

padre, porque reputándolo ya nacido al tiempo de su muerte, era por esto mismo *sui juris et suus heres*.—Por lo demas, es menester guardarse bien de inferir de esto que el hijo deba necesariamente ser heredero para que el padre pueda darle un tutor por testamento. Sólo á su patria potestad debe el jefe la potestad de nombrar tutor. Podria en su testamento privar á sus hijos de toda sucesion, desheredándoles, y sin embargo designarles un tutor (1). Así en esta máxina de Q. M. Scevola : *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur habuit, habiturusve esset, si vixisset* (2), se ha querido explicar por estas palabra, *suis heredibus*, que no se puede dar un tutor sino á los hijos que no son precedidos por nadie en la familia, y que la ley, por consiguiente, pone entre los herederos suyos.

V. Sed si emancipator filio tutor à patre testamento datus fuerit, *confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

5. Mas si ha sido dado tutor por testamento del padre á un hijo emancipado, debe ser *confirmado* por sentencia del presidente en todos los casos, y por consiguiente, sin sumaria investigacion.

Confirmandus est. En muchos casos en que el nombramiento de tutor era nulo segun el derecho, debía aquél, sin embargo, ser confirmado por el magistrado. Un título especial se halla dedicado á esta materia en el Digesto y en el Código, *de confirmando tutore vel curatore* (3). Si el padre ha dado el tutor en un testamento ó en un codicilo no válido, si lo ha dado á un hijo emancipado sobre el cual no tenía patria potestad, ó á un hijo natural, con tal que en este caso le haya dejado algunos bienes (4): si la madre, un patrono ó un extranjero han dado tutor por testamento á un hijo que han instituido heredero (5): en todos estos casos, aunque segun el derecho estricto no sea el tutor válidamente dado, el magistrado lo confirma sin sumaria informacion, cuando ha sido dado por el padre, y si lo ha sido por cualquier otra persona, con sumaria, es decir, averiguando, segun la fortuna, la probidad y aptitud del tutor, si podrá desempeñar bien el cargo que se le confia (6).

(1) D. 26. 2. 4. f. Modest.—Ib. fr. 31.

(2) D. 50. 17. 73. § 1.

(3) D. 26. 3.—C. 5. 29.

(4) D. 26. 3. 1. § 1.—Ib. fr. 3 y 7.—C. 5. 29. 4.

(5) D. 26. 2. 4.—C. 5. 28. 4.—D. 26. 3. 1. § 1.—Ib. fr. 4.

(6) D. 26. 2. 1. § 2.—Teof. h. p.

TITULUS XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI
POSSUNT.

TÍTULO XIV.

QUIÉN PUEDE SER NOMBRADO TUTOR
POR TESTAMENTO.

Es evidente, por primer principio, que no se podia nombrar tutor por testamento sino á personas á quienes fuese permitido hacer entrar en la confeccion de semejante acto, que pudiese tomar por objeto de una disposicion testamentaria, ó, para explicarnos como los romanos, á aquellos con quienes se tuviese faccion de testamento : *Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti factio est.*—*Cum quibus testamenti faciendi jus est* (1). Así por esto se hallaban excluidos todos los extranjeros, porque no se tenía con ellos faccion de testamento. Pero ¿esta condicion general bastaba, y toda persona capaz de figurar en un testamento como heredero ó como legatario, podia figurar en él como tutor? Las mujeres, los hijos de familia, los esclavos, los furiosos y los impúberes pueden recibir un legado y una herencia; ¿y podrán recibir una tutela? Las Instituciones examinan sucesivamente el nombramiento de estas diversas personas.

Las mujeres no podian ser llamadas á la tutela, que era una carga pública bajo ciertos aspectos, y que se hallaba reservada á los hombres únicamente (2). No habia excepcion sino respecto de aquellas que obtenian del príncipe permiso para administrar la tutela de sus propios hijos (3).

Dari autem potest tutor non solum pater familias, sed etiam filius familias.

Se puede nombrar tutor no sólo al padre de familia, sino tambien al hijo de familia.

Si el hijo de familia se hallaba sometido á su padre, era á causa del carácter particular de la patria potestad entre los romanos, y no por ninguna incapacidad. Podia desempeñar todos los cargos públicos, cuando tuviese la edad competente, y lo mismo sucedia respecto de la tutela (4).

(1) D. 26. 2. 21. f. Paul.—Ulp. Reg. 11. § 15.

(2) D. 26. 2. 26. f. Papin.

(3) D. 26. 1. 18. f. Nerat.

