

voluntad ser obligado á emancipar? (1) Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 190), porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos; y al modo que nadie puede ser obligado á enajenar y abdicar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituidos en su potestad. Mas como en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice, que *el padre casi de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi de ningun modo*, se infiere que hai algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos casos en que el padre, aún contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar á sus hijos. Vamos pues á verlos : los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos :

(a) *Si genitor scævus sit, (b) prostituatque pudorem
Natae, (c) aut pupillo forsán damnosus adoptet ;
(d) Legat. m. aut (e) nummos capiat si hac conditione,
Invito solvi poterit genitore potestas.*

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al § 198 hemos notado, que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hai tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1.^a de ellas es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo, pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, *L. 12. C. De episc. audient. L. 6. C. De spectac.* La 2.^a es, si el padre espona ó permite que se esponga á un infante, pues entónces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desna-

(1) Véase la *L. 18. tit. 18 Part. 4.*, donde se cuentan cuatro razones, por que se puede cons'venir al padre que saque de su poder á su hijo.

turalizado no goza de ningun poder sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aún cuando haya adquirido inmensas riquezas el niño espósito, *L. 2. De inf. exposit.* La 3.^a es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo, si se casare con una tía paterna ó materna, si el suegro se casare con la hermana etc.; pues en tal caso los hijos del matrimonio anterior se libran de su potestad, aún contra su beneplácito, *Nov. 12. c. 2.* Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

§. CXCIX. [En España acaba también la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones, de suerte que segun la *L. 3. tit. 5, lib. 10. Nov. Recop.* el casamiento por sí solo no basta, si no se sigue la bendicion.]

§. CC. [La emancipacion es además una gracia al sacar, y se hace en España acudiendo padre é hijo á la Audiencia del territorio, la que comisiona al juez del partido, para que forme el espediente justificativo de las causas alegadas; y despues de instruido y declarado completo, y de haber oído al fiscal de S. M., se remite á la seccion de gracia y justicia, donde en vista de todo se concede el permiso para que se formalize la correspondiente escritura con intervencion del juzgado.]

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

§. CCI. Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos : los libres, ó ingenuos ó liber-

tinios; y de esta primera division se trató desde el título 2. hasta el 7. Ademas los hombres eran *sui juris*, ó *alieni juris*. Los sujetos á poder ajeno, ó estaban bajo la potestad señorial, de que se habló en el título 8, ó bajo la patria potestad, título 9 hasta el 12. Ya por último los hombres dueños de sí (*sui juris*), ó están en tutela, ó en curaduría, ó no están sujetos á una ni á otra. Viene pues ahora la materia elegante y verdaderamente práctica de la *tutela* y *curaduría*, en la cual se considera, 1º qué cosa sea tutela, título 13, 2º de cuántas maneras, título 14 al 20, 3º cuál sea el oficio del tutor, título 21, 4º cómo se acaba la tutela, título 22, y 5º qué es curaduría, título 23 hasta el fin de este libro.

§. CCH. 1º Qué es tutela? La tutela es de Derecho natural y de gentes, pues interesa á la república y á la sociedad humana, que los que no pueden regirse y defenderse á sí mismos, sean gobernados por auxilio ajeno. De aquí es que no solo los romanos, sino tambien los griegos, y aún todas las naciones, guiadas por la recta razon, señalaron tutores á los que necesitaban de la defensa y auxilio de otros, y por lo que toca á los romanos, daban tutores, 1º á los *impúberes* ó *pupilos*. Efectivamente en esta edad suele ser tan débil y falaz el juicio de los hombres, que con facilidad pueden errar, ser engañados, y prodigar su hacienda, si no son dirigidos por otros. Bien conocidos son aquellos versos de Horacio en su *Arte poética* :

*Imberbis juvenis, tandem custode remoto,
Gaudet equis canibusque et aprici gramine campi:
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.*

