

TÍTULO XIV.

Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento.

1.º Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento.—2.º Cómo puede y debe hacerse su nombramiento.—3.º Para qué descendientes se entenderá nombrado el tutor.—4.º Cuándo y por qué necesita confirmarse el nombramiento hecho por el testador: en qué consiste la confirmación: diversas maneras de prestarla.

1.º QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.—En el título anterior hemos determinado las personas que estaban facultadas para nombrar tutor en testamento, y las que podían ser sometidas al tutor nombrado: veamos ahora, siguiendo á Justiniano, los otros dos extremos relativos á la tutela testamentaria, ó sea, quiénes pueden ser nombrados tutores testamentarios, y cómo debe hacerse su nombramiento.

Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento. Este epígrafe del título manifiesta desde luego que la tutela testamentaria se desvía de las otras en este particular; pues si no pudieran ser elegidos para ella ni más ni menos personas que aquellas en cuyo favor puede ser deferida la legítima ó dativa, carecía de objeto el tratado. Pero nótese bien, que la diferencia existe en cuanto á la *delación*; porque, respecto al *ejercicio*, toda clase de tutelas son regidas por las mismas disposiciones legales. Así, un menor de edad no puede desempeñar ninguna clase de tutela; pero sí recibir el título de tutor testamentario, y entrará en funciones tan luego como llegue á la mayoría; al paso que si se tratase de la tutela legítima ó dativa, no recibirá la investidura de tutor, porque la ley llamaría al pariente que le siguiese en proximidad, y el magistrado no podría nombrarle. De las personas incapaces para *ejercer* toda clase de tutelas nos ocuparemos en el título XXV: aquí, de las que no pueden ser nombradas más que en testamento, cuyo catálogo forma la materia de los

§ inicial. Dari autem potest tutor non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

§ 1. Sed et servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est, eum, et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc

recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor: sed ita CUM LIBER ERIT, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.

§ 2. Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tunc tutor erit, cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.

Los textos copiados enumeran el hijo de familias, los esclavos, el furioso y el menor de veinticinco años, sobre cada uno de los cuales harémos las observaciones convenientes.

El hijo de familias se encuentra fuera del caso que se proponen explicar las Instituciones: podía, es cierto, ser nombrado tutor por un testador; pero tambien por el magistrado. La ley le equipara al padre de familias para el desempeño de las magistraturas y de la tutela (1); y el mencionarle en este lugar no sólo es inoportuno, sino que puede inducir al error de creer que el hijo de familias únicamente podía ser nombrado para la tutela testamentaria, ó por lo ménos que en ello hubiera existido alguna duda, que venía á resolver el párrafo inicial.

El esclavo ya constituye una excepcion de la regla general. No podía adquirir el carácter de tutor legítimo, porque carecía legalmente de familia; tampoco el de dativo, porque no tenía capacidad jurídica para que el magistrado le nombrase; pero sí podía designarle un testador á quien constase que era esclavo, y bajo las distinciones que contiene el § 1.

Tratándose de esclavo propio del testador, era válido el nombramiento: 1.º Si al nombrarle, se le manumitía expresamente: en este caso nunca se dudó que adquiriría por el testamento la tutela y la libertad *directa*. 2.º Aunque nada se dijese respecto á manumision, producía iguales efectos, como declara el texto, siguiendo la opinion de Paulo (2), y derogando el derecho antiguo que sólo le reconocía libertad *fideicomisaria*, pues necesitaba manumitirle el heredero. Pero sería ineficaz en el caso de que le nombrase para cuando fuera libre, *cum liber erit*; porque manifestaba poco interes en que fuera tutor, dejando al acaso una libertad que él podía otorgarle.

Si el testador no tenía propiedad sobre el esclavo, únicamente sería válido el nombramiento hecho para cuando fuera libre, *cum liber erit*, ó encargase comprarle y manumitirle; mas si se le nombraba puramente, no valía. Esta última de-

(1) D., I, 6, 9.

(2) D., XXVI, 2, 32, § 2.

cision de Justiniano parece ménos equitativa que la dada por Ulpiano y los emperadores Valeriano y Galieno, los cuales entendian que en este caso el heredero debía comprar al esclavo y manumitirle (1).

El furioso tambien presenta excepcion de la regla general. Siempre se admitió que fuera válido su nombramiento en última voluntad si se hacia para cuando sanase, *cum furere desiderit*. Por el contrario, si se le nombraba puramente, Próculo no le consideraba eñcaz; pero Ulpiano, Paulo y Pomponio juzgaban que debía sostenerse como hecho bajo la condicion *cum suae mentis esse coeperit* (2), dictámen que sanciona el § 2.

