

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.

en 443, presuncion que sólo se funda en el nombre de un tribuno de aquella época, llamado *Atilius Regulus*. En cuanto á la ley *Julia et Titia* convienen generalmente en que corresponde al tiempo de Julio César Octaviano, año 723 de Roma; sin embargo, Teófilo habla de ésta como de dos leyes distintas: la ley *Julia* y la ley *Titia*, expedidas una despues de otra. Es menester confesar que esta opinion podria con dificultad convenir con los fragmentos de todos los juriconsultos, que nunca la nombran sino en singular, *lex Julia et Titia*.

El nombramiento de un tutor no se hallaba comprendido en las atribuciones ordinarias de los magistrados; no correspondia ni á la organizacion de un litigio con indicacion del derecho (*jurisdictio*), ni á su poder ejecutivo (*imperium*) (*Hist. del der.*, p. 104). Era cosa reconocida que no tenian facultad de nombrar tutor sino cuando una ley se lo habia especialmente concedido (1). La legislacion experimentó acerca de esta materia muchas variaciones que las Instituciones indican; la primera fué la que establece la ley *Atilia*, de que acabamos de hablar.

I. Sed et si testamento tutor sub conditione, aut die certo, datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item, si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existerat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio existeret, aut dies veniret, aut heres existeret.

II. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat, in civitatem reversus fuerat; nam, reversus, recipiebat tutelam, jure postliminii.

Estos dos párrafos reunidos al *principium*, expresan los casos en que tiene lugar la tutela dada por los magistrados, que son los

(1) Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatus-consultum, vel princeps. De 26. 1. 6. § 2. f. Ulp.

siguientes: 1.º Cuando no hay absolutamente ningun tutor, ni testamentario ni legítimo (*si cui nullus omnino tutor fuerat*).— 2.º Cuando la tutela testamentaria se halla suspendida ó interrumpida por una causa cualquiera: por ejemplo, cuando el tutor testamentario no debia empezar á ejercer su cargo sino desde un cierto dia, ó despues de verificarse tal condicion; ó cuando el heredero designado por el difunto tardaba en presentarse y en aceptar la herencia; porque hasta su aceptacion, el testamento y todas sus disposiciones se hallaban en suspenso; ó bien, en fin, cuando el tutor testamentario era hecho prisionero por el enemigo. En todos estos casos el magistrado nombraba entre tanto un tutor, porque mientras que todavía hay esperanza de tutela testamentaria, no debe recurrirse á la deferida por la ley: «*Sciendum et enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitima cessare*» (1). Si la esperanza se realizaba, el tutor nombrado por el magistrado cedia su cargo al tutor testamentario; si la esperanza no se realizaba, lo cedia al tutor llamado por la ley.— 3.º Cuando se excusaba de la tutela el tutor testamentario, ó era destituido (2). En este caso, sin ^{agentes} ^{se} ^{ex} ^{arrido} ^á ^{la} ^{tutela} ^{de} ^{los} ^{agnados}: ¿que se hacia cuando el tutor testamentario habia muerto durante su gestion, y ántes de llegar el pupilo á la pubertad? Ulpiano dice que era porque el tutor se hallaba destituido precisamente para que otro fuese nombrado: «*Nam et hic idcirco abit, ut alius detur*» (3); lo que puede explicarse en el sentido de que siempre que uno se dirigia á los magistrados para que hiciesen cesar al tutor en su encargo, ya admitiendo sus excusas, ya destituyéndole, llevaba esto consigo la consecuencia necesaria de que separado el tutor sólo por la intervencion de la autoridad, debia ser reemplazado por disposicion de la misma autoridad.

III. Sed ex his legibus tutores pupilis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt; deinde prætores, ex constitutionibus. Nam supradictis legi-

3. Mas los tutores cesaron de ser dados conforme á estas leyes, despues que los cónsules primeros principiaron á darlos á los pupilos de ambos sexos, en vista de la sumaria practicada; y despues los pretores conforme á las constituciones, por-

(1) D. 26. 2. 11. f. Ulp.

(2) D. 26. 2. 11. §§ 1 y 2. f. Ulp.

(3) D. 26. 2. 11. § 1.

bus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quidquam cavebatur.

que las leyes de que acabamos de hablar no habian nada estatuido, ni sobre la caucion que se debia exigir de los tutores para asegurar los intereses del pupilo, ni sobre los medios de obligar á los tutores á la administracion de la tutela.