Quita á todos estos los tutores, y será lo mismo que si quitaras el freno á un indómito caballo: dáles libertad, y darás á un furioso una espada. Por consiguiente, necesitan tutor los *pupilos*. 2º Tambien daban los romanos

tutores á las *mujeres*, pues este sexo es frágil, vario, mudable y fácil de engañar, especialmente si se atiende á que la noche, el amor y el vino no saben guardar moderacion. Querian pues los romanos que las mujeres estuviesen bajo la tutela de los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condicion de las mujeres que la de los *pupilos*, los cuales en llegando á la edad de la pubertad quedaban libres, al paso que las mujeres permanecian en perpetua tutela á no ser que (a) por casamiento cayesen en poder del marido, ó (b) tuviesen tres hijos; en cuyo caso se acababa su tutela. Estas eran las personas que entre los romanos estaban en tutela. Pero bajo la direccion de los curadores estaban 3º los *púberes*, que ó por su edad, ó por otras causas no podian administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y los que *padecian alguna enfermedad habitual*. Así lo disponia el antiguo Derecho romano; pero y el nuevo? Tambien disponia lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mujeres, tanto que en el dia ni rastro ni señal alguna se ve de esta tutela en todo el Cuerpo del Derecho. Que subsistió por lo ménos hasta el tiempo de Justiniano, lo hemos demostrado en nuestras *Ant. roman. h. t.*

§. CCH. Sigue ya la *definicion de la tutela*. Servio Sulpicio, príncipe de los juriconsultos en tiempo de Ciceron, la define de este modo: tutela es *la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse á sí mismo, dada ó permitida por el Derecho civil*, L. 1. pr. ff. §. 1. *Inst. h. t.* En esta definicion, como suele suceder, echan de ménos muchas cosas los doctores. 4º Piensan que es oscura, porque dice la fuerza y la potestad en una cabeza libre. Qué es cabeza libre? ¿Por qué no se dijo con mas claridad, que es la fuerza y potestad en (sobre) el *pupilo*? 2º Dicen tambien que es ambigua,

porque puede entenderse por estas palabras, que el tutor ha de ser cabeza libre, ó que debe serlo el pupilo: luego este modo de hablar es esquivoco. 3° Que es difusa sin necesidad, porque *fuera* y *potestad* son palabras sinónimas, y una de ellas bastaba. — Pero en realidad la definición es mui buena, si se entiende como se debe. Con efecto *cabeza libre* es lo mismo que hombre *sui juris*, Gell. l. 5. c. 19. Ulpian. *Fragment. tit. 11. §. 5.*; y Servio usó de este vocablo general, porque en su tiempo no solo estaban en tutela los pupilos, sino tambien las mujeres. Ademas no sin objeto unió las palabras *fuera* y *potestad*, porque *fuera* significa potestad unida con la facultad de refrenar, mientras la *potestad* no incluye la idea de refrenar (1), pues en las mujeres tenian los tutores potestad, no fuerza; en los pupilos aún infantes ejercian la fuerza, y en los próximos á la pubertad la potestad. Luego el sentido de la definición es este: *tutela es la fuerza* (respecto de los infantes) *y potestad* (respecto de los mas adultos) *en una cabeza libre* (esto es, sobre la mujer y el pupilo) *para defender á aquel* (parece que debia estar añadido, ó á *aquella*) *que* (en latin *qui*, y sin duda se añadia *quæve*, para denotar los dos sexos) *por su edad* (se añadiría, ó *por su sexo*) *no puede defenderse por sí solo* (ó *por sí sola*). Tal parece que debió ser antiguamente la definición de Servio Sulpicio; mas probablemente Triboniano, en atención á no estar en su tiempo en uso la tutela de las mujeres, suprimió lo que ponemos arriba entre paréntesis.

§. CCIV. De esta definición se deduce el siguiente axioma: la tutela es un cargo público, *pr. Inst. De co-*

(1) Heineccio se empeña equivocadamente en que estas dos palabras tienen diverso significado; mas en el Cuerpo del Derecho están usadas muchas veces indistintamente. Don Alonso en las Partidas, al copiar esta definición, la tradujo mejor diciendo: *guarda que es dada al huérfano etc.*

cusat. tut. Esto se ha de entender en su verdadero sentido: no decimos que la tutela sea un oficio público, porque el tutor ni administra negocios de la república, ni tiene dignidad alguna, ni recibe sueldo, sino que es y permanece persona privada; solo decimos, que la tutela es cargo público, y cargo público es una carga que todos los ciudadanos, por pública autoridad y precepto, están obligados á sufrir, *L. 214. pr. ff. de V. S.* Siendo así pues que á los tutores se les impone esta carga por pública autoridad, á saber, por la lei y los magistrados, y que están obligados á sufrirla todos aquellos que no tienen justa escusa, con razon se dice que la tutela es un cargo público.

