

desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituídos en la patria potestad, no á los estraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de singular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII. [En España el arrogado no adquiere la cuarta parte de los bienes del arrogador, si este tiene hijos legítimos; en cuyo caso solo adquiriria el quinto, que es la parte que no se considera legítima de los descendientes.]

§. CLXXXVIII. [La real cédula de 14 de diciembre de 1796 introdujo, que cualquiera persona honrada que tenga medios para ello, pueda adoptar al huérfano abandonado ó al espósito que no reclaman sus padres.]

TÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

§. CLXXXIX y CXC. Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor, si se ponen

juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio: *por todos los modos por que se acaba el dominio quiritarario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad*; y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 436); y siendo así que ningun hombre usa sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. De patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *quiritarario*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio quiritarario, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es, 1º *la muerte natural* (1). Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados (2). Los hijos

(1) « Por muerte natural se desfaze el poderio que há el padre sobre el fijo, ca luego que muere el padre, finca el fijo por sí. » *L. 1. tit. 18. Part. 4.*

(2) Como en España, segun queda dicho en la nota al §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *sui juris* los hijos; lo cual no

de primer grado, en verificándose la muerte del padre, al instante quedan libres de la patria potestad; mas no lo quedan los de grados ulteriores, si sobrevive alguna persona, en cuya potestad puedan recaer. Por ejemplo, en la *fig. 11. de la lám. II.* muere el primero dejando dos hijos, el segundo y el tercero; del segundo dos nietos, el cuarto y el quinto; y del cuarto un biznieto, que es el sexto. Todos estaban bajo la potestad del primero al tiempo de su muerte; pero en muriendo este, el segundo y el tercero quedan libres de la patria potestad, porque son del primer grado; el cuarto, quinto y sexto no lo quedan, porque son de grados ulteriores, sino que recaen bajo la potestad del segundo. Supongamos que muera el segundo: entónces el cuarto y quinto saldrán de la patria potestad, como que son del primer grado, y el sexto recaerá bajo la potestad del cuarto, sin que quede libre hasta que muera este último. II° *La muerte civil*, esto es, la *capitis-diminucion* máxima, y que equivale á la muerte, *L. 209, ff. De reg. jur.* porque por la máxima se hacia uno siervo, y por la média extranjero (*peregrinus*): es así que ni un siervo ni un extranjero podian tener á nadie bajo su potestad; luego esta se disolvia por la *capitis-diminu-*

obstante debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las velaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe exceptuarse el caso, en que el padre, que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, conforme á la *L. 7. tit. 16. Part. 4.*

cion máxima y média. III° Tambien se dice que la patria potestad se disuelve por la *capitis-diminucion* mínima *en la adopcion plena*, si un ascendiente adopta á un descendiente; y *en la emancipacion*, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo, mas bien trasfiere la patria potestad, que la disuelve; el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

§. CXCII. Hemos visto que la patria potestad se disuelve por la média *capitis-diminucion*, por la que se pierden los derechos de ciudadano; lo cual se verifica en el Derecho romano por la prohibicion del agua y del fuego, por la deportacion, ó por el destierro. De esta manera Ciceron, desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de la ciudad y quedó extranjero, y por tanto no ejerció tampoco sobre su hijo é hija la patria potestad del Derecho romano, hasta que recobró sus derechos por los votos del pueblo. Se pregunta pues, si por la *relegacion* acaba la patria potestad? Se niega, porque hai mucha diferencia entre el destierro y la *relegacion*: aquel quita los derechos de ciudadano, y reduce al desterrado á la condicion de extranjero; pero esta, aunque quita el derecho de permanecer en la ciudad, deja salvo el derecho de ciudadano. Así, por ejemplo, Ovidio habia sido relegado al Ponto por Augusto, en castigo de no sé qué delito; mas no por eso dejaba de ser ciudadano romano; por lo cual distingue él cuidadosamente el destierro y la *relegacion*, y se congratula de que no le hubiera desterrado, sino tansolo rele-

gado el emperador. Por eso dice en el *lib. 5. Trist. eleg. XI*:

*Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exsulis, utitur in me
Nomine.*

