

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-

blas 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*, §. 207. Este 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 constituidos bajo nuestra potestad, no á 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 ¿Por qué á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aún cuando todavía 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 constituidos 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 confía, por decirlo así, á la fe de aquel la tutela, y los fideicomisos pueden dejarse así en testamento como en codi-

culos, *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 muy 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 ningún furioso, menor, ni sordo-mudo: semejante nombramiento de tutor sería *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, ó recobren el juicio, ó el oído 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 podia ser instituída por heredero, §. 25. *Inst. De legal.*; 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 tu-

tor: *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 dia; 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 legítimo, *L. 77. ff. De R. J.*; y un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.) Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto legítimo; y de aquí es que puede hacerse bajo condicion, y 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 ningún heredero legítimo ó abintestado, 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. 7. 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 legítimo? — No, porque miéntras se espera tutela testamen-

taria, no se admite la legítima: 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 día está en vigor. La diferencia es, 1º que hoy todos los tutores son confirmados por el magistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios: y no todos, sino algunos. 2º Hoy 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 pupillos 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 quanto parecia que el testador ponía

en la persona constituída 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 extraño, v. gr. un tío paterno, ó uno materno, quien

(1) En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre ó un extraño, 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.

nombró tutor. Porque como en todos estos casos no hai lugar al nombramiento de tutor por defecto de patria potestad, el pretor confirma sí los tutores nombrados, pero no lo hace sino precediendo la inquisicion; y lo que el pretor inquiera 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.

§. 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. 47; 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. 48; 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. 49. Las tres últimas especies no están hoy en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estension. 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 lo 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, explicado 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 agna-

dos, 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: Carondas, 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 deferían la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar del medio á los infelices 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 publicos.* 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 la 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 sucedían abintestado, mas no los cognados. Espliquemos pues quiénes sean *agnados*, quiénes *gentiles*, y quiénes *cognados*. *Cognados* se llaman generalmente aquellos que son de una misma sangre y origen, ya paterno, ya materno: por ejemplo, el tio 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 *tio paterno* es *agnado mio*, porque tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tio 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 descendían 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 tenían 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.* §. 4. *Inst. h. t.* 2º Si eran muchos los agnados, el mas próximo excluía á los mas remotos, porque lo mismo sucedía en la herencia: v. gr. á Ticio, pupilo, le quedan un tío paterno, un tío segundo y un hijo del tío paterno: quién de estos será tutor? El tío paterno, que excluye á todos los demas: véanse las *figs.* 43, 44 y 45. *de la lám. II.* 3º Si hai muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Por ejemplo, si uno tiene (*lám. II. fig.* 46.) 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: 1º en que hoy 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 hoy deben ser iguales en la tutela legítima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 249.); 2º y tambien se diferencia el Derecho nuevo del antiguo, en que no ad-

mitiendo 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 el *derecho de agnacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tan solo 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 esplicar.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

§. CCXXIII. Sin que primero interpretemos la pa-

(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.*

labra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendia 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 tenia 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 minuído (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 adición 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. Lue-

go si estos no tienen cabeza ó estado, no pueden perderlo, y por consiguiente tampoco pueden ser *capite-minuídos*.

§. 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. *Minima*, 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 *minima* 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 instituídos 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. 2º Que algunas veces 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 entonces no hablan los jurisconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la máxima y la média; cosa que los jurisconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh. Noodt, *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*, 1º 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. 2º *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 en servidumbre, perdian el estado de libertad, y

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

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. apost. c. 22 v. 24*, cuando el apóstol san Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase tambien Cic. *Orat. 1. 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 (*qui-*

bus 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 querian 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 tambien á los deportados se les prohibia el uso del agua y el fuego; pero se diferencian en el efecto. Antiguamente aquellos, á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, podian á su arbitrio ir á donde querian; 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

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

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 tenian la denominacion comun de desterrados (*exsules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos explicado arriba por un pasaje de Ovidio, §. 492.

Finalmente la *capitis-diminucion minima* la sufren 4º los *arrogados* (1) porque de hombres *sui juris*, ó padres de familia, se reducen á hijos de familia. 2º Los *hijos de 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-minuídos*, era porque se les reducía á una imaginaria

(1) Conviene con esto la *L. 7. tit. 7. Part. 4.* Pero en el día 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.*

condicion servil, *L. 3. §. 1. ff, h. t.* véase tambien el §. 188. Pero esto no tiene lugar en el dia, 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 estinguirse 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* (§. 441 y 442: véase *Vinn. ad. Inst. tit. De success. libert.*); luego tambien debian los patronos ser tutores legítimos. Dicen los juriconsultos 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

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

la de los *padres*, que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L. 3. §. ult. ff. De legit. tut.* Mas ¿por qué 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 constituidos 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 (§. 195.) 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* (§. 249.): por consecuencia la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre; que es lo que queríamos demostrar. Así discurrían los antiguos jurisconsultos, 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. 43.* 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 esta la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta