.

rechos pueden ser destruidos; el vínculo de cognacion no puede serlo nunca, pero sí los derechos de cognacion. Como la pérdida de la agnacion lleva consigo la pérdida de la tutela, por lo mismo, y como cosa accesoria, examinan en este lugar Gayo, Ulpiano y las Instituciones las disminuciones de cabeza.

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Est autem capitis deminutio, prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

TITULO XVI.

DE LA DISMINUCION DE CABEZA.

La disminucion de cabeza es el cambio del anterior estado. Tiene lugar de tres maneras, pues es ó grande, ó menor, que algunos llaman media, ó minima.

Como ya hemos dicho en nuestra *Generalizacion del derecho romano*, el estado del ciudadano romano se componia esencialmente de tres elementos constitutivos, sin los cuales jamas existia: tales son la libertad, la ciudad y la familia: «*Tria sunt quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*» (1). Sin la libertad, sin la ciudad y sin la familia, en la que uno era el jefe ó dependiente, podia decirse que no habia ciudadano. En cuanto á las cualidades particulares de senador, patricio, caballero, cónsul, etc., eran accesorias, pudiendo hallarse en uno y no en otro, y no entrando en manera alguna á constituir el estado de ciudadano romano. Los tres elementos que componian dicho estado no tenian todos la misma importancia, ni se modificaban del mismo modo. Como la clase de los hombres libres era una por su naturaleza en cuanto á la libertad, no habia término medio, haciendo abstraccion de los demas derechos, entre corresponder ó no á ella, entre poseer ó no la libertad: así no se dice *libertas mutatur*, sino *libertas amittitur* (2). La pérdida total de uno de los elementos constitutivos del estado de ciudadano romano llevaba consigo la pérdida del estado mismo y de los otros dos elementos que lo componian: esto era lo que se llamaba *maxima capitis deminutio*.—Del mismo modo, como no habia más que una sola ciudad romana, tampoco habia término medio entre corresponder ó no á ella, entre poseer ó perder la ciudad: tampoco se dice *civitas mutatur*, sino

(1) D. 4. 5. 11. f. Paul.

(2) Ulp. Reg. 11. § 11.

civitas amittitur (1). La pérdida total de uno de los elementos constitutivos del estado de ciudadano romano llevaba también consigo la pérdida del estado mismo, pero no la de los otros dos elementos; porque aquí la persona, perdiendo el estado de ciudadano romano, perdía la familia, pero conservaba la libertad: ésta es la *media capitis deminutio*.—En fin, como en la ciudad romana había muchas familias, mientras que se conservaba la libertad y la ciudad, no se salía de una de estas familias sino para entrar en otra, en la que era el que entraba ó jefe ó dependiente; no había nunca pérdida absoluta, sino sólo mutación (*familia tantum mutatur*) (2). El estado de ciudadano romano no se destruía (*salvo statu*) (3), y sólo se modificaba la situación del hombre (*status dumtaxat hominis mutatur*) (4): ésta se llamaba *minima capitis deminutio*.—En otro tiempo el que perdía la libertad ó la ciudad dejaba de ser inscripto en el censo de los ciudadanos, mas el que mudaba de familia continuaba siendo inscripto en dicho censo, aunque en otro lugar, como correspondiente á tal familia en lugar de cual otra.—¿De dónde procede que se hubiese dado á la pérdida de la libertad y de la ciudad, como igualmente á la mutación de familia, el nombre de *capitis deminutio*, que significa, literalmente traducido, disminución de cabeza? Hotoman ha dado sobre esto una explicación ingeniosa, que ha citado Vinnio, comentada por Heinnecio, y que ha sido después generalmente repetida: consiste dicha explicación en que en todos estos casos hay disminución de una cabeza en la clase de los hombres libres, en la ciudad ó en la familia, de tal modo que en el sentido primitivo la palabra *deminutio* debía aplicarse á la clase que perdía uno de sus individuos, y no al mismo individuo; sólo por una trasposición de ideas se ha hecho que recaiga sobre este último, y se ha dicho *capitis deminutus*.

I. Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quod accidit his qui servis pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ; vel libertis, ut ingra-

1. Hay grande ó máxima disminución de cabeza, cuando alguno pierde al mismo tiempo la ciudad y la libertad; lo que sucede á aquellos á quienes una sentencia atroz hace esclavos de la pena; á los libertos

(1) Inst. h. t. § 2.

(2) D. 4. 5. 11. f. Paul.

(3) D. 38. 17. 1. § 8. f. Ulp.

(4) Ulp. Reg. 11. § 13.—Inst. h. t. § 3.

tis erga patronos condemnatis; vel his qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.

condenados como ingratos con sus patronos; ó á aquellos que se han dejado vender para participar del precio de la venta.

El que pierde la libertad, pierde á un tiempo la ciudad y la familia. En cuanto á los acontecimientos que producen la máxima disminución de cabeza, ya los hemos enumerado. Ahora debemos recordarlos. Los únicos que todavía existían en tiempo de las Instituciones son los que cita nuestro texto. 1.º Una pena. En efecto, los condenados al último suplicio, como, por ejemplo, á ser devorados por las fieras, pena cruel que aún existía en tiempo de Justiniano (*qui bestiis subjiciuntur, ad bestias damnati*) (1), los condenados á las minas (*in metallum, in opus metalli damnati*) (2), quedaban hechos esclavos por el solo efecto de la condenación ó de la sentencia, y sin necesidad de esperar su ejecución (3). Pero no tenían otro señor más que el suplicio; por eso se les llamaba *servi pœnæ*, y si se les daba alguna cosa por testamento, la disposición se consideraba como no puesta, pues no tenían señor para quien pudiesen adquirir (4). Posteriormente abolió Justiniano (año 538) este género de servidumbre en la novela 22, cap. VIII.—2.º La ingratitud del liberto. Daba ésta al patrono derecho para acusar al liberto ante el magistrado, y obtener una sentencia que hiciese volver á aquél á la esclavitud (5).—3.º La venta que un hombre libre y mayor de 20 años hacía de su propia persona para tomar parte del precio.

II. Minor, sive media capitis deminutio, est cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.

2. Se dice menor ó media disminución de cabeza cuando alguno pierde la ciudad conservando la libertad; lo que sucede á aquel á quien se le prohíbe el agua y el fuego, ó al que ha sido deportado á una isla.

La media disminución de cabeza hace perder necesariamente los derechos de familia, porque estos derechos son propios de los ciudadanos solamente; pero el hombre queda libre y se hace extranjero (*peregrinus fit*) (6).—La interdicción del agua y del

(1) Inst. 1. 12. § 3.—D. 48. 19. 11. § 3. f. Marc. y 29. f. Gay.

(2) D. 48. 19. 17. f. Marc.

(3) Ib. f. 10. § 1. Marc.—Ib. f. 2. § 1. Ulp.

(4) Ib. f. 17. Marc.

(5) D. 25. 3. 6. § 1. f. Modest.—C. 6. 7.

(6) Ulp. Reg. 10. § 3.

fuego era una fórmula de destierro perpétuo que se usaba para obligar á un ciudadano á que él mismo se expatriase, hallándose privado de todas las cosas necesarias para la vida. Nadie, nos dice Ciceron, podrá nunca, por ninguna orden del pueblo, perder los derechos de ciudad contra su voluntad: *Civitatem vero nemo unquam ullo populi jussu amittet invitus*; ni aun los sentenciados; sólo se hace de un modo indirecto, prohibiéndoles el uso del agua y del fuego: *Id autem ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti, et aquæ et ignis interdictione faciebant* (1). Este carácter sagrado que protegía el título de ciudadano romano llegó á desaparecer; pero subsistió la fórmula del destierro.—La deportacion se diferenciaba de la interdicion del agua y del fuego, en que en el primer caso era el sentenciado encerrado en un paraje determinado, ó en una isla, de donde no podia salir bajo pena de muerte (2). Este género de pena reemplazó en un todo á la interdicion del agua y del fuego, cuyo nombre se conservó sin embargo (3). Es preciso no confundir con la deportacion la relegacion, que era tambien un destierro en un lugar designado. Se diferenciaba esta última de la anterior en que podia ser perpétua ó temporal, y sobre todo, en que por ella no se perdian en ningun caso los derechos de ciudad (4).

III. Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit his qui, cum sui juris fuerunt, ceperunt alieno juri subjecti esse; vel contra, si filius familias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.

Status hominis commutatur. El estado de ciudadano romano no se pierde en manera alguna, como ya hemos dicho, por la variacion de familia; por eso no se dice aquí *status amittitur*, sino antes bien dice Ulpiano con propiedad que la mínima disminucion de cabeza tiene lugar *salvo statu* (5); pero si el estado de ciuda-

(1) Cic. *Pro domo*. c. 29 y 30.

(2) D. 48. 19. 4. f. Marc.

(3) D. 48. 19. 2. § 1.

(4) D. 48. 22. 7. Ulp.

(5) D. 38. 17. 1. § 8. f. Ulp.

dano romano no se pierde, la situacion de la persona en cuanto á la familia se modifica, y esto es lo que significan aquí las expresiones de nuestro texto.

Ceperunt alieno juri subjecti esse. Este pasaje no sirve para más que para citar como ejemplo al adrogado y al emancipado. Guárdemonos bien de entenderlo como enunciando el principio de que para que haya mínima disminucion de cabeza, es preciso que la persona haya pasado del estado de jefe de familia al de hijo, ó al contrario, del estado de hijo al de jefe. Además de que esta traduccion sería viciosa, expresaria un error de derecho. Hay mínima disminucion de cabeza siempre que hay variacion de familia (*cum familiam mutaverint*) (1). Puede suceder que en esta trasmutacion el que era hijo se haga jefe, ó al contrario; pero puede ocurrir tambien que no suceda esto: así el hijo dado en adopcion por su padre, entra en la nueva familia con la cualidad de hijo que en la otra tenía.—En otro tiempo la mujer que pasaba *in manu viri*, y el hombre libre que era dado *in mancipio*, experimentaban tambien la mínima disminucion de cabeza (2).