Siendo así pues que por la relegacion no se perdian los derechos de caballero romano, es claro que tampoco se perdía por ella el dominio del derecho quiritarario, y por consiguiente tampoco se disolvía la patria potestad por la relegacion; que es lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ninguna especie de dignidad quitaba el derecho de patria potestad; y así es que, bien fuese el hijo cónsul, bien pretor ó sacerdote etc., permanecía con todo hijo de familia; y aún cuando en razon del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiría, era para este. Esto lo explica muy bien Dionisio Halic. *lib. II. Antiq. rom.*, donde refiere que algunos hijos, revestidos de magistraturas y que arengaban al público con aplauso, habian sido arrancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecia que turbaban la república. Resulta pues que la lei establecía no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

§. CXCVIII. Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potes-

dad (1). En efecto, 4º al principio concedió este privilegio á los *patricios*, *L. ult. C. De consul.* Por patricios no se entienden aquí los descendientes de familias patricias, segun sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se habia observado en Roma esta diferencia; sino que desde el reinado del gran Constantino, se solian llamar así los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valian como de padres, y que venian á ser lo que en el siglo penúltimo los cardenales de Francia Richelieu y Mazarino. Á estos, si eran hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad, pues reputaba por absurdo que estuviera bajo la potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenia en lugar de padre. 2º Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, así fué que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov. 81. c. 3.*, y tambien los cónsules, prefectos del pretorio, prefectos de la ciudad, generales y patronos del fisco, *Nov. 81. c. 4. y L. ult. C. De decur.* Se puede preguntar, ¿si debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podria parecer que no, por cuanto los hijos de familia sucedian á los padres abintestato; mas no los emanci-

(1) En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre en la *L. 7* á la *15* del *tít. 18. Part. 4.*, entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rei, y otras semejantes á las que describe Justiniano en la *Nov. 81.*

pados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga que como un beneficio, ser librado de la patria potestad. Pero se responderá, que en realidad era beneficio, porque (a) de esta manera se verificaba que cuanto adquirian, no era para el padre, sino para ellos, siendo así que del otro modo adquirian para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. De consul. y Nov. 84. c. 2.* les habia reservado los derechos de familia. Luego, aunque salian de la patria potestad, retenian sin embargo el derecho de suceder; y así en las cosas favorables conservaban los derechos de familia, y los perdian en las odiosas.

§. CXCIV. En el §. 191. dijimos, que tambien *por la emancipacion* se acababa la patria potestad, y así trataremos con alguna estension acerca de ella. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y el peso (*per aes et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigia su testimonio (*antestatus*), y el fiel que tenia la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de la potestad paterna á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente cuantas veces un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decia que emancipaba. Y esto es mui conforme con el principio que sentámos en el §. 190., porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituidas en nuestro dominio, así tambien podemos desprendernos de los hijos. Hai tres clases de emanci-

pacion; la *antigua*, derivada de las XII Tablas; la *anasianiana*, que fué inventada por el emperador Anastasio, *L. 5. C. De emancip. lib.* y la *justinianeana*, que introdujo Justiniano, *L. ult. C. De emancip. lib.* Vamos pues á hablar de cada una de ellas separadamente.

§. CXCIV. La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendia á su hijo tres veces, y le manumitia otras tantas como á un siervo. Porque es de saber, que en primer lugar el padre vendia á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decia, echando una moneda en el peso: afirmo que este hombre es mio por derecho quiritarario, pues le he comprado con esta moneda, que ha sido contrastada en ese peso de bronce (*hunc hominem jure quiritorium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc aere, hac eneaque libra*). Hecho esto, se llegaba el antestado al oído de los cinco testigos, y les encargaba que se acordasen de la venta. El hijo así vendido era despues manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetia tercera vez con los mismos ritos; y entónces tres veces vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razon de este rito debe buscarse en las XII Tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres veces á su hijo (§. 138); luego, tres veces vendido y manumitido otras tantas, salia de la patria potestad. Debe observarse que tam-

bien las hijas y los nietos podian ser emancipados; pero en la emancipacion de estos y de aquellas solo se hacia una venta. Por lo demas este rito solo duró hasta el tiempo del emperador Anastasio, en cuyo reinado se abolió.