Segun Suetonio, en tiempo del emperador Claudio se atribuyó á los cónsules el poder de nombrar tutores (1). En seguida se le quitó á los cónsules y se cometió á los pretores en tiempo de Antonino Pío (2).

IV. Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam jurisdictionem; in provinciis autem præsides, ex inquisitione tutores crearent; vel magistratus, *jussu præsidum*, si non sint magnæ pupilli facultates.

4. Pero conforme al derecho que usamos, en Roma el prefecto de la ciudad, ó el pretor, segun su jurisdiccion, y en las provincias el presidente, nombran los tutores en virtud de sumaria indagacion, ó bien los magistrados por orden del presidente, si no son grandes los bienes del pupilo.

Suficientemente hemos explicado en la *Historia del derecho* lo que era el prefecto de la ciudad, cuyos poderes no se extendian más allá de un radio de cien millas en derredor de Roma (p. 236) (3). Los pretores (p. 133 y 170), los presidentes de las provincias (p. 175, 235 y 309), y los magistrados particulares de las ciudades (p. 293). No se sabe la época determinada en que se concedió la facultad de nombrar tutores á estas diversas magistraturas; pero ya esta facultad existia en tiempo del emperador Severo, y en tiempo de Ulpiano, Paulo y Trifonio, como lo acreditan diversos fragmentos de estos autores (4).

Secundum suam jurisdictionem. No es decir que el pretor y el prefecto ejerciesen su autoridad en diferente territorio. Se ha visto en la *Historia del derecho* que las atribuciones de cada uno de ellos se extendian á toda la ciudad; y esto no producía ninguna especie de conflicto, pues sus atribuciones eran distintas. Mas desde el momento en que se dió á estos dos magistrados el poder de nombrar cada uno por separado al tutor, fué indispensable, para evitar un conflicto, distribuir entre ellos, sólo para este objeto, ó el ter-

(1) Suet. *In Claud.* c. 23.

(2) Jul. Capitolinus, *M. Anton. vita.* c. 19.

(3) D. 1. 12. § 4. f. Ulp.

(4) D. 26. 5. 3. f. Ulp.—26. 7. 46. §§ 1 y 6. f. Paul.—27. 1. 45. § 3. f. Tryph.—C. 5. 34. 5.

ritorio de la ciudad, ó á las personas, segun su calidad, y quizá segun su fortuna. Esta última distribucion de las personas es la que parece indicar Teófilo en estas palabras: «Digo segun su jurisdiccion, porque hay algunas personas á las cuales el prefecto y no el pretor puede dar tutores» (1).

Jussu præsidum. El presidente no hubiese podido de su propia autoridad delegar para el nombramiento de tutor á una persona que la ley misma no hubiese declarado capaz de hacer este nombramiento: «*Nec mandate præsidæ alius tutorem dare poterit*» (2); pero los magistrados municipales eran de aquellos que la ley declaraba capaces (3), y el presidente podia, conforme al parecer de aquéllos, nombrar él mismo tutor, ó encargarles este nombramiento; los magistrados debian en este asunto aguardar sus órdenes (4).

V. Nos autem, per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, discussimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias publicas personas, id est magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

5. Pero nosotros, haciendo desaparecer por nuestra constitucion estas dificultades de personas, hemos dispuesto que, sin esperar la orden de los presidentes, cuando los bienes del pupilo no excedan de 500 sólidos, los tutores y curadores serán nombrados por los defensores de las ciudades, conjuntamente con el santo obispo, ó por las otras personas públicas, á saber: los magistrados, ó el juez de Alejandria. La caucion legal debe darse conforme á esta constitucion, es decir, de cuenta y riesgo de los que la reciben.

La variacion introducida por Justiniano consiste en que los magistrados de las ciudades no están obligados á aguardar las órdenes del presidente de la provincia para hacer el nombramiento.—Hemos hablado ya de los defensores de las ciudades (*Hist. del der.*, p. 320), de los obispos (p. 307), del juez de Alejandria (p. 235, en una nota). En resumen, los tutores, en tiempo de Justiniano, eran nombrados en Constantinopla por los prefectos y el pretor, cada uno segun su jurisdiccion y con sumaria; en las provincias, cuando los bienes del pupilo no excedian de 500 sólidos

(1) Teof. h. p.

(2) D. 26. 5. 8. f. Ulp.

(3) D. 26. 3. 2. f. Ulp.