IV. Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

4. El siervo manumitido no produce disminucion de cabeza, porque no tenía cabeza.

Paulo dice en otros términos: *Servile caput nullum jus habet, ideo nec minui potest* (3). El esclavo no tenía ninguno de los derechos que componian el estado de ciudadano romano, ni libertad, ni ciudad, ni familia; y en este sentido se dice que *nullum caput habuit*. Cuando era manumitido, ni la clase de los hombres libres, ni la ciudad, ni ninguna familia, perdian ninguno de sus individuos: no habia, pues, disminucion de cabeza.

V. Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo a senatu motos capite non minui constat.

5. No hay disminucion de cabeza respecto de aquellos cuya dignidad se muda más bien que el estado, ni por consiguiente respecto del senador que es excluido del senado.

Sabemos que las diversas dignidades no entraban en manera alguna en la composicion del estado de ciudadano romano, que exis-

(1) D. 4. 5. 3. f. Paul.

(2) Gay. 1. § 162.

(3) D. 4. 5. 3. § 1. f. Paul.

tia sin ellas; la adquisicion ó pérdida de dichas dignidades en nada afectaban al Estado.

VI. Quod autem dictum est, manere cognationis jus est post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis diminutio interveniat; manet enim cognatio. Nam, si maximas capitis diminutio intercurrat, jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati; et nequidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed et si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

6. Cuando se ha dicho que los derechos de cognacion sobreviven aun á la disminucion de cabeza, se ha querido hablar de la mínima; en efecto, entónces no se destruye la cognacion; pero si interviene la máxima disminucion de cabeza, perece el derecho de cognacion, como por ejemplo perece por la esclavitud de algun cognado, sin que se restablezca la cognacion ni aun por la manumision. Tambien se acaba la cognacion por la deportacion á una isla.

El objeto que ha hecho examinar en este lugar las disminuciones de cabeza consiste, como hemos dicho, en conocer su influjo sobre la agnacion, y como cosa accesoria sobre la cognacion. Esta influencia puede resumirse así: el vínculo mismo de la agnacion y los derechos que ella da se destruyen por toda disminucion de cabeza; el vínculo natural de la cognacion no se destruye por ninguna disminucion; los derechos civiles que lleva consigo se acaban por la máxima y la media, pero no por la mínima, que deja el entero goce de los derechos civiles, y que tiene el único efecto de producir un cambio de familia, cosa indiferente respecto á la agnacion. — Conviene observar que el hombre hecho esclavo pierde todos sus agnados, todos sus derechos de cognacion, y que no los recupera nunca, aunque sea despues manumitido; porque despues de la manumision empieza una nueva persona y una nueva familia, separada completamente de la antigua persona y de la antigua familia. Lo mismo sucede en el caso de deportacion, á ménos que el deportado no haya sido restituido enteramente.

VII. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum qui proximiores gradu sunt, vel, si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet.

7. Pero aunque la tutela pertenece á los agnados, no pertenece á todos igualmente, sino solamente á los que son de un grado más inmediato, ó si hay muchos del mismo grado, pertenece á todos.

Qui proximiores gradus sunt. Las Doce Tablas, colocando la tutela entre los derechos de familia, y estableciendo una semejanza entre ella y la herencia, la habia deferido á los agnados en el mismo órden que la sucesion, es decir, llamando á los próximos. De

aquí procede esta máxima del derecho romano: *Ubi emolumentum successionis, ibi et onus tutela* (1). En efecto, el heredero presuntivo del pupilo que, si este pupilo llega á morir, debe sucederle en sus bienes, está más interesado que ningun otro en conservarlos y aumentarlos; por otra parte se le suponía más afecto, como el más próximo pariente civil. — Sin embargo, es preciso no dar á la analogía que existia entre la tutela y la herencia demasiada importancia. Así podia suceder que el agnado más próximo fuese heredero presuntivo y no tutor, como, por ejemplo, si fuese un impúbbero, un sordo-mudo ó una mujer. Por lo contrario, podia suceder que el agnado más próximo fuese tutor, y no fuese heredero presuntivo, como, por ejemplo, si el padre en su testamento hubiese designado al heredero de su hijo impúbbero, como tenía derecho de hacerlo, segun veremos en adelante (2).

Ad omnes pertinet. Así podia haber á un tiempo muchos tutores legítimos, lo mismo que muchos tutores testamentarios.

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Ex eadem lege Duodecim-Tabularum, libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem et tutores esse jussit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus ple-

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

Segun la misma ley de las Doce Tablas, la tutela de los libertos y libertas corresponde á los patronos ó á sus hijos, cuya tutela se llama tambien legitima, no porque se halle establecida en la ley de una manera expresa, sino porque procede de la interpretacion de esta ley, como si hubiese sido introducida por las palabras mismas de ella. En efecto, de que la ley hubiese dado la herencia de los libertos y libertas, muertos abintestato, á los patronos y á sus hijos, han deducido los antiguos que queria aquélla darles tambien la tutela, pues los agnados que llama la herencia son tambien los que quiere para tutores, conforme al principio de que generalmente donde se halla el beneficio de la sucesion, allí debe estar tambien la carga de la tutela. Decimos generalmente, porque si es

(1) Inst. 1. 17.

(2) D. 26. 4. 1. § 1. y sig. f. Ulp.—f. 8. Paul.—f. 10. Hermog.—Inst. 2. 16.

rumque, quia si a femina impubes una mujer la que manumite á un impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem púbero, ella es llamada á la herencia vocatur, cum alius si tutor. y otro ha de ser tutor.