§. CXCVI. Con efecto entónces se introdujo un nuevo modo de emancipar, porque el emperador Anastasio, *L. 5. C. De emanc. lib.* estableció, que si el padre queria emancipar á sus hijos, le bastaba alcanzar del príncipe un rescripto, y que esta emancipacion tenia los mismos efectos que la antigua, hecha por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipacion se requeria, era, 1º un memorial (*litteræ supplices*) dirigido al príncipe por el padre; y 2º el rescripto del príncipe declarando al hijo por emancipado. Pero aún esto no dejaba de parecer mui molesto, porque si, por ejemplo, un ciudadano habitante de África queria emancipar á un hijo, se veía precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y obtener allí el rescripto; cosa que no podia hacerse sin gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano pues acordó remediar esto, y al efecto estableció un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVII. Efectivamente la emancipacion justiniana no se hace por el príncipe, sino ante un juez; y no ante un juez competente, sino ante cualquier juez, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria. Requiere

1º que se comparezca ante un juez cualquiera, ya sea en dia de fiesta, ya en dia judicial; bien esté el juez en el tribunal, bien en su casa, porque los actos de jurisdiccion voluntaria, como no requieren citacion ni conocimiento de causa, pueden practicarse en dias de fiesta, y fuera de juicio, *L. 2. L. 8. C. De feriis. §. 2. Inst. De libertinis.* 2º Que tambien el hijo asista, y que consienta, pues hoy no puede ser emancipado ningun hijo contra su voluntad, sino tansolo consintiendo, *L. 5. C. De emanc. lib. Nov. 89. c. 11.* 3º Que el padre declare querer librar de su potestad á este hijo, y que el hijo declare conformarse con esta voluntad de su padre. 4º Que el juez lo escriba en las actas, ó segun la frase de ahora, que se registre en el protocolo; hecho lo cual se considera consumada la emancipacion, *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVIII. Pregúntase, ¿si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar? (1) Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 490), 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 constituídos en su potestad. Mas como en 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

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

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
Natæ, (c) aut pupillo forsan damnosus adoptet;
(d) Legatum aut (e) nummos capiat si hac conditione,
Invito solvi poterit genitore potestas.*

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al § 498 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 espone ó permite que se esponga á un infante, pues entónces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desnaturalizado 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 tia 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. 42. 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 tambien la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones, de suerte que segun la *L. 3. tit. 5. lib. 40. Nov. Recop.* el casamiento por sí solo no basta, si no se sigue la bendicion.]

§. CC. [La emancipacion es ademas 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 libertinos; y de esta primera division se trató desde el

título 2. hasta el 7. Además 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 42. 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 43, 2º de cuántas maneras, título 44 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 también los griegos, y aún todas las naciones, guiadas por la recta razón, 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 gramino 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 También 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 moderación. Querían pues los romanos que las mujeres estuviesen bajo la tutela de los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condición 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 permanecían 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 dirección de los curadores estaban 3º los *púberes*, que ó por su edad, ó por otras causas no podían administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y los *que padecían alguna enfermedad habitual*. Así lo disponía el antiguo Derecho romano; pero y el nuevo? También disponía lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mujeres, tanto que en el día 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.*

§. CCIII. Sigue ya la *definición de la tutela*. Servio

Sulpicio, príncipe de los juriscultores 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 definición, como suele suceder, echan de ménos muchas cosas los doctores. 1º 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 equívoco. 3º Que es difusa sin necesidad, porque *fuerza 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. 49. Ulpian. *Fragment. tit. 44. §. 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 *fuerza y potestad*, porque *fuerza* 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

(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 Alon-

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 añadía *quave*, 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 excusal. 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. 244. 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

so en las Partidas, al copiar esta definición, la tradujo mejor diciendo: *guarda que es dada al huérfano etc.*

magistrados, y que están obligados á sufrirla todos aquellos que no tienen justa excusa, 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 : 1^a *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. 2^a *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; además 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: 1^a que renuncien á segundas nupcias, y

2^a 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, 1^o *Los menores de edad*, porque estando ellos mismos sujetos á curadores, ¿cómo han de defender á otros? 2^o *Los furiosos y mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal pueden mirar por otros. 3^o *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 muy 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

(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.

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 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 si mismas.* De aquí se deducen cuatro conclusiones: 1ª *el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas, §. 4. Inst. Quib. 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 *la 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 miéntras vive el padre, bastante defendido está el hijo: (b) por-

(1) «Otrosí decimos que el guardador debe sér dado para «guardar 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.*

que miéntras 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 (1), L. 47 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 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 (2): *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,

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

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

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 pecuniá tuteláve 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 excluye á todos los demas, es preferido tambien el tutor nombrado en testamento. 2º De la misma manera que si 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 testamento 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 explicar ante todo. Derivase de las XII Tablas, en las cuales habia una lei que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecuniá tuteláve 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 Ta-