

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*).

§. CCXXIV. Ahora ya no habrá duda, si definimos la capitis-diminucion diciendo, que es la mutacion del estado anterior. Cuando pues á un hombre libre se le hace esclavo, á un ciudadano extranjero, y á un padre hijo de familia, se verifica la capitis-diminucion; mas no *vice-versa*, si á un esclavo se le hace hombre libre, á un extranjero ciudadano, y á un hijo padre de familia. Algunos hai que varían nuestra definicion, diciendo, que la capitis-diminucion es la mutacion del primer estado *en otro peor*; pero esta adiccion es superflua, porque un hombre libre tiene estado, mas no un siervo; tiénelo un ciudadano, no un extranjero; del mismo modo que lo tiene un padre, y no un hijo de familia. Luego si estos no tienen cabeza ó estado, no pueden perderlo, y por consiguiente tampoco pueden ser *capite-minuidos*.

§. CCXXV. Siendo pues la cabeza ó estado de tres especies, de *libertad, ciudad y familia*, tambien debe ser triple la capitis-diminucion, *máxima, média y mínima*. *Máxima* es aquella por la cual se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y familia; v. gr. cuando á alguno se le hace siervo, porque entónces necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familia. *Média* es aquella por la que se pierde el derecho de ciudad; el que sufre esta capitis-diminucion, es verdad que permanece hombre libre; pero sin embargo se hace extranjero, y deja de ser padre de familia. *Mínima*, por la cual se estinguen los derechos de familia, aunque subsisten los de libertad y de ciudad. En pocas palabras, la *máxima* está en oposicion con el estado de libertad; la *média* con el de ciudad, y la *mínima* con el de familia. Dos observaciones deben tambien añadirse: 1^a que la *máxima* y la *média* se llaman en nuestro Derecho *muerte civil*, L. 209 ff. De R. J. Y por qué? Porque al modo que un muerto nada hace ni padece, así tampoco un siervo

ni un extranjero no podian obrar, ni disfrutar de beneficio alguno del Derecho civil; por ejemplo, no contraían el matrimonio del Derecho romano, ni testaban, ni eran instituidos herederos en testamento, ni contraían segun el Derecho civil, ni tenían patria potestad sobre sus hijos, ni usucapían; y así eran reputados por muertos, de la misma manera que aquellos á quienes se les corta materialmente la cabeza. 2^o Que algunas vezes solo ocurren dos clases de capitis-diminucion en nuestro Derecho, v. gr. en las notables, L. 1. §. 1. ff. De suis et legit. y L. 1. §. 8. ff. ad S. C. tertull.; pero entónces no hablan los juriconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la máxima y la média; cosa que los juriconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh. Noëdt, *Probab. lib. I. c. 12*, y *Observ. lib. II. cap. 21*.

§. CCXXVI, CCXXVII y CCXXVIII. Habiendo ya explicado las tres clases de capitis-diminucion, vamos ahora á ver quiénes las sufren.

Sufren la *máxima*, 1^o los *prisioneros de guerra* (*capti ab hoste*) (1). Entre nosotros permanecen libres los prisioneros; pero entre los romanos al instante se hacian siervos, y así es que perdian el derecho de ciudad, sin que lo recuperasen hasta que volvian á su patria. Pero en este caso todos los derechos se recobraban por el *derecho de postliminio*, de que hemos hablado en el §. 82. 2^o Los que siendo mayores de veinte años, se dejaban vender dolosamente, y por disfrutar del precio; de cuyo fraude tambien se trató en el §. 83, pues estos eran obligados en castigo á permanecer

(1) Sobre lo que por Derecho antiguo, tan diferente en esto del moderno, se observaba en esta materia, puede verse el *tít. 29. de la Part. 2.*