Un esclavo podía ser manumitido impúbero, teniendo necesidad de un tutor. ¿Quién debía serlo? ¿Un tutor testamentario? Pero no podía serlo éste, porque esta clase de tutores sólo se daba por el jefe de familia á las personas sometidas bajo su poder; ¿un agnado? pero el manumitido da en sí principio á una nueva familia y no tiene agnados. Las costumbres lo unian en cierto modo á la casa de su patrono; la ley de las Doce Tablas habia dado á este último y á sus hijos el derecho de familia más importante, el derecho de herencia. Teófilo explica con este objeto el sentido de la ley de las Doce Tablas, aunque no reproduce sus propias expresiones; era consiguiente unir á aquél el derecho de tutela, y esto fué lo que hicieron los prudentes. Así, despues de la manumision es tutor el patrono, y despues de la muerte de éste sus hijos: esta tutela es legítima, porque, segun los términos de Ulpiano, que hemos citado, se llamaban así los tutores que procedian de la ley de las Doce Tablas; ya expresamente, ya por consecuencia, el patrono y sus hijos se hallaban en este último caso.

TITULUS XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

El padre de familia no llegaba en otro tiempo á emancipar á su propio hijo, sino acabándose primero su patria potestad por las ventas necesarias, transformándola en *mancipium* por un rescate ó retroventa, y manumitiendo entónces al hijo que tenía, no ya bajo su potestad, sino *in mancipio*.

Respecto de él, no era, rigurosamente hablando, más que un propietario que lo habia manumitido del *mancipium*, y bajo este título tenía derechos de herencia y de tutela.

TITULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES.

A ejemplo de la tutela de los patronos es recibida otra que se llama también legítima; porque si alguno emancipa ántes de su pubertad á su hijo ó á su hija, á su nieto ó á su nieta, habidos de un hijo, y así sucesivamente, será el tutor legítimo de ellos.

Más el impúbero, libre del *mancipium* por la manumision, se hallaba con relacion á la tutela en una posicion semejante á la de un manumitido; porque habiendo salido de su familia y no teniendo ya agnados, no podia tener tutor de esta clase. Hemos visto que el propietario manumitente era asimilado á un patrono, y que por consecuencia de esta semejanza tenía derechos de herencia. Debia tener por consiguiente, y tenía en efecto, la tutela.

Sin embargo, cuando se trataba de mancipaciones no verdaderas, sino ficticias, hechas por el ascendiente ó por el comprador ficticio para llegar á la emancipacion, como sólo habia en esto una ficcion, á que no alcanzaban las previsiones de la ley de las Doce Tablas, la tutela, que era su consecuencia, no se consideraba como *legítima*. Los juriscultos romanos le habian dado otra calificacion, sacada de las circunstancias particulares de la especie. En efecto, como en aquellas operaciones ficticias habia siempre una cláusula de fiducia, ya para obligar al que adquiria á manumitir al hijo ó á la mujer que le habian sido mancipados, ya para obligarle á reemanciparlos ó volverlos á emancipar al jefe de familia, á fin de que fuese éste quien lo manumitiese, habian llamado los juriscultos *fiduciarias* á las tutelas que eran consecuencia de semejantes manumisiones. Este epíteto de tutor *fiduciario* se aplicaba sin dificultad al que adquiria de un modo ficticio, en el caso en que fuese él el que hubiese hecho manumision. Esto nos lo dice Ulpiano con las palabras siguientes: «*Qui liberum caput mancipatum sibi, vel a parente vel a (coemptionatore) manumisit, per similitudinem patroni, tutor efficitur..... qui fiduciarius tutor appellatur*» (1).—Gayo es todavía más explícito. Despues de haber hablado de la tutela *legítima*, indica otra, la tutela *fiduciaria*, introducida á ejemplo de la del patrono: «*Exemplo patronorum (quoque) fiduciaria (tutela) re(per)ta est; sunt en(im)..... fiduciaria..... pride(m), quæ ideo nobis competunt, quia (liberum) caput mancipatum nobis vel a parente, vel a coemptionatore manumiserimus*» (2).

Pero si la manumision por consecuencia de una remancipacion era hecha en definitiva por el padre de familia, habian creido los juriscultos romanos que por deferencia y honor debian asimilar

(1) Ulp. Reg. 11. § 5.

(2) Gay. 1. §§ 166 y 195.

este último á un verdadero patrono y darle la categoría de tutor legítimo: «*Cum is et legitimus tutor habeatur*» dice Gayo; «*vicem legitimi tutoris obtinet*» dice Ulpiano (1). Porque en su cualidad de padre no debia prestársele ménos honor que á los patronos. «*Et non minus huic, quam patronis, honor præstandus est*» (2). Por lo demas, en tiempo de las Instituciones las mancipaciones y la reserva de fiducia se hallaban suprimidas, y la emancipacion estaba sujeta, como sabemos, á formas mucho más sencillas.

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parens, filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarium tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. At qui patrono legitimo, tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores! Quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eorum jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis, quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

Quo defuncto. El padre emancipador, tutor del hijo emancipado, muriendo ántes de la pubertad de este hijo, habria podido

(1) D. 26. 4. 3. § 10.

(2) Gay. 1. §§ 172 y 175.

nombrarle un tutor testamentario; y aunque estrictamente no fuese válido semejante nombramiento, sin embargo, se habria confirmado; pero si no lo hubiese hecho, se daba por tutores á aquel hijo las personas que ántes de su mancipacion habian sido sus agnados, los descendientes del jefe emancipador, y entre éstos se escogia al que se hallaba en grado más próximo al emancipado (1). Esta tutela, que no procedia de las leyes de las Doce Tablas, sino que era consecuencia de mancipaciones ficticias con cláusula de fiducia, se colocaba en la clase de las tutelas fiduciarias.

Filiorum suorum. Teófilo cita aquí ejemplos para hacer ver cómo puede ser uno tutor fiduciario, ya de su hijo, ya de su hermano ó de su sobrino. Nos bastará mencionar uno respecto del hijo. Un abuelo emancipa á su nieto, conservando bajo su potestad al padre de este último; muerto el abuelo, entrará á ser el padre tutor fiduciario de su hijo emancipado.

Atqui patrono. Justiniano se hace esta objecion. Cuando el patrono, tutor legítimo, muere, sus hijos son tutores legítimos; ¿por qué, cuando el padre emancipador, tutor legítimo, muere, sus hijos no son más que tutores fiduciarios? Y á esto responde, por un motivo, que ademas de que nada prueba, no se aplica á todos los casos; porque supongamos que se tratase de un nieto emancipado por su abuelo, permaneciendo en la familia su padre natural; este nieto, si no hubiese sido emancipado, habria pasado, á la muerte del abuelo, á poder de su padre; y sin embargo, este último no es más que un tutor fiduciario. La verdadera razon es que la ley de las Doce Tablas daba al patrono y á sus hijos la herencia del liberto, y por consiguiente la tutela, porque el patrono y los hijos del patrono formaban la única familia civil del liberto; esta tutela era pues, legítima; el padre emancipador habia sido similado á un patrono, y considerado él tambien, por consiguiente, como tutor legítimo; pero sus hijos no eran asimilados á los hijos de un patrono, ni respecto de la herencia, ni por consiguiente respecto de la tutela. La ley de las Doce Tablas no les conferia directa ni indirectamente ningun derecho sobre aquel impúbero, que habia cesado de formar parte de la familia. Su tutela no era, pues, legítima, sino puramente de confianza. Y aunque desde el tiempo de Anas-

(1) D. 26. 4. 4. f. Modest.

tasio hubiesen adquirido los hermanos del emancipado derechos de sucesion (1), su tutela no dejó por eso de ser fiduciaria, y no llegó á ser legítima: porque los derechos de herencia, cuando no procedían de la ley de las Doce Tablas, no daban una tutela legítima.

Por lo demas, recordemos una observacion general, cual es que si se toma la expresion de tutela legítima en el sentido más lato, como significando una tutela dada por la ley, la de los agnados del patrono y de sus hijos, del ascendiente emancipador y de los suyos, son todas legítimas; pero si se toma en el sentido especial, como significando una tutela que procede de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia, entónces los agnados, el patrono y sus hijos son realmente los únicos tutores legítimos, el padre emancipado se les asimila por honor á su cualidad; pero sus hijos no son más que tutores fiduciarios.

Si perfectæ sint ætatis. Esta edad era la de veinticinco años (2). El que era llamado á la tutela por la ley, debía ser capaz de administrarla; si era menor de veinticinco años, furioso ó sordo-mudo, no podia ser tutor (3); y no se hacía lo que respecto de la tutela testamentaria, es decir, no se esperaba á que cesase la incapacidad, sino que inmediatamente se recurria al tutor que la ley llamaba despues de aquél (4).

TITULUS XX.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO QUI EX
LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Si cui nullus omnino tutor fuerat,
ei dabatur, in urbe quidem romana,
a prætorè urbano *et majore parte* tri-
bunorum plebis tutor *ex lege Atilia*:
in provinciis vero, a præsidibus pro-
vinciarum, ex lege Julia et Titia.

(1) C. 5. 31. 4.

(2) Ib. 5.

(3) D. 26. 4. 10. § 1. f. Herm.

(4) El sistema que acabamos de examinar sobre las tutelas deferidas por la ley es el que existia todavia en tiempo de las Instituciones. Pero despues de la novela de Justiniano, que introdujo (añ. 529) un nuevo orden de sucesion, en el cual no se consideraba más que el grado de parentesco, sin distinguir los agnados de los cognados, la misma variacion se introdujo en las tutelas, siempre en conformidad del principio de que una debe ser consecuencia de otra. Las mujeres, sin embargo, quedaron siempre incapaces de ser tutoras, á excepcion de la madre y de la abuela (Nov. 103. c. 4).