El menor de veinticinco años. Antiguamente sólo el impúbbero carecía de aptitud para la tutela, y aún si le corespondía la legítima y el liberto nombrado por el patrono llegaban á ejercerla, apénas salian de la impubertad: pero los menores eran capaces, si bien podían excusarse (3). Justiniano excluyó de la tutela al menor (4); mas permitiendo que se le nombre en testamento, aunque no desempeñará las funciones de tutor hasta la mayoría de edad. Cada legislacion respondia á su época: ántes, se consideró al púbero con bastante inteligencia para todos los negocios: despues, se desconfió de su discernimiento miéntras no cumpliese veinticinco años. Supónese que el tutor debía encontrarse más próximo á esta edad que el impúbbero á los doce ó catorce, pues, en caso contrario, no tenia objeto el nombramiento.

Esta mayor latitud concedida para nombrar tutor testamentario pudo reconocer varias causas, entre las cuales figuraron: 1.^a ser la regla general sobre la materia que podia nombrarse tutor á todo aquel con quien el testador tuviera la *factio testamenti* (5); 2.^a el fundado respeto que á la ley inspiraba la eleccion verificada por persona tan conocedora de lo que más convenia á sus hijos: 3.^a la consideracion de que, aún cuando el tutor testamentario se hallase temporalmente impedido, podia sustituirle otra persona que designase el magistrado.

2.^o CÓMO PUEDE Y DEBE HACERSE SU NOMBRAMIENTO.—Por las mismas razones que acabamos de exponer, se permitieron

(1) D., XXVI, 2, 10, § 4.—C. VII, 4, 9.

(2) D., XXVI, 1, 11; y 2, 10, § 3.

(3) D., XXVII, 1, 10, § 7; y 3, 9, § 1.

(4) C. V, 30 5.

(5) ULPIANO.—*Fragm.*, XXII, 2.—D., XXVI, 2, 21.

en el modo de conferir la tutela testamentaria formas no admitidas para la legitima y dativa : de este género son las que autoriza el

§ 3. Ad certum tempus, vel (1) ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante haeredis institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur.

Nombrar tutor *ad certum tempus* es señalar al tutor un plazo durante el cual desempeñe el cargo ; y, cumplido, cese en la tutela : *ex certo tempore*, prefijarle la época desde la cual, y no ántes, comenzará á ejercer la tutela : *sub conditione*, someter el nombramiento á un suceso futuro é incierto, de tal manera, que cuando se realice, ó comience á tener efecto ó deje de tenerlo (2). Si á favor de una misma persona se hubieran hecho varios nombramientos bajo distintas condiciones ó plazos, valdría el último (3).

Que pudiera consignarse en el testamento la designacion de tutor ántes de instituir heredero, *ante haeredis institutionem*, era un punto controvertido en el derecho antiguo, segun cuyos principios nada podía disponerse ántes de nombrar heredero. Sostenían los Proculeyanos la afirmativa, fundados en que por el nombramiento de tutor nada se desmembraba de la herencia (4). Justiniano declaró válido cuanto se colocase ántes de la institucion (5); y con mayor motivo resuelve aquí que pueda deferirse la tutela.

Finalmente, áun en el caso de faltarle al testamento las solemnidades prescritas, quiso el legislador que se cumpliese la voluntad del padre (6).

Mas la descendencia de la ley para con los testadores no llegó hasta el punto de permitirles nombramientos inconsiderados, que comprometieran la suerte del pupilo, ó que desnaturalizasen la institucion de la tutela.

Por la primera consideracion, se les prohibió nombrar tutor á persona incierta ó indeterminada, acerca de cuyas circunstancias no hubiera podido el testador formar un juicio exacto, puesto que ignoraba sobre quién iba á recaer su nom-

(1) C. *sen.*

(2) Papiniano (D., L. 50, 17) dice que los actos legitimos no admiten condicion ni día, y entre ellos comprende la *tutoris datio*; pero se refiere al tutor que da el magistrado, segun declara Ulpiano (D., XXVI, 1, 6, § 1). La delacion de la tutela en testamento no es acto legitimo.

(3) D., XXVII, 2, 8, § 3; y 10, § 1.

(4) GAYO, II, 229, 230 y 231.

(5) C. VI, 23 24.

(6) C. V, 29, 2.

bramiento eventual; v. gr., el primero que llegase á su funeral, el que se casase con su hija, designándole con nombre que fuese comun á varios sugetos, etc. (1).

Por la segunda, nos dice el

§ 4. Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur.

Para determinar en el título anterior las diferencias entre tutela y curaduría, hicimos ya mérito de este párrafo. Allí hemos visto que los individuos sometidos á tutela eran considerados como si no tuvieran personalidad completa; y necesitaban, por consecuencia, de una persona que completara su capacidad, tomando en todos los negocios una participacion directa y concluyéndolos en union del protegido. No era, pues, dado al ciudadano alterar en su última voluntad el carácter esencial de las instituciones creadas por la ley. Tal fué siempre la doctrina romana (2); pero, como excepcion, se permitía nombrar tutor para administrar exclusivamente una parte de los bienes que el pupilo domiciliado en Roma poseyese en provincias lejanas (3).

3.º PARA QUÉ DESCENDIENTES SE ENTENDERÁ NOMBRADO EL TUTOR.—Por lo mismo que al padre de familias se le reconoce árbitro de dar ó nó tutor á sus descendientes, necesitaba determinar con claridad los que habia tenido intencion de someter al tutor nombrado. Para obviar cuestiones, declara el

§ 5. Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumae, vel postumo videtur dedisse, quia filii vel filiae appellatione et postumus et postuma continentur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sunt (4)? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo LIBEROS dixit; ceterum, si FILIOS, non continebuntur: aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi, quam ceteri liberi continebuntur.

Al refundir en este párrafo dos pasajes de Ulpiano (5), se redactó algo confusamente. El jurisconsulto dice: Que comprende á los póstumos la designacion de tutor hecha bien para los hijos (*filiis*), bien para las hijas (*filiabus*); que si usó de la palabra descendientes (*liberos*), se comprenden tambien los nietos; si la de hijos (*filios*), no se comprenden los nietos; y

(1) GAYO, II, 240.—*Inst.*, II, 20, § 27.—D., XXVI, 2, 29 y 30.—C., VI, 48, un.

(2) D., XXVI, 2, 12, 13 y 14.

(3) D., XXVI, 2, 15.

(4) C. *sint.*

(5) D., XXVI, 2, 5 y 6.

si la de póstumos (*postumos*), se comprende tanto los hijos póstumos como los demas descendientes igualmente póstumos. En suma, la denominacion *fili* tan sólo abraza los descendientes de primer grado, sean varones ó mujeres; la de *liberi*, á todos los descendientes nacidos de cualquier grado y sexo; y la de *postumi* á todos los descendientes no nacidos, cualquiera que sea tambien su sexo y grado.

4.^o CUÁNDO Y POR QUÉ NECESITA CONFIRMARSE EL NOMBRAMIENTO HECHO POR EL TESTADOR; EN QUÉ CONSISTE LA CONFIRMACION : DIVERSAS MANERAS DE PRESTARLA.

El tutor testamentario podía ser *rectè datus* y *non rectè datus*; ó, como dicen los modernos, la tutela testamentaria era *perfecta* ó *imperfecta*. *Perfecta* ó *rectè data*, la que reunía estas tres condiciones exigidas por la ley de las XII Tablas: 1.^a Que la confiriese el padre de familias. 2.^a Que la consiguiese en un testamento solemne. 3.^a Que la diese para un descendiente constituido en su potestad inmediata. *Imperfecta* ó *non rectè data*, aquella en que faltase cualquiera de estas condiciones. La primera producía todos sus efectos de pleno derecho, *ipso jure*; porque era atribucion que correspondía al jefe doméstico de una manera absoluta. La segunda no valía *ipso jure*; necesitaba que el Estado supliese el defecto que entrañaba, y lo hacía por medio de la confirmacion que prestaba una persona constituida en autoridad pública.

Es, pues, la *confirmacion*, un acto por el cual el magistrado aprueba el nombramiento de tutor testamentario hecho por quien no es padre del pupilo, ó por quien no tiene sobre éste patria potestad, ó en última voluntad destituida de las solemnidades legales.

La confirmacion se prestaba de dos maneras: unas veces, *con inquisicion*; y otras, *sin inquisicion*. Cuando para aprobar el nombramiento se necesitaba inquisicion, el magistrado averiguaba préviamente la moralidad, aptitud y solvencia del nombrado tutor. Cuando no procedía la inquisicion, el magistrado, dando por supuestas estas condiciones en el nombrado, se limitaba á conocer si habian cambiado con posterioridad al nombramiento, de suerte que, á conocerlas el testador, hubiera revocado su eleccion; v. gr., si se había empobrecido, si se había convertido en enemigo de la familia, corrompido en sus costumbres, comprometidose en negocios con el Fisco, etc. (1): no era por consiguiente una vana formalidad.

(1) D., XXVI, 2, 4; y 3, 6, 8, 9 y 10.