§. CCV. Veamos ahora lo que se deduce de este axioma. Dos son las conclusiones que de él se derivan: 1ª *que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores, pr. Inst. Qui test. tut. dar. poss.* Pues cómo? La razon está en la nota del §. 139 de los *Elementos*; y es que el hijo de familia se tiene en los negocios públicos por padre de familia, *L. 9. ff. De his qui sui vel etc.* Luego tambien pueden desempeñar la tutela, como que es un cargo público. 2ª *Que ni los siervos, ni los extranjeros, ni las mujeres pueden ser tutores*: no los siervos ni extranjeros, porque la tutela es un cargo público de que no son capaces sino los ciudadanos; ni la mujer, porque ella misma estaba antiguamente bajo tutela, por lo cual no podia regir á otro; ademas de que las mujeres tampoco son hábiles para desempeñar cargos públicos y personales. Pero esta última regla admite escepcion, pues Justiniano en la *Nov. 118. c. 5.* estableció que no solo fuesen admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino tambien preferidas á todos los demas agnados. La razon que movió á Justiniano, es el insigne amor que suelen tener á los hijos y nietos la madre y la abuela, el cual suele ser tan grande, que apenas

recaen sobre ellas sospechas de mala administracion. No obstante á estas mujeres no se las hace tutoras de sus hijos, sino mediante estas condiciones: 1ª que renuncien á segundas nupcias, y 2ª al privilegio del senado-consulto veleyano, por el cual no quedan obligadas las mujeres que afianzan por otro (1).

§. CCVI. Acabamos de ver quiénes pueden ser tutores: examinemos ahora en qué casos á los tutores nombrados, ó se les impide ó se les suspende la administracion. Esto se ha de deducir del fin mismo de la tutela, que es que el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse á sí (§. 203). Todos aquellos pues que no son capaces de desempeñar este objeto, no pueden ser tutores. Tales son, 1º *Los menores de edad*, porque estando ellos mismos sujetos á curadores, ¿cómo han de defender á otros? 2º *Los furiosos y mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal pueden mirar por otros. 3º *Los sordo-mudos*, porque si tienen los dos defectos reunidos, de manera que á un mismo tiempo sean sordos y mudos, en poco se diferencian de los furiosos y mentecatos, y así no pueden ser tutores. No obstante, aunque esto sea mui cierto, debe hacerse distincion entre la tutela testamentaria, legítima y dativa, pues si los tutores dados en testamento son menores, furiosos ó sordo-mudos, no se acaba la tutela por estas faltas, sino que se suspende; esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion, y se nombra un curador hasta tanto que lleguen á la mayor edad, recobren el juicio, ó empiezen á oír y hablar. Mas si un tutor legítimo ó dativo es menor de edad, ó furioso, ó sordo-mudo, no se le hace tutor; ó si se le ha hecho tutor, y principia despues á perder el juicio, ó queda sordo-mudo, al momento acaba la tutela, y

(1) Véase la *L. 4. tit. 16. Part. 6.*, donde se espresan los requisitos que debe tener el que fuere dado por guardador de huérfanos.

se nombra otro tutor. Debe observarse con cuidado esta diferencia, cuyo fundamento está en la *L. 40. §. 7. ff. De excus. tutor.*