Llegamos á la tutela dada por los magistrados: los comentadores y los escritores modernos la llaman *tutela dativa*. Esta denominacion se halla hoy generalmente adoptada; sin embargo, no se hallaba sancionada entre los jurisconsultos romanos. Únicamente comparando un fragmento de Ulpiano ya citado: *Legitimos tutores nemo dat; sed lex..... fecit tutores* (1), con estas expresiones frecuentemente empleadas, *testamento datus tutor*, *tutor datus a præside*, *a prætorè*, se podria inferir que en oposicion á la tutela deferida por la ley, las dos tutelas, la dada por testamento y la dada por el magistrado, eran dativas; pero la expresion de *tutor datus* que, como ya hemos visto, se aplica especialmente, por Gayo y por Ulpiano al tutor dado por testamento, no se usa del mismo modo para el tutor dado por los magistrados. Este tutor es llamado como aquí en las Instituciones, *tutor Atilianus* (2), por el nombre de la ley *Atilia*, en virtud de la cual se daba; y como esta ley sólo se referia á los tutores dados en la ciudad, se llamaba el tutor dado en las provincias *tutor Juliotitianus*, por el nombre de la ley *Julia* y *Titia*, que de ellos trataba. Teófilo nos indica esta última expresion.

Et majore parte. Eran diez tribunos (*Hist. del der.*, p. 73); de liberaban todos con el pretor acerca del nombramiento de tutor. Este nombramiento sólo tenia lugar cuando á propuesta del pretor se reunia la mayoría de los tribunos, por consiguiente seis por lo ménos, segun dice Teófilo.

Ex lege Atilia. No se sabe su verdadera fecha. Debe corresponder á una época bastante remota, porque debió suceder frecuentemente que algunas personas no tuviesen ni tutor testamentario, ni tutor legítimo; y desde entónces debió conocerse la necesidad de regularizar el nombramiento de un tutor. La ley *Atilia* existia probablemente el año 557 de Roma, porque hablando Tito Livio de una emancipada que vivia en aquel tiempo, nos dice: «*Post patroni mortem, quia nullius in manu esset, tutore a tribunis et prætorè petito.....*» (3). Por esto M. Haubol, en sus *Tablas cronológicas*, principia á indicarla en aquel año como dudosa en cuanto á su fecha. Heinneccio, en sus *Antigüedades romanas*, la pone

(1) D. 26. 4. 5.

(2) *Quid Atilianus tutor vocatur*, dice Gay., l. 1. § 185; *quos tutores Atilianos appellamus*, dice Ulpiano, Reg. 11. § 18; lo mismo Teof. h. p.

(3) Tit. Liv. 39. 9.

en 443, presuncion que sólo se funda en el nombre de un tribuno de aquella época, llamado *Atilius Regulus*. En cuanto á la ley *Julia et Titia* convienen generalmente en que corresponde al tiempo de Julio César Octaviano, año 723 de Roma; sin embargo, Teófilo habla de ésta como de dos leyes distintas: la ley *Julia* y la ley *Titia*, expedidas una despues de otra. Es menester confesar que esta opinion podria con dificultad convenir con los fragmentos de todos los juriconsultos, que nunca la nombran sino en singular, *lex Julia et Titia*.

El nombramiento de un tutor no se hallaba comprendido en las atribuciones ordinarias de los magistrados; no correspondia ni á la organizacion de un litigio con indicacion del derecho (*jurisdictio*), ni á su poder ejecutivo (*imperium*) (*Hist. del der.*, p. 104). Era cosa reconocida que no tenian facultad de nombrar tutor sino cuando una ley se lo habia especialmente concedido (1). La legislacion experimentó acerca de esta materia muchas variaciones que las Instituciones indican; la primera fué la que establece la ley *Atilia*, de que acabamos de hablar.

I. Sed et si testamento tutor sub conditione, aut die certo, datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existerat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.

II. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat, in civitatem reversus fuerat; nam, reversus, recipiebat tutelam, jure postliminii.

Estos dos párrafos reunidos al *principium*, expresan los casos en que tiene lugar la tutela dada por los magistrados, que son los

(1) Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hereditas dedit vel lex, vel senatus-consultum, vel princeps. De 26. 1. 6. § 2. f. Ulp.

siguientes: 1.º Cuando no hay absolutamente ningun tutor, ni testamentario ni legítimo (*si cui nullus omnino tutor fuerat*).— 2.º Cuando la tutela testamentaria se halla suspendida ó interrumpida por una causa cualquiera: por ejemplo, cuando el tutor testamentario no debia empezar á ejercer su cargo sino desde un cierto dia, ó despues de verificarse tal condicion; ó cuando el heredero designado por el difunto tardaba en presentarse y en aceptar la herencia; porque hasta su aceptacion, el testamento y todas sus disposiciones se hallaban en suspenso; ó bien, en fin, cuando el tutor testamentario era hecho prisionero por el enemigo. En todos estos casos el magistrado nombraba entre tanto un tutor, porque mientras que todavía hay esperanza de tutela testamentaria, no debe recurrirse á la deferida por la ley: «*Sciendum et enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitima cessare*» (1). Si la esperanza se realizaba, el tutor nombrado por el magistrado cedia su cargo al tutor testamentario; si la esperanza no se realizaba, lo cedia al tutor llamado por la ley.— 3.º Cuando se excusaba de la tutela el tutor testamentario, ó era destituido (2). En este caso, sin embargo, no habia ya esperanza de tutela testamentaria; porque no se habia recurrido á la tutela de los agnados: ¿que se hacía cuando el tutor testamentario habia muerto durante su gestion, y antes de llegar el pupilo á la pubertad? Ulpiano dice que era porque el tutor se hallaba destituido precisamente para que otro fuese nombrado: «*Nam et hic idcirco abitur, ut alius detur*» (3); lo que puede explicarse en el sentido de que siempre que uno se dirigia á los magistrados para que hiciesen cesar al tutor en su encargo, ya admitiendo sus excusas, ya destituyéndole, llevaba esto consigo la consecuencia necesaria de que separado el tutor sólo por la intervencion de la autoridad, debia ser reemplazado por disposicion de la misma autoridad.

III. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare ceperunt; deinde prætores, ex constitutionibus. Nam supradictis legi-

3. Mas los tutores cesaron de ser dados conforme á estas leyes, despues que los cónsules primeros principiaron á darlos á los pupilos de ambos sexos, en vista de la sumaria practicada; y despues los prætores conforme á las constituciones, por-

(1) D. 26. 2. 11. f. Ulp.

(2) D. 26. 2. 11. §§ 1 y 2. f. Ulp.

(3) D. 26. 2. 11. § 1.

bus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quidquam cavebatur.

que las leyes de que acabamos de hablar no habian nada estatuido, ni sobre la caucion que se debia exigir de los tutores para asegurar los intereses del pupilo, ni sobre los medios de obligar á los tutores á la administracion de la tutela.

Segun Suetonio, en tiempo del emperador Claudio se atribuyó á los cónsules el poder de nombrar tutores (1). En seguida se le quitó á los cónsules y se cometió á los pretores en tiempo de Antonino Pio (2).

IV. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam jurisdictionem; in provinciis autem præsides, ex inquisitione tutores crearent; vel magistratus, *jussu præsidum*, si non sint magnæ pupilli facultates.

4. Pero conforme al derecho que usamos, en Roma el prefecto de la ciudad, ó el pretor, segun su jurisdiccion, y en las provincias el presidente, nombran los tutores en virtud de sumaria indagacion, ó bien los magistrados por orden del presidente, si no son grandes los bienes del pupilo.

Suficientemente hemos explicado en la *Historia del derecho* lo que era el prefecto de la ciudad, cuyos poderes no se extendian más allá de un radio de cien millas en derredor de Roma (p. 236) (3). Los pretores (p. 133 y 170), los presidentes de las provincias (p. 175, 235 y 309), y los magistrados particulares de las ciudades (p. 293). No se sabe la época determinada en que se concedió la facultad de nombrar tutores á estas diversas magistraturas; pero ya esta facultad existia en tiempo del emperador Severo, y en tiempo de Ulpiano, Paulo y Trifonio, como lo acreditan diversos fragmentos de estos autores (4).

Secundum suam jurisdictionem. No es decir que el pretor y el prefecto ejerciesen su autoridad en diferente territorio. Se ha visto en la *Historia del derecho* que las atribuciones de cada uno de ellos se extendian á toda la ciudad; y esto no producía ninguna especie de conflicto, pues sus atribuciones eran distintas. Mas desde el momento en que se dió á estos dos magistrados el poder de nombrar cada uno por separado al tutor, fué indispensable, para evitar un conflicto, distribuir entre ellos, sólo para este objeto, ó el ter-

(1) Suet. *In Claud.* c. 23.

(2) Jul. Capitolinus, *M. Anton. vita.* c. 19.

(3) D. 1. 12. § 4. f. Ulp.

(4) D. 26. 5. 3. f. Ulp.—26. 7. 46. §§ 1 y 6. f. Paul.—27. 1. 45. § 3. f. Tryph.—C. 5. 34. 5.

ritorio de la ciudad, ó á las personas, segun su calidad, y quizá segun su fortuna. Esta última distribucion de las personas es la que parece indicar Teófilo en estas palabras: «Digo segun su jurisdiccion, porque hay algunas personas á las cuales el prefecto y no el pretor puede dar tutores» (1).

Jussu præsidum. El presidente no hubiese podido de su propia autoridad delegar para el nombramiento de tutor á una persona que la ley misma no hubiese declarado capaz de hacer este nombramiento: «*Nec mandate præsidæ alius tutorem dare poterit*» (2); pero los magistrados municipales eran de aquellos que la ley declaraba capaces (3), y el presidente podia, conforme al parecer de aquéllos, nombrar él mismo tutor, ó encargarles este nombramiento; los magistrados debian en este asunto aguardar sus órdenes (4).

V. Nos autem, per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias publicas personas, id est magistratus, vel iudicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

5. Pero nosotros, haciendo desaparecer por nuestra constitucion estas dificultades de personas, hemos dispuesto que, sin esperar la orden de los presidentes, cuando los bienes del pupilo no excedan de 500 sólidos, los tutores y curadores serán nombrados por los defensores de las ciudades, conjuntamente con el santo obispo, ó por las otras personas públicas, á saber: los magistrados, ó el juez de Alejandria. La caucion legal debe darse conforme á esta constitucion, es decir, de cuenta y riesgo de los que la reciben.