Así entendido, se confirmaba *sin inquisicion* el nombramiento que el padre hacía para el descendiente emancipado ó en última voluntad sin las debidas formalidades: porque la ley respeta siempre la autoridad moral del padre legítimo; y tiene al propio tiempo confianza tal en el acierto de sus disposiciones, que el magistrado solamente podrá negar su aprobacion cuando acontecimientos posteriores hagan creer que esa sería la voluntad del padre, si los conociera (1).

Era, por el contrario, necesaria la *inquisicion* ántes de aprobarse el nombramiento hecho por el padre para su hijo natural (2) y los de la madre ó de un extraño (3).

TÍTULO XV.

De la tutela legítima de los agnados.

1.º Observaciones generales acerca de las diversas clases de tutelas legítimas.—2.º Cuándo tiene lugar la tutela legítima de los agnados.—3.º Quiénes son agnados.—4.º Por qué causas se extingue la agnacion.—5.º Quiénes eran llamados á esta tutela antiguamente y segun la Novela CXVIII.

1.º OBSERVACIONES GENERALES ACERCA DE LAS DIVERSAS CLASES DE TUTELAS LEGÍTIMAS.—Tutela legítima, en general, es la deferida por la ley.

La doctrina referente á la tutela legítima, tal como se desenvuelve en las Instituciones, presenta cierta confusion por dos razones principalmente: 1.ª Porque se halla dividida en cuatro títulos, bajo diferentes nombres y, sobre todo, interrumpida con el tratado de capitisdiminucion que acaba de complicarla. 2.ª Porque la mayor parte de las reglas de que se compone, fueron derogadas por la Novela CXVIII de Justiniano; de suerte que viene á exponerse un derecho que ya no existia, y deja de exponerse el vigente.

Si en los últimos años de su vida hubiera el Emperador ordenado revisar las Instituciones, poniéndolas en armonía con la citada constitucion, se habría reformado todo el contenido de los títulos que vamos á estudiar, comenzando por sus epígrafes mismos, y evitándose algunas dudas á que dá lu-

(1) *Inst.*, I, 13, § 5.—D., XXVI, 2, 4; 3, 1, § 1; id., id. 2.—C. V, 29, 2.

(2) D., XXVI, 3, 7.

(3) D., XXVI, 3, 1, § 2; id. id., 2, 4 y 5.—C. V, 29 1.

gar el laconismo que emplea en su Novela, cuando peca ordinariamente de ampuloso.

Fácil es, sin embargo, dar á esta materia la unidad y sencillez necesarias: basta para ello recordar, por una parte, el doble objeto á que respondian las instituciones creadas para proteger á los incapaces; y por otra, la constitucion familiar, y los efectos de la manumision y de la emancipacion.

Teniendo presente que las instituciones tutelares se proponian á la vez el auxilio del protegido y el interes del protector, comprenderémos bien el principio de que partia la ley para conferir la tutela del impúbero, cuando la voluntad del testador no habia provisto á esta necesidad. Ulpiano le formula en los términos más explicitos cuando, despues de consignar que la tutela legitima corresponde al que la ley llama para la herencia intestada del impúbero, añade: *Hoc summa providentia: ut qui sperdrent hanc successionem, iidem tuerentur bona*, NE DILAPIDARENTUR (1).

Ahora bien, conocidas que sean las personas llamadas á la sucesion intestada, sabrémos á quiénes se conferia la tutela legitima. En su lugar oportuno expondrémos detalladamente los órdenes de suceder ab intestato: por ahora nos basta saber que eran las personas unidas con el difunto por los diferentes vínculos legales que ya conocemos y vamos á recordar. Si se trataba de un impúbero que *no habia sido emancipado*, á la muerte del padre, y en defecto de tutela testamentaria, serian sus tutores los *agnados* más próximos, los únicos que tenian derechos familiares (*tutela legitima agnatorum*; objeto de este título). Si de un impúbero *manumitido*, el patrono, y á falta de éste sus descendientes; porque un liberto impúbero carecia necesariamente de *agnados*, no tenia familia (*tutela legitima patronorum*, título XVII). Si de un impúbero *que hubiera sido emancipado*, el ascendiente que le emancipó; pues tampoco tenia *agnados*, toda vez que por la emancipacion se habia roto el vínculo de agnacion que le unia á su familia, y sólo quedaba ligado con el emancipante en concepto de *patrono*, pues le habia manumitido por *vindicta* (*tutela legitima parentum*, título XVIII). Por último, equiparados los hijos del emancipante con los del que habia manumitido á un esclavo, se les dió tambien la herencia y la tutela cuando faltaba el ascendiente que habia emancipado al impúbero (*tutela fiduciaria*, título XIX).