§. CCVII. Habiendo ya examinado quiénes pueden ser nombrados tutores, se pregunta ahora, ¿*á quiénes se dan tutores?* Segun nuestra definicion §. 203. respondemos, que *á las cabezas libres, que no pueden defenderse á sí mismas.* De aquí se deducen cuatro conclusiones: 1ª *el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas, § 4. Inst. test. tut. dat. (1);* y en esto se distingue el *tutor del curador*; el cual se da primariamente para la cosa, no para la persona. Digo que los tutores se dan *primariamente* á la persona pues *secundariamente* tambien administran las cosas y patrimonio del pupilo. Mas ¿por qué razon se ha admitido este principio? Porque en la definicion se llama espresamente la tutela fuerza y potestad sobre *lo cabeza* (ó persona), no sobre sus cosas ó patrimonio. 2ª *Al que tiene padre no se le da tutor, L. 239. ff. De V. S.* Por qué? (a) Porque mientras vive el padre, bastante defendido está el hijo: (b) porque mientras vive el padre, el hijo está bajo su potestad, y por tanto no es cabeza libre ú hombre *sui juris*, á los cuales pertenece solo la tutela. 3ª *Al siervo no se le da tutor (2), L. 17. ff. De tut. dat.* por la misma razon, es decir, porque el siervo está bajo la potestad dominical de su amo, y por lo mismo no es cabeza libre: luego tampoco puede tener tutor. 4ª *A un extranjero no se le da tutor.* Cómo! se dirá; un extranjero, siendo pupilo, necesita de defensa; y en verdad que puede ser cabeza libre, porque no todos los extranjeros son siervos. Pero á esto respondo, que es cierto que tambien los extranjeros necesitan de la defensa

(1) « Otrosí decimos que el guardador debe ser dado para guardar á la persona del mozo, é sus bienes, é no debe ser puesto por una cosa ó un pleito señalado tan solamente. » *L. 1. tit. 16. Part. 6.*

(2) Así se infiere de dicha *L. 1. tit. 16. Part. 6.*

de otros, mas no precisamente de la tutela del Derecho romano. Son sí cabezas libres, pero esto se entiende en su patria, no en Roma, por cuanto no gozan de la libertad de los caballeros romanos, Cic. *pro Cæcin. c. 33*. Luego, aunque los extranjeros reciben tutor, lo reciben segun el Derecho de su patria, no segun el romano; al modo que tambien se casan, hacen testamento, y admiten las herencias legítimas los extranjeros; mas no por el Derecho romano, del cual no participan.

§. CCVIII y CCIX. Falta la última cuestion, á saber: de cuántos modos es la tutela? Respondemos que de tres (1): *testamentaria*, cuando el padre da á sus hijos tutor en el testamento, *legítima*, cuando reciben la tutela personas llamadas á ella por la misma lei, cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *legítimos* la *lei*, y á los *dativos* el magistrado pretor. Entre estas especies de tutela se observa el orden de que 1º sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto, cuando los hai de esta clase, no son admitidos los legítimos. 2º Que si no hai ningun tutor testamentario, entónces puedan tomar la tutela los legítimos. 3º Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de las XII Tablas, en las cuales se leía esta lei: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto*: de donde colegian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues 1º así como el heredero testamentario eseluye á todos los demas, es preferido tambien el tutor nombrado en testamento. 2º De la misma manera que si

(1) La misma division de la tutela en testamentaria, legítima y dativa se establece en la *L. 2. tit. 16. Part. 6.*

no hai heredero instituido, suceden los herederos legítimos ó abintestato, así, faltando tutor testamentario, son llamados los legítimos. 3º Así como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, así tambien da subsidiariamente tutor á los que no le tienen testamentario ni legítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos pues á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria*.

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

§. CCX. La primera especie de tutela es la testamentaria cuyo origen y razon vamos á esplicar ante todo. Derivase de las XII Tablas, en las cuales habia una lei que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto*. (Téngase por lei lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa.) Ya dijimos arriba que los hijos respecto de él no eran por Derecho romano personas sino cosas, §. 135. Siendo así pues que la lei permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parece seguirse que tambien pueden testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el origen de esta tutela, del cual se deduce este axioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que están en su potestad, y que no han de recaer en la de otro*. 1º Digo que *el padre puede*, porque la lei decia: lo que el padre de familia disponga, etc. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sino tansolo al padre. 2º Digo que puede dar tutor *á los hijos constituidos bajo su potestad*,

porque segun las XII Tablas debe testar acerca de la tutela de su cosa; luego no puede acerca de los hijos estraños, sino acerca de los suyos, que respecto del padre dijimos que eran cosas, §. 135. Digo 3º y que no han de recaer en la potestad de otro. Tales son los nietos, los cuales, muerto el abuelo, recaen en la potestad de su padre; y á estos no se les puede dar tutor, por la regla de que no se da al que tiene padre, §. 206. Estè es el sentido del axioma, y esta su razon. De aquí puede deducirse fácilmente cuál sea el verdadero fundamento de esta tutela testamentaria.