(4) D. 1. 6. 9. f. Pomp.

I. Sed et servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum et sine libertate tutorem datum, *tacite libertate directam* accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus *pure inutiliter testamento datur* tutor; sed ita *cum liber erit*, utiliter datur: proprius autem servus *inutiliter eo modo* tutor datur.

Tacite libertatem directam. Los esclavos eran incapaces de desempeñar ningún cargo; si se les quería nombrar tutores, era preciso manumitirlos ántes. Hubo un tiempo en que se les nombraba tutores sin manumision, y es cierto que los principios rigurosos del derecho primitivo se oponian á la validez de este nombramiento, y que ha debido existir una época en que fuese radicalmente nulo. Sin embargo, cuando se relajó el rigor de los primeros principios, pudo modificarse esta máxima en favor de la libertad y de los pupilos (*et libertatis et pupillorum favore*). Hallamos en el Digesto un fragmento de Paulo, que por sólo el hecho de que el esclavo ha sido nombrado tutor, decide que debe tener la libertad directa (1). Esta opinion no debia estar universalmente adoptada y completamente establecida, porque cerca de 40 años despues los emperadores Valeriano y Galieno dicen en un rescripto que en este caso es cosa recibida que el esclavo tenga libertad fideicomisaria (2). Justiniano sanciona en este lugar la opinion de Paulo. Entre la libertad directa y la libertad fideicomisaria hay, como sabemos, una diferencia principal, cual es, que la primera la adquiere el esclavo de pleno derecho, despues de la aceptacion de la herencia, miéntras la segunda no la adquiere sino cuando el heredero lo ha manumitido.

Pura inutiliter testamento datur. Una disposicion es pura y simple cuando no se le pone ninguna condicion, ninguna modificacion. No se podia manumitir pura y simplemente al esclavo de

(1) D. 26. 2. 32. § 2. f. Paul.

(2) C. 7. 4. 9.

otro, pero sí se podia por fideicomiso (1); la tutela debia seguir la misma regla, pues no podia existir sin la libertad. Así esta disposicion: «Os ruego, mi heredero, que manumitais al esclavo de mi vecino, y lo doy por tutor á mi hijo», era válida; miéntras que ésta: «Que Estico, esclavo de mi vecino, sea tutor de mi hijo», debia ser nula. Sin embargo, separándose los prudentes del derecho riguroso, decidieron siempre en favor de la libertad y de los pupilos, que áun en este último caso se juzgase que el testador habia querido dar la libertad fideicomisaria, á ménos que no fuese evidente que no era esa su intencion (*nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat*), y el heredero, por consiguiente, debia comprar al esclavo y manumitirlo (2). Las palabras de las Instituciones, *pura inutiliter datur*, deben, pues, tomarse en el sentido en que el nombramiento es inútil como puro y simple, lo que no impide que sea válido como fideicomisario. En cuanto á esta disposicion: «Que Estico, esclavo de mi vecino, sea tutor cuando sea libre», no tenía nada que fuese contrario al derecho, porque el nombramiento estaba hecho para una época en que el esclavo fuese capaz de desempeñarlo.

Inutiliter eo modo. Porque el que dice: «Doy á mi hijo por tutor mi esclavo Eros, cuando sea libre», no tiene evidentemente intencion de manumitir este esclavo.

II. Furiosus, vel minor viginti-quinque annis tutor testamento datus; tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.

2. El furioso ó menor de 25 años, nombrado tutor por testamento, tomará la tutela cuando recobre su juicio ó sea mayor de los 25 años.

Un loco no podia ser tutor. Algunos autores juzgaban que su nombramiento era nulo; pero los más pretendian que fuese siempre considerado como hecho bajo esta condicion tácita, *cum suae mentis esse ceperit* (3). Esta es la opinion que establecen las Instituciones, y que se aplica de una manera análoga al menor de 25 años. Es casi inútil decir que si el pupilo, teniendo, por ejemplo, 12 años, y el ciudadano designado por tutor 20, como el uno llegará á su pubertad ántes que el otro llegue á los 25 años, el nombramiento es enteramente inútil.

(1) Inst. 2. 24. 5.

(2) D. 26. 2. 10. § 4. f. Ulp.—C. 7. 4. 9.

(3) D. 26. 1. 11. f. Paul.—26. 2. 10. § 3. f. Ulp.

Es preciso añadir, para terminar el exámen de los que podían ser tutores, que los militares eran incapaces de ello (1). No se podía tampoco nombrar á una persona incierta, como, por ejemplo: «El primero que encuentre mi entierro», porque la tutela no debe darse sino en confianza (2).