(1) D., XXVI, 4, 1, pr. — De aquí el axioma: *Ubi successio est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.* (Inst., I, XVII, un. — D., L, 17, 73, pr.)

Estas cuatro especies de tutelas pueden llamarse *legítimas*, porque se ejercen á virtud de un llamamiento de la ley ; pero se observa que la última no lleva aquel calificativo : daremos la razon. Ulpiano dice: Tutores legítimos son los que provienen de alguna ley ; mas por excelencia se llaman legítimos los que introdujo la ley de las XII Tablas, bien expresamente, cuales son los agnados, bien por deducción, cuales son los patronos (1). Segun esto, las XII Tablas habian llamado en términos expresos á los agnados tanto para la sucesion, cuanto para la herencia del impúbero ; pero como llamasen igualmente al patrono y á sus hijos para la herencia del liberto, se dedujo que tambien la tutela debia corresponderles segun la ley decemviral aunque no lo dijera explicitamente, pues era una consecuencia del derecho á heredar : ambas, por lo mismo, se denominaron tutelas *legítimas*. Luégo, se utilizó para emancipar el rodeo que en su lugar hemos reseñado, y por resultado del cual el ascendiente emancipador adquiria el concepto de *patrono*, con derecho á la sucesion del impúbero emancipado ; era, pues, lógico que ejerciese asimismo la tutela ; pero como aquel procedimiento y sus resultados no habian sido previstos siquiera por las XII Tablas, no podia decirse que ellas habian creado esta tutela ; ni expresamente como la de los agnados, ni por deducción, como la del verdadero patrono y sus hijos : no merecia, segun esto, el dictado de *legítima* sino el de *fiduciaria*, de la cláusula de *fiducia* que intervenia en la última venta ; mas por consideracion al ascendiente, y no queriendo guardarle ménos deferencia que al patrono, se le dió todavia el nombre de *legítima* (2). Finalmente, como los hijos del emancipante, á falta de éste, heredasen al impúbero emancipado, debieron ser al mismo tiempo sus tutores ; y no mereciendo á la ley tanto respeto como el ascendiente, se conservó para esta tutela el nombre que en rigor le correspondia, el de *fiduciaria*.

Conocidas ya las diferentes clases de tutela legítima y la unidad de principio á que todas ellas responden, sólo nos resta hacer sobre cada una ligeras observaciones y notar la respectiva modificacion que sufrieron despues de la Novela CXVIII. Empezarémos por la de los *agnados*, materia de este título.

2.º CUÁNDO TIENE LUGAR LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

(1) ULPIANO, *Reglas*, XI, § 3.

(2) ULPIANO, *Reglas*, XI, § 5.—GAYO, I, 166, 172 y 175.

§ inicial. Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

§ 2. 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 intellegitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.

Ya dijimos en el núm. 3.º del título XIII que se encargaban de la tutela los llamados por la ley, cuando no se había nombrado tutores testamentarios, ó faltaban todos los nombrados.

Respecto del primer caso, hay perfecta conformidad entre el párrafo 2.º y la doctrina que allí expusimos: pero sobre el segundo, parece que media notable diferencia; pues el texto solamente llama al tutor legítimo cuando el testamentario *vivo testatore decesserit*, por lo cual podía sospecharse que no se admite al legítimo cuando el testamentario sobrevive al testador que le nombró. Este podrá ser tal vez un principio aceptable, pero no es romano; porque el Digesto contiene disposiciones terminantes, según las cuales viene el tutor legítimo siempre que muera el testamentario, sin distinguir la época de su fallecimiento (1). Lo que puede explicar este aparente desvío de la doctrina constantemente admitida, es que en la ley, de la cual se tomó el párrafo 2.º, dice Paulo: Que también se reputa muere intestado, en cuanto á la tutela, cuando el tutor nombrado en testamento *ADHUC FILIO IMPUBERE MANENTE, decesserit* (2); palabras que las Instituciones han reemplazado desgraciadamente con las de *vivo testatore*, trastornando el concepto.

Acerca del nombre de *legítimos* que correspondía á estos tutores, según el párrafo inicial, ya hemos dado al principio la explicación suficiente.

3. QUIÉNES SON AGNADOS.

§ 1. Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione conjuncti (3), quasi a patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrum filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitae tuae filius non est tibi agnatus, sed cognatus (et invicem

(1) D., XXVI, 2, 11, § 3; y 4, 6.

(2) D., XXVI, 4, 6.

(3) C. *sunt agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti*.

scilicet tu illi eodem jure conjungeris), quia qui nascuntur patris, non matris, familiam sequuntur.