§. CCXI y CCXII. El fundamento de esta tutela testamentaria no es efectivamente otro que la patria potestad. Luego el que tiene hijos bajo su potestad, puede darles tutor; el que no los tiene, no puede. Segun este principio no es difícil dar razon de, 1º por qué la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en testamento; y en efecto es, porque solo el padre ó abuelo tiene á los hijos bajo su potestad, mas no la madre y la abuela, y mucho ménos otras personas estrañas. Luego ni el abuelo materno puede dar tutor á un nieto de su hija, porque tampoco le pertenece la patria potestad sino tansolo al padre y al abuelo paterno. 2º Por qué podemos dar tutor á los hijos constituídos bajo nuestra potestad á no los emancipados; á saber, porque los emancipados ya no están en nuestra potestad. 3º Por qué á los desheredados puede tambien dárselos tutor en testamento; conviene á saber, porque la desheredacion quita sí la herencia, pero no es un modo de disolver la patria potestad. Pudiera decirse, ¿para qué necesitan los desheredados de que se les dé tutor, cuando no tienen nada, de cuya administracion pueda este encargarse? Pero se responde, (a) que aún cuando nada tengan, pueden tener tutor, porque este se da primariamente á la persona (§. 208). (b) Los desheredados tambien pueden tener bienes, v. gr., por su madre,

abuelo ó abuela materna. 4º ¿Porqué á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aún euando todavia no hayan nacido, y por tanto no estén bajo la patria potestad? La razon es, porque los póstumos siempre que se trata de su utilidad, se reputan por ya nacidos. *L. 7. ff. De statu hom.* Si pues se reputan por nacidos, deben igualmente reputarse por hijos constituídos bajo la potestad del padre; luego tambien á estos puede el padre dar tutor; que era lo que se trataba de demostrar. Véase el §. 4. *Inst. De tut.*

§. CCXIII. Pregúntase ademas, ¿ cómo puede ser nombrado el tutor? Segun el axioma, §. 210, respondemos, que se ha de dar 1º en testamento. La razon es que la tutela se comparaba con la herencia, y esta no se podia dar sino en testamento, y así el tutor se da tambien en testamento. 2º Despues se permitió que tambien se pudiera dar tutor en codicilos confirmados por testamento. Esto parece haberse introducido, porque cuando da tutor un testador, encomienda ó confia, por decirlo así, á la fe de aquel la tutela, y los fideicomisos pueden dejarse así en testamento como en codicilos, *pr. Instit. De codicill.* 3º Pueden ser nombrados tutores todos aquellos que tienen facultad de hacer testamento, con tal que sean capaces de cargos públicos; v. gr., los siervos que son nombrados dándoseles libertad, los hijos de familia; mas no las mujeres. Y es mui de notar, que mas potestad dan las leyes al padre que nombra tutor en testamento, que al pretor que le nombra de oficio; porque este no puede nombrar ningun furioso, menor, ni sordo-mudo: semejante nombramiento de tutor seria *ipso jure* nulo; pero el testador puede señalar furiosos, menores y sordo-mudos, porque aunque estos no administran la tutela, sino entre tanto que nombra el magistrado otro tutor, son sin embargo *ipso jure* tutores, y tan pronto como lleguen á la mayor edad, o recobren el juicio, ó el oido y el habla, se les debe

permitir la administracion ; de lo cual hablamos en el §. 206. Véase la *L. 10. §. 7. ff. De excus.* Finalmente del mismo axioma se infiere, 4º que el testador no puede nombrar ninguna persona incierta, *L. 20. pr. L. 30. ff. h. t.* La razon, por Derecho antiguo, era que una persona incierta no podía ser instituída por heredero, §. 25. *Inst. De legat.*; y aunque despues se mudó esto en cuanto á la institucion de heredero, quedó en toda su fuerza el Derecho antiguo respecto de la tutela testamentaria. La razon es, porque el que da tutor á sus hijos, lo hace por la confianza que tiene en la persona nombrada. Y ¿ cómo puede nadie poner su confianza en una persona incierta? Por consiguiente no vale este nombramiento de tutor: *el que sea elegido cónsul el año próximo, sea tutor de mis hijos.* Finalmente debe observarse, 5º que el tutor puede ser nombrado en testamento puramente, bajo condicion y hasta cierto día; cosa que no puede hacer el pretor, el cual siempre nombra al tutor puramente. Pero ¿ en qué consiste que en esto tenga mayor facultad el testador privado que el pretor? Resp. Porque el nombramiento de tutor que el pretor hace, es un acto legitimo, *L. 77. ff. De R. J.*; y un acto legitimo no admite condicion ni dia (§ 70.). Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto legitimo; y de aquí es que puede hacerse bajo condicion, hasta cierto dia, *L. 8. §. 2. ff. h. t.*