III. Ad certum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem, posse dari tutorem, non dabitur.

3. No se duda que se puede nombrar tutor hasta un cierto tiempo ó á principiar desde un cierto tiempo, ó bajo condicion, ó áun ántes de la institucion de heredero.

El tutor podía ser nombrado pura y simplemente (*puræ*): que Ticio sea tutor;—hasta un cierto tiempo (*ad certum tempus, ad diem*): que sea tutor durante 4 años;—desde un cierto tiempo (*ex certo tempore, a die*): que tome la tutela 4 años despues de mi muerte;—bajo condicion (*sub conditione*): que sea tutor, si gana el pleito que sostiene en este momento. No sin motivo se explican formalmente sobre la validez de semejantes nombramientos; porque veremos que el testador tenía la misma latitud en todas las disposiciones testamentarias, y que no podía nombrar heredero ni por tiempo determinado ni desde cierto tiempo (3).

Ante heredis institutionem. La institucion de heredero era la designacion de las personas que el testador elegia por herederos. El testamento no existía sino por esta institucion, y debia principiar por ella; de tal modo, que en otro tiempo los legados, los fideicomisos y las manumisiones inscriptas ántes de la institucion de heredero, eran nulas. Algunos jurisconsultos áun extendían este rigor al nombramiento de tutor; pero Labeon, Próculo y sus discípulos eran de opinion contraria relativamente al tutor (4). Por lo demas Justiniano abolió esta sutileza, no sólo respecto de la tutela, sino respecto de las demas disposiciones.

IV. Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vel rei datur.

4. Mas un tutor no puede ser dado para una cierta cosa ó para un negocio especial, porque se da á la persona y no al negocio ni á la cosa.

Verémos en adelante cómo es preciso entender esta máxima, de que el tutor se da á la persona y no á la cosa. Basta aquí decir

(1) C. 5. 34. 4.—Inst. 1. 25. 14.

(2) Ib. 2. 20. 27.

(3) Inst. 2. 14. 9.

(4) Gay. 2. § 229 y sig.

que teniendo la tutela por objeto general defender al pupilo en todos sus intereses, en su persona, en sus bienes y en sus negocios, no se podía hacer de ella un mandato especial para un objeto determinado. Semejante nombramiento habria sido absolutamente nulo (1). Había en otro tiempo algunas excepciones de esta regla para ciertos casos, en los que, miéntras que ya había un tutor, se nombraba á otro para un negocio particular; pero estas excepciones no eran ya admitidas en tiempo de Justiniano (2).—Ademas, nada impedía que se nombrasen al mismo pupilo muchos tutores, en cuyo caso debían dividir entre sí la administracion, como explicáremos en breve. Nada impedía tampoco, cuando los bienes se hallaban situados en diversas y apartadas provincias, distribuir entre diferentes tutores la gestion de estos mismos bienes.

V. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur, quia filii vel filia appellacione et postumus vel postuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellacione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios, non continebuntur; aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam cæteri liberi continebantur.

5. Si alguno ha dado tutores á sus hijas ó hijos, se juzga haberlos dado á aquellas ó aquellos que son póstumos, porque estos últimos están comprendidos en la expresion de hijas ó hijos. Pero si se trata de nietos, ¿es preciso extender á ellos el nombramiento de tutor, hecho para los hijos? Sí, si el difunto se ha valido de la palabra *descendentes* (*liberos*); pero no, si ha usado la de hijos (*filios*). Porque hay una diferencia entre hijos y descendientes ó nietos. Mas si el tutor fuese dado á los póstumos, esta palabra comprendería á todos los hijos y á todos los demas nietos póstumos.

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege Duodecim-Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

Pasemos á tratar de los tutores legítimos. Son en general, segun dice Ulpiano, los nombrados por una ley; y sobre todo, los

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

A falta de tutor dado por testamento, se confiere la tutela, segun la ley de las Doce Tablas, á los agnados, que se llaman tutores legítimos.

(1) D. 26. 2. 13. f. Pomp.