Si en la familia romana no hubiera podido entrarse por medio de la adopcion, ni salirse de ella por medio de la emancipacion, serian efectivamente *agnados*, como dice el texto, *los cognados ó parientes por parte de varon*. En la familia donde no hubieran ocurrido ninguno de aquellos acontecimientos, todos los hijos del jefe, bien permanecieran solteros ó se hubieran casado, las hijas solteras, y los descendientes de los hijos, serian *agnados*, porque todos ellos estarían bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, constituyendo una sola sociedad doméstica; más no las hijas casadas, que pasaban á formar parte de la familia del marido, lo mismo que su descendencia.

A este caso es únicamente aplicable la definicion de Justiniano. Pero era muy frecuente que de la familia natural se emanciparan algunos descendientes, dejando en su virtud de ser *agnados*; y á la vez, que por adopcion ingresasen en ella personas extrañas, adquiriendo el carácter de *agnados* con los descendientes naturales de su nuevo jefe. Luego definir la *agnacion* el parentesco por linea masculina, es inexacto; porque habia parientes de esta clase que no eran *agnados*, y habia extraños que lo eran. Por esto dijimos (pág. 40) y repetimos ahora, que la *agnacion* era el *lazo que unia á los individuos que se hallaban sometidos á un mismo paterfamilias, ó que se hallarian si éste no hubiera muerto*. Lo que constituye la *agnacion* no es el vínculo de la sangre por linea masculina, sino el hecho de formar parte de una misma sociedad doméstica.

4.º POR QUÉ CAUSAS SE EXTINGUE LA AGNACION.

§ 3. Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris est nomen. Cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

Para no confundir la doctrina de este párrafo, debemos distinguir el *vínculo* mismo en que respectivamente consisten la *agnacion* y la *cognacion*, de los *derechos* que cada una lleva consigo.

El *vínculo* de la *cognacion* jamás desaparece, ni puede la ley extinguirle, porque es un lazo creado por la naturaleza; y cualquiera que sea el estado en que se constituya un pariente,

no dejará de ser cognado. Al contrario, siendo el *vínculo* de la agnacion un lazo de pura creacion legal entre individuos de la misma familia, sean ó no parientes, natural es que la ley le considere roto siempre que cualquiera de sus individuos deje de pertenecer á la familia.

Tratándose nó del *vínculo* mismo, sino de los derechos, la ley declara cuáles y cuándo los han de producir tanto la *cognacion* como la *agnacion*; porque corresponde al legislador determinar las consecuencias legales de los hechos, bien sean éstos naturales ó jurídicos.

En el título siguiente hallaremos la comprobacion de esta doctrina.

5.º QUIÉNES ERAN LLAMADOS Á ESTA TUTELA ANTIGUAMENTE Y SEGUN LA NOVELA CXVIII.—Las Instituciones se limitan á consignar en el párrafo inicial de este título que las XII Tablas llamaban á los agnados para desempeñar la tutela de aquellos á quienes no se hubiera dado tutor testamentario; pero en el párrafo que bajo el número 7 se coloca en el título siguiente, faltando al órden, nos marcan la prioridad con que eran llamados. Cuando la tutela, dice, corresponde á los agnados, no se les defiere simultáneamente á todos, sino sólo á los que están en grado más próximo; ó si son del mismo grado, á todos ellos.

Dos observaciones debemos hacer sobre esta doctrina, que expresa el órden de los llamados á ejercer la primera clase de tutela legitima, hasta que se publicó la Novela CXVIII.

1.ª Que la mujer no venía á ejercerla, por más que fuera próxima agnada (1); pues antiguamente, ella misma tenía por tutores á sus agnados (2), y aunque despues se emancipó de la tutela, siempre fué ésta considerada un cargo público del cual era incapaz la mujer.

2.ª Aunque en el texto no se mencionan los *gentiles*, parece indudable que primitivamente les correspondierá ser tu-

(1) D., XXVI, 4, 1, § 1.

(2) GAYO (I, 157) dice que antiguamente las mujeres tenían también á sus agnados por tutores; pero que más tarde, la ley Claudia abolio esta tutela. No conocemos los términos de esta ley; debe sin embargo creerse que su disposicion se aplicó no sólo á las mujeres mayores, sino á las menores de la pubertad, cuando una ley del Código dice que, segun había ordenado Constantino (es decir, una ley posterior á la Claudia), las mujeres menores de la pubertad se hallaban bajo la tutela de sus agnados (C. V. 30, 3). Mientras estuvieron sometidas á tutela durante toda su vida, el tutor agnado podía traspasar su cargo á tercera persona (*tutor cessitius*) por la *in jure cessio* (ULP., *Fragm.*, XI, § 6); pues era demasiado oneroso por su indefinida duracion: no así la tutela de los varones, que terminaba con la pubertad (GAYO, I, 163). Desde la ley Claudia, ya no hubo términos hábiles para semejante cesion (ULP., *Fragm.*, XI, § 8).

tores á falta de agnados. Nos consta, en efecto, que el cuidado del furioso se encargaba por la ley de las XII Tablas á los gentiles, cuando no existían agnados (1), y tambien que á falta de agnados eran llamados los gentiles á la sucesion en virtud de esta ley (2). Ahora bien, teniendo por fin la tutela legitima, tanto los intereses del pupilo como los del tutor, presunto heredero, para que los bienes de aquel *ne dilapidarentur*; siendo, por consecuencia, inseparables generalmente los derechos de sucesion y de tutela; y atendida la primitiva constitucion familiar; no puede negarse que la tutela legitima se defiriera á los gentiles.

Asi podemos trazar la historia del derecho de tutela, que es la de todos los derechos familiares. En su principio, las familias del mismo tronco constituyen una *gens*: la tutela corresponde en primer término á los individuos de cada *familia*, los *agnados*, y en su defecto, á los de la misma *gens*, los *gentiles*. Luégo, desaparecen las *gentes*: la tutela ya no puede ser deferida más que á los *agnados*. Por último, se transforma la familia misma, único resto de la institucion familiar; los derechos de familia ya no están vinculados en las personas que de hecho constituyen la sociedad doméstica, sino que se extienden á todos los parientes, aunque se hayan separado de aquella sociedad: la tutela no puede ya continuar siendo exclusiva de los *agnados*: este título que la consigna pertenece á la historia: el derecho vigente se halla escrito en la Novela CXVIII, que vamos á exponer.

El *jus gentium* iba sobreponiéndose al *jus civile* en todas las instituciones, y la familia no podia ménos de experimentar la influencia del cambio en la opinion pública. El respetuoso cariño que los romanos conservaban al código de las XII Tablas no les permitía abolir explícitamente la institucion familiar creada por el mismo; pero los Pretores, los jurisconsultos y los Emperadores fueron introduciendo tales modificaciones, eran tantos los casos en que parientes separados de la sociedad doméstica heredaban á los miembros de ella, que la ley decemviral existía sólo en el nombre. Decidióse por fin Justiniano á romper con los principios antiguos, supuesto que ya no tenían aplicacion real en la vida; y por la Novela CXVIII creó un nuevo sistema de sucesion *ab intestato*. Por ella se declara con igual derecho para desempeñar la tu-

(1) CICERON, *De inventione*, II, 50.

(2) GAYO, III, 17.

tela á los *agnados* y *cognados*, segun los llamamientos que para la herencia establece y estudiaremos en el libro III. Allí debemos acudir para saber el órden con que se defiére la tutela legitima; pero necesitamos ocuparnos aquí de dos puntos que son especiales de la tutela:

1.º Verémos que, cuando no hay descendientes del difunto, llama para heredarle conjuntamente á sus ascendientes, hermanos bilaterales é hijos de éstos; pero en cuanto á la tutela no quiere el Emperador que todos ellos tengan igual derecho. Declara en su virtud, que la madre y abuela del pupilo *serán preferidas á todos los colaterales y sólo postergadas á los tutores testamentarios*, siempre que renuncien á contraer segundas nupcias y al beneficio que la mujer gozaba de no obligarse por tercera persona. En el tratado de obligaciones conocerémos los efectos de la segunda renuncia: respecto á la primera, claro es que no constituía un impedimento para ligarse ulteriormente en matrimonio, pero cesaba de ser tutora tan luego como se casára.

2.º Justiniano únicamente da preferencia á la madre y abuela sobre los demas colaterales: ¿qué sucederá, si tambien el padre ó el abuelo existen y se hallan en el caso de ser tutores? ¿Vendrán despues de la madre, al mismo tiempo, ó ántes que ella? El Emperador no tuvo quizás presente semejante eventualidad, que nada tenía de imposible en el derecho romano (1). A pesar de este olvido, creemos que el ascendiente varon sería preferido á la madre: 1.º Porque si sólo el afecto materno pareció bastante motivo al legislador para anteponer la madre á los colaterales, relajando el principio de que la mujer no podia desempeñar el cargo de tutor, con mayor razon deben ser preferidos á ella el padre y el abuelo que, sobre el cariño, tienen competencia natural y probada. 2.º Porque la ley siempre reconoció en el ascendiente paterno una superioridad respecto á la madre en cuanto se referia á la tutela de descendientes no constituidos en potestad. Así, el nombramiento de tutor hecho por el padre para un descendiente emancipado se aprobaba sin inquisicion; el magistrado no podia mezclarse en averiguar las circunstancias del nombrado, ni rehusar su aprobacion, á no haber cambiado las