§. CCXIV. Hasta aquí hemos sentado el principio de que la tutela es semejante á la herencia. Ahora sigue otra nueva regla que se cuidará de observar: *miéntras se espera la tutela testamentaria no hai lugar á la legitima L. 11. pr. §. 1. Inst. h. t.*, porque así como no se admite ningun heredero legitimo ó abintestato, en tanto que existe el instituído en el testamento, del mismo modo una vez que haya tutor testamentario, ó que todavía se espere la tutela testamentaria, no se admite entre tanto la tutela

legítima, pues segun adelante diremos, nadie puede morir parte testado y parte intestado, *L. ff. De R. J.* Pongamos un ejemplo: un testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos, y muerto el testador empieza Ticio á ponerse loco: ¿ el próximo agnado puede ser admitido como tutor legitimo? — No, porque miéntras se espera tutela testamentaria, no se admite la legitima: y en este caso aún se espera, porque un loco puede recobrar el juicio. Luego el pretor nombrará tutor entre tanto (§. 206.).

§. CCXV. En la otra parte de este título se trata de la confirmacion de los tutores que suele hacer el magistrado; pero se debe cuidar de no confundirla con la que en el dia está en vigor. La diferencia es, 1º que hoi todos los tutores son confirmados por el magistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios: y no todos, sino algunos. 2º Hoi son confirmados aún los que se nombran segun los ritos y disposiciones legales, y antiguamente solo lo eran los que habian sido viciosamente nombrados en testamento. De donde resulta esta definicion *confirmacion es un acto por el cual el magistrado confirma al tutor nombrado viciosamente en testamento.* Luego se necesita de la confirmacion del magistrado, siempre que se observa vicio en el nombramiento de tutor testamentario. Este vicio ó está en el testador, ó en el modo de nombrar. 1º Hai vicio en el testador, si nombra tutor á uno que no tenga patria potestad sobre los hijos, v. gr. á la madre ó al abuelo materno. En efecto arriba dijimos que el fundamento de la tutela testamentaria es la patria potestad (§. 211.). Luego nombra viciosamente tutor el que lo da á pupilos no constituídos en su potestad. 2º En el modo de nombrar tutor hai vicio, si no se le nombra en testamento ó en codicilos simples. En ambos casos es efectivamente nulo *ipso jure* el nombramiento de tutor; sin embargo, por cuanto parecia que el testador ponía en la

persona constituida una gran confianza, estimó justo el pretor que estos tutores, aunque viciosamente nombrados fuesen confirmados por él, y que con su confirmacion se quitase este vicio (1).

§. CCXVI. La confirmacion se hace de dos modos; ó sin inquisicion, ó con inquisicion. Se hace *sin inquisicion*, si el padre, aunque nombró tutor en testamento, le nombró viciosamente: lo cual se verifica de tres maneras: 1º si dió tutor á un hijo emancipado; 2º si le dió á un hijo natural, porque ni uno ni otro están bajo la potestad del padre; 3º si le dió en codicilos no confirmados por testamento. En estos casos el pretor confirma absolutamente el nombramiento de tutor, sin que considere necesaria la inquisicion, por presumirse que un padre siempre mira por el bien de sus hijos. Por el contrario el pretor confirma con inquisicion los tutores, 1º si fué la madre quien nombró tutor á sus hijos instituyéndolos por herederos; 2º si le nombró el padre á sus hijos naturales sin instituirlos, *L. 4. ff. h. t. L. 1. §. 2. L. 2. §. 7. De confirm. tut.*; 3º si fué un estraño, v. gr. un tío paterno, ó uno materno, quien nombró tutor. Porque como en todos estos casos no hai lugar al nombramiento de tutor por defecto de patria potestad, el pretor confirma si los tutores nombrados, pero no lo hace sino precediendo la inquisicion; y lo que el pretor inquiere ó averigua en semejantes casos es, 1º si es útil al pupilo esta tutela, y 2º si el tutor es hombre de bien, ó si es algun pícaro, ó si es enemigo del pupilo etc.