en servidumbre, perdian el estado de libertad, y así sufrían la capitis-diminucion máxima. 3º *Los siervos de la pena*. Pero quiénes son estos? La lei porcia habia establecido en Roma, que los ciudadanos romanos no pudiesen ser heridos con látigo ó azotados, ni sufrir pena de muerte; y en efecto cuantas veces un magistrado se propasaba á imponer semejante pena á un ciudadano romano, otras tantas solia este clamar: soi ciudadano romano; y con esto solo quedaba al instante absuelto. En la sagrada Escritura tenemos un ejemplo, *Act. apot. c. 22 v. 24*. cuando el apóstol san Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase también *Cic. Orat. 4. adversus Verrem, c. 7. orat. 5. cap. 146, 161, 167, 169*. *Euseb. Hist. eccl. l. 5. c. 1* y el *Apénd.* de nuestras *Ant. rom. lib. 7. §. 28. p. 258*. Siendo así pues que los ciudadanos gozaban del insigne privilegio de no sufrir pena capital, y como sin embargo ninguna república pueda subsistir sin castigos para los facinerosos, por eso fingian mui hábilmente los romanos, que aquellos que debieran sufrir pena de muerte, por la sentencia capital quedasen siervos y perdiesen los derechos de ciudad; pero como no se puede concebir siervo sin señor, y el condenado capitalmente no recaía bajo el dominio de nadie, fingian que la pena venia á ser como su señor; y por eso eran llamados *siervos de la pena*. Acerca de esta ficcion habla con mucho acierto *Noodt, Prob. l. 3. c. 12*.

La capitis-diminucion *média* la sufrían, 1º aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego (*quibus aqua et igni interdictum*). Y esto qué significa? Los ciudadanos romanos gozaban del privilegio de *no poder contra su voluntad perder el derecho de ciudad*; y de aquí es que si querían privar á un ciudadano del derecho de ciudad, se mandaba por un plebiscito, no que se marchase al destierro (pues á esto, como dije, no podia ser obligado), sino

que no usase del agua y del fuego. Hecho esto, se le ponian guardas que le prohibiesen usar del agua y del fuego, y como de esta manera no podia sostener su vida, se veía precisado á salir de la ciudad y acogerse á otra; con lo cual al instante perdía el derecho de ciudad, porque segun el Derecho romano nadie podia ser ciudadano de dos ciudades: véase á *Corn. Nep. in Vita Attici, c. 3* y nuestras *Ant. rom. h. t. §. 10*. La misma capitis-diminucion *média* sufren 2º los *deportados* (1). Y debe observarse que la prohibicion del agua y del fuego, propiamente hablando, no se diferenciaba de la deportacion, pues también á los deportados se les prohibia el uso del agua y el fuego; pero se diferencia en el efecto. Antiguamente aquellos, á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, podían á su arbitrio ir adonde querían; pero Augusto, á persuasion de su mujer Livia, temiendo una sedicion de aquellos desterrados, por la libertad en que se les dejaba, dispuso que fuesen conducidos á ciertas islas, y que quedasen allí confinados; por lo cual despues se les llamó *deportados*. *V. Dion. Cass. Hist. lib. CV. p. 562*. Aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, y los deportados tenían la denominacion comun de desterrados (*exsules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos explicado arriba por un pasaje de Ovidio, §. 192.

Finalmente la capitis-diminucion *mínima* la sufren 1º los *arrogados* (2) porque de hombres *sui juris*, ó padres de familia, se reducen á hijos de familia. 2º Los *hijos de*

(1) Véase la *L. 2. tit. 18. Part. 4.*, cuya doctrina está conforme con lo establecido por Derecho romano.

(2) Conviene con esto la *L. 7. tit. 7. Part. 4*. Pero en el dia de ninguna de estas capitis-diminuciones resulta que los parientes consanguíneos no puedan tener la tutela de sus parientes pupilos, si se exceptúa el infame, segun dispone la *L. 7. tit. 6. Part. 7*.

arrogados, porque estando ántes bajo la potestad de sus padres, en virtud de la arrogacion recaen bajo la potestad del arrogador, y por lo mismo mudan de familia, *L. 3. pr. ff. h. t.* 3º Los *emancipados*. Aquí puede originarse una duda : los emancipados, de hijos de familia se hacen padres de familia, de suerte que su estado no se muda en peor, sino en mejor; luego no puede llamarse *capitis-diminucion*. Pero á esto respondemos que sí puede llamarse, y que para ello habia una razon particular, cual era el que antiguamente no podia hacerse la emancipacion sino por medio de una venta imaginaria, que reducía al hijo á la clase de siervo. Por lo cual, si los emancipados se llamaban *capite-minuidos*, era porque se les reducía á una imaginaria condicion servil, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* véase tambien el §. 188, Pero esto no tiene lugar en el día, por cesar en la emancipacion aquella imaginaria venta, desde que se introdujo la emancipacion anastasiana y la justiniana, de que se habló arriba en el §. 189 y sig.

