

este último á un verdadero patrono y darle la categoría de tutor legítimo: «*Cum is et legitimus tutor habeatur*» dice Gayo; «*vicem legitimi tutoris obtinet*» dice Ulpiano (1). Porque en su cualidad de padre no debía prestársele ménos honor que á los patronos. «*Et non minus huic, quam patronis, honor præstandus est*» (2). Por lo demas, en tiempo de las Instituciones las mancipaciones y la reserva de fiducia se hallaban suprimidas, y la emancipacion estaba sujeta, como sabemos, á formas mucho más sencillas.

TITULUS XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

Est et alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam si parens, filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarium tutorem filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. At qui patrono legitimo, tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores! Quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eorum jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis, quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.

Quo defuncto. El padre emancipador, tutor del hijo emancipado, muriendo ántes de la pubertad de este hijo, habria podido

(1) D. 26. 4. 3. § 10.

(2) Gay. 1. §§ 172 y 175.

nombrarle un tutor testamentario; y aunque estrictamente no fuese válido semejante nombramiento, sin embargo, se habria confirmado; pero si no lo hubiese hecho, se daba por tutores á aquel hijo las personas que ántes de su mancipacion habian sido sus agnados, los descendientes del jefe emancipador, y entre éstos se escogia al que se hallaba en grado más próximo al emancipado (1). Esta tutela, que no procedia de las leyes de las Doce Tablas, sino que era consecuencia de mancipaciones ficticias con cláusula de fiducia, se colocaba en la clase de las tutelas fiduciarias.

Filiorum suorum. Teófilo cita aquí ejemplos para hacer ver cómo puede ser uno tutor fiduciario, ya de su hijo, ya de su hermano ó de su sobrino. Nos bastará mencionar uno respecto del hijo. Un abuelo emancipa á su nieto, conservando bajo su potestad al padre de este último; muerto el abuelo, entrará á ser el padre tutor fiduciario de su hijo emancipado.

Atqui patrono. Justiniano se hace esta objecion. Cuando el patrono, tutor legítimo, muere, sus hijos son tutores legítimos; ¿por qué, cuando el padre emancipador, tutor legítimo, muere, sus hijos no son más que tutores fiduciarios? Y á esto responde, por un motivo, que ademas de que nada prueba, no se aplica á todos los casos; porque supongamos que se tratase de un nieto emancipado por su abuelo, permaneciendo en la familia su padre natural; este nieto, si no hubiese sido emancipado, habria pasado, á la muerte del abuelo, á poder de su padre; y sin embargo, este último no es más que un tutor fiduciario. La verdadera razon es que la ley de las Doce Tablas daba al patrono y á sus hijos la herencia del liberto, y por consiguiente la tutela, porque el patrono y los hijos del patrono formaban la única familia civil del liberto; esta tutela era pues, legítima; el padre emancipador habia sido similado á un patrono, y considerado él tambien, por consiguiente, como tutor legítimo; pero sus hijos no eran asimilados á los hijos de un patrono, ni respecto de la herencia, ni por consiguiente respecto de la tutela. La ley de las Doce Tablas no les conferia directa ni indirectamente ningun derecho sobre aquel impúbero, que habia cesado de formar parte de la familia. Su tutela no era, pues, legítima, sino puramente de confianza. Y aunque desde el tiempo de Anas-

(1) D. 26. 4. 4. f. Modest.

tasio hubiesen adquirido los hermanos del emancipado derechos de sucesion (1), su tutela no dejó por eso de ser fiduciaria, y no llegó á ser legítima: porque los derechos de herencia, cuando no procedian de la ley de las Doce Tablas, no daban una tutela legítima.

Por lo demas, recordemos una observacion general, cual es que si se toma la expresion de tutela legítima en el sentido más lato, como significando una tutela dada por la ley, la de los agnados del patrono y de sus hijos, del ascendiente emancipador y de los suyos, son todas legítimas; pero si se toma en el sentido especial, como significando una tutela que procede de las Doce Tablas, ya expresamente, ya por consecuencia, entónces los agnados, el patrono y sus hijos son realmente los únicos tutores legítimos, el padre emancipado se les asimila por honor á su cualidad; pero sus hijos no son más que tutores fiduciarios.