La variacion introducida por Justiniano consiste en que los magistrados de las ciudades no están obligados á aguardar las órdenes del presidente de la provincia para hacer el nombramiento. —Hemos hablado ya de los defensores de las ciudades (*Hist. del der.*, p. 320), de los obispos (p. 307), del juez de Alejandria (p. 235, en una nota). En resumen, los tutores, en tiempo de Justiniano, eran nombrados en Constantinopla por los prefectos y el pretor, cada uno segun su jurisdiccion y con sumaria; en las provincias, cuando los bienes del pupilo no excedian de 500 sólidos

(1) Teof. h. p.

(2) D. 26. 5. 8. f. Ulp.

(3) D. 26. 3. 2. f. Ulp.

(4) D. 27. 8. 1. § 2. f. Ulp.

dos (1), eran nombrados por los presidentes en virtud de sumaria; cuando los bienes no excedían de esta suma, los magistrados particulares de las ciudades los nombraban sin averiguación, pero prestando caución.—Los tutores nombrados en virtud de sumaria indagación (*ex inquisitione*) no lo eran hasta después de una información hecha por el magistrado acerca de sus bienes, su rango, sus costumbres, su fidelidad y su capacidad (2). Esta información era una garantía para los intereses del pupilo. Los tutores nombrados con caución estaban obligados á presentar alguno que respondiese de su administración. Esta especie de fianza era más sencilla y aún más segura que la anterior; pero apenas era aplicable sino á las propiedades de poca consideración, pues debía ser más difícil hallar personas que quisiesen responder de un gran patrimonio.—Los magistrados podían nombrar más de un tutor á un mismo pupilo; pero no podían someter el nombramiento á un plazo ó á una condición, porque debían proveer inmediatamente y en su totalidad á los intereses del pupilo (3).

Aquí termina la exposición de las diversas especies de tutela. «Se ve, por lo dicho, cuántas especies hay; pero si preguntamos cuántos géneros forman, la disputa será prolongada; porque los antiguos han tenido acerca de este punto muchas dudas..... Unos, como Quinto Mucio, cuentan cinco géneros; otros, tres, como Servio Sulpicio; otros, dos, como Labeon; y otros han creído que había tantos géneros de tutela como especies» (4). Así se explica el mismo Gayo; y no se nos ha ocurrido otra cosa mejor que traducirlo, para dar las verdaderas ideas de los jurisconsultos romanos sobre esta materia. Los comentadores y jurisconsultos modernos han dividido generalmente la tutela en tres géneros: *tutela testamentaria*, *tutela legítima*, y la que llaman *dativa*, según que se da por testamento, por la ley ó por el magistrado. Las Instituciones parece que distinguen cuatro géneros: la *testamentaria*, la *legítima*, la *fiduciaria*, y la *deferida por los magistrados*.

(1) El sólido ó sueldo de oro contenía en oro el peso que contendría una pieza de cerca de 22 francos 50 céntimos. Según este cálculo, 500 sólidos formarían en oro un poco más de 12.000 francos ó 48.000 rs.

(2) Teof. h. t.—D. 26. 5. 21. § 5. f. Modest.

(3) *Sub conditione a praesidibus provinciarum non posse dari tutorem placet* (D. 26. 1. 6. § 1. f. Ulp.).

(4) Gay 1. § 188.

VI. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

6. Es conforme al derecho natural que los impúberos se hallen en tutela, á fin de que el que no ha llegado á mayor edad sea defendido por otro.

Esta reflexión general sobre la naturaleza de las tutelas está tomada de Gayo (1); ya la hicimos, cuando dijimos que la tutela en su principio se deriva de la razón natural, lo que no se oponía á que sus disposiciones entre los romanos fuesen de derecho civil, y aplicables sólo á los ciudadanos, como las disposiciones relativas á las justas nupcias.

VII. Cum igitur pupillorum, pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ iudicio rationem reddunt.

7. Después que los tutores han administrado los negocios de los pupilos, se les hace dar cuenta después de la pubertad por la acción de tutela.

No es éste el lugar de ocuparnos en la cuenta que deben dar, y en la acción que corresponde.

De la administración de los tutores.

Hay formalidades que el tutor debe llenar antes de hacerse cargo de la administración de los bienes: la primera es que debe prestar fianza de administrar bien (*satisdare rem pupilli salvam fore*), á menos que sea de aquellos que están dispensados de darlas: volveremos á tratar este asunto más detalladamente. La segunda es que debe, en presencia de personas públicas, hacer inventario de los bienes del pupilo (*repertorium, inventarium*) (2), á menos que el testador no lo haya expresamente prohibido (3). El tutor debe abstenerse de ejercer ningún acto de administración antes de haber llenado estas formalidades, á menos que no ocurran cosas urgentes que no admitan dilación (4). Dada la fianza y formado el inventario, debe administrar el tutor, y aún puede ser obligado á ello, siendo por otra parte responsable de los perjuicios que pudiese causar su omisión (*suo periculo cessat*) (5).

Más puede suceder, como hemos visto, que haya muchos tutores: ¿á quienes debe confiarse la administración? O á uno solo ó á

(1) Gay 1. § 189.

(2) D. 26. 7. 7. f. Ulp.—C. 5. 37. 24.

(3) C. 5. 51. 13. § 1.

(4) C. 5. 42. f. 1. 3. y 5.—D. 26. 7. 7. p. f. Ulp.

(5) D. 26. 7. 1. § 1. f. Ulp.