§. CCXXIX. [Segun el Derecho español ninguna pérdida de derechos impide que los parientes consanguíneos tengan la tutela de sus parientes impúberes; aunque parece deducirse de la lei, que debiera ser privado de la tutela, por razon de infame, el sentenciado á presidio y galeras.]

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

§. CCXXX. Todavía estamos tratando de la tutela legítima, de la cual dijimos que habia cuatro especies : de los *agnados*, de los *patronos*, de los *padres*, y la *fiduciaria*. Hasta aquí hemos hablado de la tutela de los agnados y de la *capitis-diminucion*, por la cual puede extinguirse esta tutela. Ahora sigue la segunda especie, esto es, la tutela

de los patronos; y llamándose *patrono* aquel que manumitió un siervo, por *tutela de los patronos* se entiende la que el patrono ó sus hijos tienen respecto del liberto impúber, ó de los hijos del liberto.

§. CCXXXI y CCXXXII. El fundamento de esta tutela de los patronos es el mismo que el de la legítima de los agnados : donde está el provecho de la sucesion, debe igualmente estar el cargo de la tutela. Ahora pues, muriendo sin hijos el liberto, le sucedian el patrono ó sus hijos, por cuanto el patrono, á causa del beneficio de la manumision, era mirado como padre del liberto, ó próximo agnado (§. 111 y 112 : véase *Vinn. ad. Inst. tit. De success. libert.*); luego tambien debian los patronos ser tutores legítimos. Dicen los jurisconsultos que esta tutela se deriva de las XII Tablas, y sin embargo en las XII Tablas ni siquiera una palabra se habla de ella; pero responde Justiniano, §. 7. *Inst. h. t.*, que se debe distinguir entre el sentido y las palabras. En las XII Tablas nada habia escrito de la tutela de los patronos; mas por lo que toca al espíritu, no cabe duda en que esta tutela se deriva de ellas, porque en efecto, si en las XII Tablas estaba prevenido que el patrono sucediese al liberto, tambien parecia estarlo, que se encargase de su tutela, pues *donde está la utilidad de la sucesion, debe tambien, etc.* (1).

TÍTULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PADRES.

§. CCXXXIII. La tercera especie de tutela legítima es la de los *padres*; que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L. 3. §. ult. ff. De legit. tut.* Mas ¿por qué

(1) Desconocida casi en España la esclavitud, apenas puede tener uso lo que en este título se dice de la tutela legítima de los patronos.

no sería mejor decir, que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre, no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos contituidos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela (§. 203.). Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y así pueden estar bajo tutela; y en efecto lo están bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV y CCXXXV. El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Más arriba (§. 495.) esplicámos, que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las veces se hacia por el mismo padre. Siendo así que el que manumite, se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien, *donde está la utilidad de la herencia, debe igualmente estar el cargo de la tutela* (§. 219.): por consecuencia la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre; que es lo que queríamos demostrar. Así discurrian los antiguos juriconsultos, y así se fué introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI. [En el dia son inamisibles la tutela de los padres y la fiduciaria, por hallarse fundadas en el derecho de patronato que por la emancipacion retenia el padre.]

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§. CCXXXVII y CCXXXVIII. La cuarta especie de tutela legítima es la *fiduciaria*, y debe observarse que este

nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria, usando de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam frauder.* Cic. *De offic. lib. III. c. 13.* Este contrato de confianza solia tener lugar en la emancipacion de los hijos, pues el padre, vendiendo tres veces á su hijo, en la tercera venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le habia entregado, y entónces le manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Y estando dispuesto en la lei de las XII Tablas que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediesen abintestato, de aquí se seguia que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre, dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta tutela fiduciaria, que es la que, despues de la muerte del padre emancipante, corresponde á los hijos varones de perfecta edad sobre su hermano impúber emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

Advierto de paso que Ulpiano, *Fragm. lib. XI. §. 5.* llama *fiduciaria* á la tutela legítima de los padres, de que hemos hablado en el título anterior: de donde se infiere que Justiniano dió á la cuarta especie este nombre, que era antiguamente propio de la tercera. Mas en cuanto á si esto lo hizo Triboniano por error é ignorancia, como opinan algunos, ó de propósito, y por creer que esta denominacion convenia mejor á la cuarta especie, en verdad que no me atreveré á decidirlo, y ménos no siendo inclinado á vituperar á Triboniano.