Si perfectæ sint ætatis. Esta edad era la de veinticinco años (2). El que era llamado á la tutela por la ley, debia ser capaz de administrarla; si era menor de veinticinco años, furioso ó sordo-mudo, no podia ser tutor (3); y no se hacía lo que respecto de la tutela testamentaria, es decir, no se esperaba á que cesase la incapacidad, sino que inmediatamente se recurria al tutor que la ley llamaba despues de aquél (4).

TITULUS XX.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO QUI EX
LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Si cui nullus omnino tutor fuerat,
ei dabatur. in urbe quidem romana,
a prætore urbano *et majore parte* tri-
bunorum plebis tutor *ex lege Atilia*:
in provinciis vero, a præsidibus pro-
vinciarum, ex lege Julia et Titia.

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL TUTOR
DADO SEGUN LA LEY JULIA Y TICIA.

Si alguno se hallase absolutamen-
te sin tutor, le era dado uno en la
ciudad por el pretor urbano, y la
mayor parte de los tribunos de la ple-
be, en virtud de la ley *Atilia*; mas
en las provincias, por los presidentes
de ellas en virtud de la Julia y Ticia.

(1) C. 5. 31. 4.

(2) Ib. 5.

(3) D. 26. 4. 10. § 1. f. Herm.

(4) El sistema que acabamos de examinar sobre las tutelas deferidas por la ley es el que existia todavía en tiempo de las Instituciones. Pero despues de la novela de Justiniano, que introdujo (año 554) un nuevo orden de sucesion, en el cual no se consideraba más que el grado de parentesco, sin distinguir los agnados de los cognados, la misma variacion se introdujo en las tutelas, siempre en conformidad del principio de que una debe ser consecuencia de otra. Las mujeres, sin embargo, quedaron siempre incapaces de ser tutoras, á excepcion de la madre y de la abuela (Nov. 108. c. 5).

Llegamos á la tutela dada por los magistrados: los comentadores y los escritores modernos la llaman *tutela dativa*. Esta denominacion se halla hoy generalmente adoptada; sin embargo, no se hallaba sancionada entre los jurisconsultos romanos. Únicamente comparando un fragmento de Ulpiano ya citado: *Legitimos tutores nemo dat; sed lex..... fecit tutores* (1), con estas expresiones frecuentemente empleadas, *testamento datus tutor*, *tutor datus a præside*, *a prætore*, se podria inferir que en oposicion á la tutela deferida por la ley, las dos tutelas, la dada por testamento y la dada por el magistrado, eran dativas; pero la expresion de *tutor dativus* que, como ya hemos visto, se aplica especialmente, por Gayo y por Ulpiano al tutor dado por testamento, no se usa del mismo modo para el tutor dado por los magistrados. Este tutor es llamado como aquí en las Instituciones, *tutor Atilianus* (2), por el nombre de la ley *Atilia*, en virtud de la cual se daba; y como esta ley sólo se referia á los tutores dados en la ciudad, se llamaba el tutor dado en las provincias *tutor Juliotitianus*, por el nombre de la ley *Julia* y *Titia*, que de ellos trataba. Teófilo nos indica esta última expresion.

Et majore parte. Eran diez tribunos (*Hist. del der.*, p. 73); de-
liberaban todos con el pretor acerca del nombramiento de tutor. Este nombramiento sólo tenia lugar cuando á propuesta del pretor se reunia la mayoría de los tribunos, por consiguiente seis por lo ménos, segun dice Teófilo.

Ex lege Atilia. No se sabe su verdadera fecha. Debe corresponder á una época bastante remota, porque debió suceder frecuentemente que algunas personas no tuviesen ni tutor testamentario, ni tutor legítimo; y desde entónces debió conocerse la necesidad de regularizar el nombramiento de un tutor. La ley *Atilia* existia probablemente el año 557 de Roma, porque hablando Tito Livio de una emancipada que vivia en aquel tiempo, nos dice: «*Post patroni mortem, quia nullius in manu esset, tutore a tribunis et prætore petito.....*» (3). Por esto M. Haubol, en sus *Tablas cronológicas*, principia á indicarla en aquel año como dudosa en cuanto á su fecha. Heinnecio, en sus *Antigüedades romanas*, la pone

(1) D. 26. 4. 5.

(2) *Quid Atilianus tutor vocatur*, dice Gay., l. § 185; *quos tutores Atilianos appellamus*, dice Ulpiano, Reg. 11. § 18; lo mismo Teof. h. p.

(3) Tit. Liv. 39. 9.