

P. ¿A quién pasaba la tutela de los impúberos emancipados á la muerte del ascendiente emancipante, á falta de tutor testamentario confirmado? (V. el tít. XIII.)

R. Pasaba á los demás hijos (varones y mayores de veinticinco años) que habían quedado bajo la potestad del emancipante. Esta tutela se llamaba *fiduciaria*.

P. ¿Por qué no se la llama *legítima*, como la deferida á los hijos del patrono?

R. Justiniano responde que es porque el patrono transmitía á sus hijos la tutela legítima del liberto, como les hubiera transmitido la potestad dominica á falta de manumisión, mientras que, á falta de emancipación, el ascendiente no hubiera podido transmitir la patria potestad á aquéllos á quienes se transmite, á su muerte, la tutela del emancipado. Pero esta razón, verdadera respecto de los hermanos y de los tíos del emancipado, es falsa con respecto á su padre, porque éste, á la muerte del abuelo emancipante, se hace tutor fiduciario de los hijos que, á falta de emancipación, hubieran recaído en su potestad. Hase creído (V. M. Ducaurroy, pág. 247) que la diferencia provenía de que sucediendo los hijos del patrono en el derecho de patronato, se hacen, como su padre, presuntivos herederos del liberto, y, conforme al sistema de la ley de las Doce Tablas, tutores suyos legítimos; en vez de que los hijos que han quedado en la potestad del ascendiente emancipante, no sucediendo por este título al emancipado, llegan á ser tutores sin ser herederos presuntivos del emancipado. Esta explicación parecería muy plausible si no nos dijeran muchos textos (Ulp., t. II, § 5; Gayo, I, § 166, 172) que el extraño que habiendo recibido á un hijo *in mancipio*, bien fuese del padre, bien de su primer comprador, lo había manumitido antes de su pu-

bertad, llegaba á ser tutor *fiduciario* del mismo, no obstante ser, por su semejanza con el patrono, su heredero presuntivo (1).—Creemos, sin embargo, que la verdadera explicación que debe darse (2) es que los redactores de las Instituciones conservaron un vocabulario que no tenía ya sentido en tiempo de Justiniano. En efecto, el ascendiente emancipante, para llegar á ser tutor de los hijos á quienes emancipaba, estaba obligado antiguamente á valerse del *contrato de fiducia*, por el cual el comprador, á quien había emancipado sus hijos, se obligaba á revendérselos (V. el tít. XII). El ascendiente emancipante se hacía tutor *ex fiducia* á consecuencia de la confianza de que se había servido; era verdaderamente tutor *fiduciario*, y éste era el nombre que se le dió en un principio. Sin embargo, por honor y respeto á la cualidad de ascendiente, llegó á llamársele tutor legítimo (3). Transmitía la tutela á sus hijos, como el patrono transmitía á los suyos la tutela del liberto. Los hijos del ascendiente eran, pues, como éste, tutores fiduciarios (*Hujus quidem liberi fiduciarium tutoris loco numerantur*. Gayo, I, § 175). Y como no se extendió hasta ellos el honor que se había hecho al ascendiente emancipante, dándole el título de tutor legítimo, continuaron llamándose tutores fiduciarios. En las Instituciones se les conservó este nombre, que no tenía ya sentido posteriormente cuando se efectuaba la emancipación por rescripto del príncipe ó por una simple declaración ante el magistrado, sin hacerse ya uso de la *fiducia* en las formalidades que se referían á ella.

P. ¿Cuál era en resumen el orden de las cuatro tutelas legítimas?

R. Debe distinguirse entre los impúberos libertinos y los impúberos ingenuos: los primeros tenían por tutores al patrono y después de él á sus hijos; en cuanto á los ingenuos, se hacían *sui juris*, bien fuese sin disminución de cabeza, por la muerte del padre de familia, y entonces había lugar á la tutela legítima de los agnados; ó bien fuera con disminución de cabeza, y en este caso había lugar á la tutela legítima del emancipante, y después de él á la tutela fiduciaria.

P. ¿No introdujo Justiniano alteraciones en estas tutelas legítimas?

R. Sí, señor: habiendo introducido Justiniano por la Novela

(1) Puede añadirse que, después del emperador Anastasio, adquirieron los hermanos del emancipado derechos á su sucesión, sin que dejara de ser *fiduciaria* su tutela.

(2) Con M. de Fresquet, t. I, pág. 166.

(3) Por esto la tutela del ascendiente emancipante se llama *legítima* en el título precedente.

118 un nuevo sistema de sucesión, debió, en su consecuencia, introducir un nuevo sistema de tutela legítima (V. el Apéndice á continuación del tit. X del lib. III).