(4) D. 27. 8. 1. § 2. f. Ulp.

dos (1), eran nombrados por los presidentes en virtud de sumaria; cuando los bienes no excedían de esta suma, los magistrados particulares de las ciudades los nombraban sin averiguación, pero prestando caución.—Los tutores nombrados en virtud de sumaria indagación (*ex inquisitione*) no lo eran hasta después de una información hecha por el magistrado acerca de sus bienes, su rango, sus costumbres, su fidelidad y su capacidad (2). Esta información era una garantía para los intereses del pupilo. Los tutores nombrados con caución estaban obligados á presentar alguno que respondiese de su administración. Esta especie de fianza era más sencilla y aún más segura que la anterior; pero apenas era aplicable sino á las propiedades de poca consideración, pues debía ser más difícil hallar personas que quisiesen responder de un gran patrimonio.—Los magistrados podían nombrar más de un tutor á un mismo pupilo; pero no podían someter el nombramiento á un plazo ó á una condición, porque debían proveer inmediatamente y en su totalidad á los intereses del pupilo (3).

Aquí termina la exposición de las diversas especies de tutela. «Se ve, por lo dicho, cuántas especies hay; pero si preguntamos cuántos géneros forman, la disputa será prolongada; porque los antiguos han tenido acerca de este punto muchas dudas..... Unos, como Quinto Mucio, cuentan cinco géneros; otros, tres, como Servio Sulpicio; otros, dos, como Labeon; y otros han creído que había tantos géneros de tutela como especies» (4). Así se explica el mismo Gayo; y no se nos ha ocurrido otra cosa mejor que traducirlo, para dar las verdaderas ideas de los jurisconsultos romanos sobre esta materia. Los comentadores y jurisconsultos modernos han dividido generalmente la tutela en tres géneros: *tutela testamentaria*, *tutela legítima*, y la que llaman *dativa*, según que se da por testamento, por la ley ó por el magistrado. Las Instituciones parece que distinguen cuatro géneros: la *testamentaria*, la *legítima*, la *fiduciaria*, y la *deferida por los magistrados*.

(1) El sólido ó sueldo de oro contenía en oro el peso que contendría una pieza de cerca de 22 francos 50 céntimos. Según este cálculo, 500 sólidos formarían en oro un poco más de 12.000 francos ó 48.000 rs.

(2) Teof. h. t.—D. 26. 5. 21. § 5. f. Modest.

(3) *Sub conditione a præsibus provinciarum non posse dari tutorem placet* (D. 26. 1. 6. § 1. f. Ulp.).

(4) Gay 1. § 188.

VI. Impubes autem in tutela esse naturali juri conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

6. Es conforme al derecho natural que los impúberos se hallen en tutela, á fin de que el que no ha llegado á mayor edad sea defendido por otro.

Esta reflexión general sobre la naturaleza de las tutelas está tomada de Gayo (1); ya la hicimos, cuando dijimos que la tutela en su principio se deriva de la razón natural, lo que no se oponía á que sus disposiciones entre los romanos fuesen de derecho civil, y aplicables sólo á los ciudadanos, como las disposiciones relativas á las justas nupcias.

VII. Cum igitur pupillorum, pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

7. Después que los tutores han administrado los negocios de los pupilos, se les hace dar cuenta después de la pubertad por la acción de tutela.

No es éste el lugar de ocuparnos en la cuenta que deben dar, y en la acción que corresponde.

De la administración de los tutores.

Hay formalidades que el tutor debe llenar ántes de hacerse cargo de la administración de los bienes: la primera es que debe prestar fianza de administrar bien (*satisdare rem pupilli salvam fore*), á ménos que sea de aquellos que están dispensados de darlas: volveremos á tratar este asunto más detalladamente. La segunda es que debe, en presencia de personas públicas, hacer inventario de los bienes del pupilo (*repertorium, inventarium*) (2), á ménos que el testador no lo haya expresamente prohibido (3). El tutor debe abstenerse de ejercer ningún acto de administración ántes de haber llenado estas formalidades, á ménos que no ocurran cosas urgentes que no admitan dilación (4). Dada la fianza y formado el inventario, debe administrar el tutor, y aún puede ser obligado á ello, siendo por otra parte responsable de los perjuicios que pudiese causar su omisión (*suo periculo cessat*) (5).

Mas puede suceder, como hemos visto, que haya muchos tutores: ¿á quienes debe confiarse la administración? O á uno solo ó á

(1) Gay 1. § 189.

(2) D. 26. 7. 7. f. Ulp.—C. 5. 37. 24.

(3) C. 5. 51. 13. § 1.

(4) C. 5. 42. f. 1. 3 y 5.—D. 26. 7. 7. p. f. Ulp.

(5) D. 26. 7. 1. § 1. f. Ulp.