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL QUE SE DA POR LA LEI JULIA Y TICIA.

§. CCXXXIX y CCXL. Hasta aquí llevamos esplicadas dos especies de tutela, la *testamentaria*, tít. 14 y la *legítima*, tít. 13 al 19. Falta la tercera, esto es, la *dativa*, llamada así, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la lei, sino *por el magistrado*. Definimos pues la dación de tutor diciendo, que es un *acto legítimo por el cual, á falta de tutores testamentarios y legítimos, se nombran otros con arreglo á la lei por el magistrado*. Lo que significa esta definicion, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen que son tres: 1º *este tutor es nombrado por el magistrado, con arreglo á la lei*, es decir, segun la lei atilia, y la julia y ticia; pues entre los romanos no pertenecia al oficio de magistrado nombrar tutor, sino que esta facultad tan solamente se daba por lei especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podia nombrarlos. Así, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador; y sin embargo no podian nombrar tutores, sino únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la lei atilia. De aquí es que *la dación de tutor se dice ser de jurisdiccion extraordinaria*, L. 7. §. 1. ff. De offic. procóns., porque no dimana del oficio del magistrado, sino de lei especial. 2º *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos* (1); porque al modo que no hai lugar á la

(1) « Desamparado ficando el mozo que fuese menor de catorce años, de guisa que su padre non le oviese dejado guardador en su

tutela legítima sino faltando la testamentaria, así tampoco tiene lugar la dativa, cuando la hai testamentaria ó legítima. Luego esta tutela es subsidiaria. 3º *La dación de tutor es acto legítimo*, pues así se llama espresamente en la L. 77. ff. De R. J. Qué cosa sea acto legítimo, ya lo esplicámos en el §. 10; esto es, un acto que se debia ejecutar solemnemente, y que no admitia procurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas, cuyas consecuencias vamos á manifestar.

§. CCXLI y CCXLII Primer axioma: *este tutor es nombrado por el magistrado con arreglo á la lei*; luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta tutela. En efecto las hai, y son dos: la lei atilia, y la julia y ticia. Veamos en qué tiempo fué hecha la *primera*. Ya en el año de la fundacion de Roma 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la lei atilia, como refiere Tit. Livio, *lib. XXXIX c. 9*; luego nuestra lei es anterior á aquel año. Debiendo pues ser cierto Atilio el autor de esta lei, y no apareciendo ántes de aquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fundacion de Roma, segun el mismo Livio, *lib. 9. c. 30*, es verosímil que esta lei fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda* lei fué establecida muchos siglos despues, en el año 728 de la fundacion de Roma, y trae su denominacion de Julio César Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes,

« testamento, nin oviese pariente cercano que lo que quisiese
« guardar, entonce la madre é los otros parientes que heredaren á
« este mozo, si moriese sin testamento, deben é pueden pedir al juez
« del lugar que le dé guardador atal, que sea bueno, é rico, é que
« entienda que lo recibe mas por pro del mozo que de sí mismo. » L.
12. tít. 16. Part. 6.

y que descubrió el docto Henr. Vales., de la Compañía de Jesus, en sus notas *ad Excerpta peiresciana*, p. 61. Por lo demas estas leyes se diferencian, 1º en que la primera trata de los tutores que se debian de dar en Roma, y la segunda de los que se habian de dar en las provincias. 2º En que la primera manda que los tutores sean nombrados por los pretores y la mayor parte de los tribunos de la plebe; y la segunda que lo sean por los presidentes de las provincias, *pr. Inst. h. t.* 3º En que los tutores nombrados por el pretor en la ciudad de Roma, segun la primera lei, se llamaban atilianos; y los nombrados en conformidad á la segunda, se llamaban julianos-ticianos. segun se ve en la rúbrica de este título. Á escepcion de estos magistrados nadie podia nombrar tutores hasta el tiempo de Augusto; pero sus sucesores introdujeron muchas mudanzas por varias de sus constituciones. Efectivamente, 1º siendo Claudio emperador, como dice Sueton. *Claud. c. 25.*, se habia dispuesto por un senado-consulta, que en adelante no fuesen los pretores y tribunos de la plebe, sino los cónsules, los que hubiesen de nombrar tutores á los pupilos; y que esto debian hacerlo con inquisicion, es decir, averiguando ó informándose diligentemente, así de las costumbres como de la capacidad del tutor, § 3. *sig. Instit. h. t.*; lo cual segun Plinio, *Epist. IX. 13.*, todavía se observaba así en tiempo de Trajano. 2º En el de Marco Antonino empezó á nombrarse un pretor *tutelar*, cuya unica atribucion era dar tutores, y conocer de las causas tutelares, § 4. *Inst. h. t.* Jul. Capitol. *in vita M. Antonini imp. c. 10.* 3º Poco despues, en el reinado de Severo, parece que se habia introducido la costumbre de que los pretores nombrasen tutores en la ciudad de Roma; los prefectos del pretorio á cien millas en contorno, y fuera de Italia en las provincias los magistrados