(1) En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre ó un estraño que instituyan heredero al mismo pupilo, *LL. 6 y 8. tit. 16. Part. 6*, leyes que no hacen mencion alguna, ni de fianza, ni de inquisicion. En el dado por la madre añade la misma *L. 8*, que puede el juez confirmarle, si es que ella, aunque no haya nombrado heredero al pupilo, le ha dejado algo, por cualquier via y título que fuese.

§. CCXVII. [Toda la doctrina, correspondiente á este párrafo, está esplicada en las notas precedentes.]

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

§. CCXVIII. La tutela *legítima* es otra de las especies de tutela (§. 209.), y se llama así, porque á estos tutores ni los nombra el testador, ni el magistrado, sino que la misma lei los llama á la tutela. Es de cuatro especies, puesto que la lei llama á la tutela, 1º á los *próximos agnados*; por lo cual en este título se trata de la tutela legítima de los agnados; 2º á los *patronos* para la tutela de los libertos, y de aquí la tutela legítima de los patronos, que es la materia del tit. 17; 3º al *padre* para la tutela del hijo emancipado, y esta es la tutela legítima de los padres, de que se hablará en el tit. 18; y por último 4º al *hermano* para la tutela del hermano impúber emancipado: esta se llama tutela fiduciaria, y se trata de ella en el tit. 19. Las tres últimas especies no están hoy en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estencion. Tiene lugar *esta tutela legítima de los agnados* en caso de morir el padre intestado, porque *siempre que hai tutor por testamento, no se admite tutor legítimo* (§. 214.); pero se admite muriendo intestado el padre del pupilo. Y en este título se dice que el padre murió intestado, 1º si absolutamente no hizo testamento; 2º si aunque le hiciese, no dejó en él nada dispuesto acerca de la tutela, §. 2. *Inst. h. t.* En ambos casos pues hai lugar á la tutela legítima. Pero se pregunta, ¿por qué, no existiendo tutor testamentario, se nombra tutor legítimo ó agnado? Por nuestro principio, esplicado en el §. 207, se podrá fácilmente contestar. La tutela se tiene por semejante á la herencia: faltando el heredero instituido en el

testamento, sucede el legítimo ó el heredero abintestado. Luego tambien, no existiendo tutor testamentario, recibe la tutela el legítimo ó agnado.

§. CCXIX. De aquí se deduce fácilmente cuál sea el fundamento de esta tutela. En efecto, como los antiguos comparaban esta tutela con la herencia (§ 208.), formaron el siguiente axioma : *donde quiera que existe el provecho de la sucesion, allí debe tambien hallarse la carga de la tutela* : cuya regla se halla concebida en los mismos términos en el §. *un. Inst. De legit. patr. tut.* : y de ella sacaron que pues la lei llamaba al provecho de la herencia á los próximos agnados, tambien debian estos ser obligados á tomar sobre sí el cargo de la tutela.

Puede preguntarse, ¿ si anduvieron prudentes los romanos en establecer estas disposiciones? Á la verdad los antiguos griegos creían tan peligroso confiar al presunto heredero la tutela, como hacer pastor al lobo, porque si está tan ansioso de la herencia que quiera dar veneno, ó matar de otro modo al pupilo que se le ha confiado, le será esto tanto mas fácil, cuanto que tiene bajo su tutela la persona del pupilo; y no faltan ejemplos de esta maldad. Véase á Sueton. *Galb. c. 9.* Así pues el legislador de los atenienses, Solon, defería sí la tutela á los agnados; pero á los mas remotos, no á los próximos: Caróndas, legislador, de los cretenses, encomendaba á los agnados la administracion de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona. Pero los romanos deferian la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar del medio á los infelizes pupilos. Véase á Vinnio *Comment. ad Inst. h. t.* Es verdad que Hubero, *Digress. lib. 3. c. 5.* defiende esta disposicion; pero los argumentos en que se apoya, no parecen difíciles de refutar. Como quiera que sea, lo cierto es, que en el

Derecho estaba recibido el axioma de que, *donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el cargo de la tutela.* No obstante debe añadirse la siguiente limitacion; *siempre que el próximo agnado sea hábil para obtener cargos públicos.* Y así una mujer puede ser próxima agnada, y por lo mismo heredera legítima, y sin embargo no era tutora por lo que dijimos (§. 205.), á no ser que fuese madre ó abuela.

§. CCXX y CCXXI. Segun este axioma pues no es difícil conocer quiénes son llamados á las tutela legítima. Debe distinguirse entre el Derecho *antiguo* y el *nuevo* Por el *antiguo* 1º solos los agnados eran llamados á esta tutela, y á falta de ellos los *gentiles*, porque tambien eran los únicos que sucedian abintestado, mas no los cognados. Espliquemos pues quiénes sean *agnados*, quiénes *gentil-s*, y quiénes *cognados*. *Cognados* se llaman generalmente aquellos que son de una misma sangre y origen, ya paterno, ya materno: por ejemplo, el tío paterno; el materno, la tia paterna y la materna son cognados míos. Pero agnados en especie se llaman aquellos, que son mis allegados por el lado paterno, ó por personas del sexo masculino, *L. 7. ff. h. t. §. 1. Inst. h. t.* Así, por ejemplo, el *tío paterno* es *agnado mio*, porque tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tío materno*, porque lo tiene por mi madre; de manera que este no es mas que cognado. El signo esterno de agnacion es el mismo nombre, y así todos los agnados de Ciceron se llamaban Cicerones. Por último los *agnados* y *gentiles* se diferencian en que los *agnados* son de la misma familia, y los *gentiles* de un mismo tronco ó raza. Por ejemplo, todos los Cornelios eran gentiles, porque todos descendian del tronco comun de los Cornelios; pero los Escipiones eran entre sí agnados por descender de una misma familia de la raza Cornelia. En pocas palabras, los romanos casi siempre tenian tres

nombres, *prænomen*, *agnomen*, *cognomen*, v. gr. Marco Tulio Ciceron. El prenombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó gente de que se descendía, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repetimos que por Derecho antiguo solamente los agnados y gentiles eran llamados á la tutela legítima, *pr. §. 1. Inst. h. t.* 2º Si eran muchos los agnados, el mas próximo escluíá á los mas remotos, porque lo mismo sucedía en la herencia: v. gr. á Ticio, pupillo, le quedan un tío paterno un tío segundo y un hijo del tío paterno: quién de estos será tutor? El tío paterno, que escluye á todos los demas: véanse las *figs. 13, 14 y 15. de la lám. II.* 3º Si hai muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Si uno tiene (*lám. II. fig. 16.*) cuatro tíos paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porque tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el Derecho antiguo: hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos. 4º en que hoi no hai ninguna diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov. 118. c. 4.* á los agnados y los cognados, tambien hoi deben ser iguales en la tutela legítima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); 2º y tambien se diferencia el Derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela mujer ninguna, por la *Nov. 118. c. 5.*, la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablamos arriba, §. 205 (1).

§. CCXXII. Antes de acabar este título, indicaremos otra diferencia entre los *agnados* y *cognados*, á saber que

(1) En la *L. 9. tit. 16. Part. 6.*, puede verse cuándo y de qué manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *L. 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero real.*

el *derecho de cognacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tansolo por la capitis-diminucion *máxima* y *média*, mas no por la mínima. La razon es, porque el derecho de agnacion es una invencion del Derecho civil, y el de cognacion viene del Derecho natural y de gentes; y el Derecho civil se muda fácilmente; lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, porque sufrió la capitis-diminucion mínima; pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la capitis-diminucion, que segun nuestro método vamos á explicar.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

§. CCXXIII. Sin que primero interpretemos la palabra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendía en Roma todo aquel, cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aquí las frases, *censa sunt capita civium CCM.*; *capite census*, que se decía del que no tenía que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda; *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion pues á que en las tablas no eran inscritos sino los *hombres libres*, *ciudadanos*, y *padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad*, *ciudad* y *familia*. Por lo mismo de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr. un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*), §. 4. *Inst. h. t.*; y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es *capite-minuido* (*capite minutus*).