(2) Gay. 1. 176 y sig.—Ulp. Reg. 11. § 20 y sig.—Inst. 1. 21. 3.

que proceden de la ley de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia: *Legítimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legítimi dicuntur, qui ex lege Duodecim-Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni* (1). Estos tutores no son dados por nadie, sino que reciben la tutela de la ley misma: *Legítimo tutores nemo dat, sed lex Duodecim-Tabularum fecit tutores* (2). En cuanto á las expresiones propias de la ley de las Doce Tablas sobre esta materia no nos son conocidas; pero sabemos que esta ley, colocando la tutela entre los derechos de familia, y estableciendo una analogía entre ella y la herencia, la defería sólo á los agnados. Respecto de éstos, no es sólo la tutela una medida dictada en interes del que es incapaz, sino un derecho; porque se trata de su agnacion, de la asociacion de familia de que son individuos, y del patrimonio de esta asociacion. Con este objeto Gayo, y despues de él las Instituciones, tratan de la agnacion, sobre la cual hemos ya dado algunas ideas (*General. del der. rom.*, p. 41).

I. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, cuasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, et patruus filius neposve ex eo. At qui per femini sexus personam cognatione junguntur non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati: itaque amita tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus; et invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.

1. Son agnados: los cognados unidos por el sexo masculino, los cognados por su padre; por ejemplo, el hermano nacido del mismo padre, su hijo, y el hijo de este hijo; de la misma manera el tio paterno, su hijo, ó el hijo de este hijo. En cuanto á los cognados unidos por el sexo femenino, no son agnados, sino sólo cognados por derecho natural: así el hijo de una tia paterna no es tu agnado, sino tu cognado; y reciprocamente no te hallas tú ligado á él sino por este título; porque los hijos siguen la familia del padre, y no la de la madre.

Sabemos que la palabra cognado es una expresion general que se aplica á todos los parientes. Los agnados forman una clase particular de cognados, y son individuos de una misma familia (*ejusdem familie, ex eadem familia*) (3), comprendiendo en la palabra familia, no una sola casa dirigida por un solo jefe, sino todas las

(1) Ulp. Reg. 11. § 3.*

(2) D. 26. 4. 5. f. Ulp.

(3) Ulp. Reg. 11. § 4.—D. 8. 10. 10. § 2. f. Paul.

casas que reunidas en su origen en una sola se dividen sucesivamente á la muerte de cada jefe. El derecho civil, tomado en todo su rigor, no sanciona otro vínculo de parentesco que el de los agnados, á quienes concede únicamente los derechos de familia, como los de tutela y herencia. En oposicion á los agnados, y en un sentido limitado, se llaman simplemente cognados los parientes que están enlazados por un vínculo natural.

Per virilis sexus. Los agnados son, pues, los cognados individuos de una misma familia. Pero ¿cuáles son los individuos de una misma familia? Ya lo sabemos: los parientes por el sexo masculino, que proceden de justas nupcias ó legitimados, y los hijos adoptivos. En cuanto á los parientes por parte de las mujeres, como no entran en la familia de su madre, no son cognados de los parientes de esta última: esto es lo que dicen aquí las Instituciones. Mas puede suceder que un pariente por varon no sea agnado, si se ha separado de la familia; ó en sentido inverso, que un pariente por hembras ó un extranjero sea agnado, si por la adopcion ha sido introducido en la familia: es preciso, pues, guardarse bien de creer, como podria suceder leyendo el texto, que la agnacion vaya esencialmente unida á la cualidad de pariente por el sexo masculino, pues va unida á la existencia en la misma familia. El texto no expresa aquí el carácter de la agnacion, pero indica cuáles son ordinariamente los agnados y los cognados.

II Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

2. Que la ley llama los agnados á la tutela *abintestato*, no significa que los llame cuando el que podia nombrar tutores muriese sin testamento, sino cuando ha muerto *abintestato* en cuanto pertenece á la tutela: lo que se entiende que sucede, cuando aquel que es nombrado tutor, muere quedando vivo el testador.

Aquí se examina cuándo debe tener lugar la tutela, y esto sucede: 1.º, cuando el padre de familia ha muerto sin testar, ó al ménos sin nombrar tutor en su testamento; entónces se dice absolutamente intestado, ó al ménos intestado con relacion á la tutela; 2.º, cuando muere el tutor nombrado ántes que el testador; muere éste intestado con relacion á la tutela, porque el nombramiento que habia hecho ha quedado ilusorio ántes de su muerte; 3.º, cuando habiendo desempeñado su encargo el tutor testamen-

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

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

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

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

(1) D. 26. 2. 11. §§ 3 y 4. f. Ulp.—D. 26. 4. 6. f. Paul.
(2) Inst. 2. 14. 9.

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

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

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

TITULO XVI.

DE LA DISMINUCION DE CABEZA.

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

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

(1) D. 4. 5. 11. f. Paul.
(2) Ulp. Reg. 11. § 11.