municipales con orden de los presidentes, § 3. 4. *Inst. h. t.* 4º Finalmente, el derecho de nombrar tutores se concedió á los magistrados municipales, á los obispos y al presidente de Alejandría.

§. CCXLIII. Del primer axioma se infiere que *la dacion de tutor no podia encargarse á otro*. Porque es de saber que en otros casos cualquier magistrado podia delegar á otro su jurisdiccion; v. gr. si el pretor se veía precisado á ausentarse de la ciudad, podia encargar su jurisdiccion á otro colega. Así tambien el presidente de una provincia, por quanto no podia estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. lib. 1.* hai el título *De offic. ejus, cui mandata est jurisdictio*. Le pregunta pues, ¿si la dacion de tutor podia tambien encomendarla el magistrado? En la *L. 8. pr. ff. h. t.* se dice que no podia. Pues por qué? Por dos razones: 1ª. porque la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del oficio del magistrado, sino de una lei especial, y todo lo que dimana de lei especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L. 1. pr. ff. De off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2ª. Porque la dacion de tutor es un acto legítimo, y la naturaleza de los actos legítimos es tal que no admiten procurador, *L. 77. de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L. 13. ff. De off. procons.*, en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo así que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sino delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual recibian el derecho de nombrar tutores por una lei y constitucion especial del emperador M. Antonino. *L. 1. §. 1. ff. h. t.* Luego si nombraban

tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una lei especial, y por lo mismo esta lei no se opone á las demas.

§. CCXLIV. El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario y los legitimos*. De él sacamos dos conclusiones: 1.^a Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor; mas no si el testamentario ó legitimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2.^a Que siempre que la tutela testamentaria está supendida ó se acaba, hai lugar á la dativa. Arriba hemos visto (§. 206 y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entretanto no se admite tutor legitimo, sino que el pretor nombra otro que la administre. Lo mismo sucede, si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuído, ó removido por sospechoso, pues en todos estos casos nombra tutor el magistrado, *L. 11. ff. De test. tut. §. 1, 2. Inst. h. t.*

§. CCXLV. Segun el tercer axioma, *la dacion ó nombramiento de tutor es un acto legitimo*. Siendo así pues que un acto legitimo no admite condicion ni dia (§. 70.), es claro, 1.^o que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo por ejemplo: serás tutor, si te graduares de doctor en leyes: 2.^o que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo: sé tutor durante un año, ó de aquí á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo: sé tutor, *L. 6, §. 1. ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado (§. 213.), *L. 8. §. 2. ff. De test. tut. §. 3. Inst. Qui test. tut. dare poss.*; y esto se funda en que el

nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legitimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiete la regla de la *L. 77. ff. De R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI. [*La lei 12, tit. 6. Part. 6.* da facultad para nombrar tutor al juez del domicilio del pupilo, al del lugar de su nacimiento, y al que lo es del lugar del domicilio del padre ó del en que tiene la mayor parte de los bienes, encargándoles lo hagan, tan luego como sean requeridos por los parientes ó amigos del huérfano ó por cualquiera otro del pueblo.]

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCXLVII y CCXLVIII. Hasta aquí hemos tratado de las varias especies de tutores: tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consisten principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L. 14. ff. De sponsal*. El tiempo que média entre el sétimo año y la pubertad, se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad*. Así pues,