(1) Esto podia suceder en varios casos; v. g., si el padre habia dado en adopcion plena, á su hijo y el adoptante moria ántes que el adoptado fuera púbero; si el padre se habia emancipado por dignidad y dejaba al morir hijos impúberos: en la primera hipótesis, el padre pretenderia la tutela de su hijo, en la segunda, el abuelo la de su nieto.

que reunía cuando se le nombró: viceversa, el magistrado debía inquirir las condiciones del elegido por la madre, y era árbitro de aprobarle ó nó, según el juicio que formase sobre el acierto de la elección. 3.º Porque la proposición que sostenemos viene á confirmarse por la doctrina que exponen las Instituciones en los títulos XVIII y XIX, como se verá.

Esto supuesto, vienen á ejercer la tutela legítima, según la Novela CXVIII: 1.º el padre; 2.º el abuelo; 3.º la madre, sujetándose á las renunciaciones expresadas: 4.º la abuela en los mismos términos que la madre: 5.º los hermanos bilaterales del impúbero y á la vez los hijos de estos hermanos: 6.º los demás parientes por el orden con que son llamados á la sucesión y que en su lugar veremos.

TÍTULO XVI.

De la Capitis-diminucion.

- 1.º *Qué se entiende por capitis-diminucion: cuándo existe.*—2.º *Clases de capitis-diminucion: casos en que tiene lugar cada una de ellas.*—3.º *Influencia que respectivamente ejercen sobre la agnacion y la cognacion.*

La desacertada colocación de este título ha puesto á Justiniano, y á nosotros con él, en la necesidad de anticipar casi todas las doctrinas que contiene: de suerte que limitaremos nuestro trabajo á resumir lo que en diferentes lugares hemos tenido precisión de exponer.

1.º QUÉ SE ENTIENDE POR CAPITIS-DIMINUCION: CUÁNDO EXISTE.

§ *inicial.* Est autem capitis deminutio prioris status commutatio.

Definiese aquí la capitis-diminucion *cambio de un estado anterior.* Tal fué siempre el concepto que de ella tuvieron los jurisconsultos romanos; y así la definieron Gayo (1) Paulo (2) y Ulpiano (3). Ninguno de ellos exige que el nuevo estado sea inferior ó minore la capacidad jurídica, para que haya capitis-diminucion; ántes por el contrario, podía suceder que en

(1) I, 159; y D., IV, 5, 1.

(2) D., IV, 1, 2.

(3) D., IV, 4, 9, § 4.

ciertos casos la aumentase, como sucedía cuando un hijo de familia se hacía *sui juris* (1).

Segun este principio, para que hubiera *capitis-diminucion* era necesario: 1.º que el sugeto de quien se tratase tuviera un *estado juridico*; 2.º que ocurriese un cambio en ese *estado*, bien fuera ventajoso ó desfavorable. De aquí, que no sufre *capitis-diminucion* el esclavo á quien se manumite, porque no tenía *estado*, como nos dice el

§ 4. Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

Ni el que pierde solamente una dignidad, por elevada que sea; pues la dignidad no constituye un *estado juridico*, como declara el

§ 5. Quibus autem dignitas magis, quam status, permutatur, capite non minuuntur: et ideo senatu motum capite non minui constat.

2.º CLASES DE CAPITIS-DIMINUCION: CASOS EN QUE TIENE LUGAR CADA UNA DE ELLAS.

§ *inicial (conclusion)*. Eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est *capitis deminutio*, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.

Consistiendo la *capitis-diminucion* en el cambio de un *estado*, infiérese naturalmente que habria tantas clases de *capitis-diminucion*, cuantos eran los *estados juridicos* en los cuales podía verificarse aquel cambio; y siendo tres los *estados*, libertad, ciudad y familia, resultan tres clases de *capitis-diminucion*. El cambio en el *estado de libertad* constituía la *capitis-diminucion máxima*; en el de *ciudad*, la *media ó minor*; y en el de *familia*, la *mínima*.

Hé aquí los términos en que Paulo consigna esta doctrina

(1) La causa por la cual los romanos denominaron *capitis-diminucion* al cambio de estado es objeto de varias conjeturas. En general se cree que *caput* significaba la inscripcion que en el antiguo censo se hacia de cada ciudadano; que cuando alguno dejaba de figurar en la clase de libres, ciudadanos ó miembros de cierta familia, sufría esta clase la *diminucion* de uno de sus individuos; y que por una trasposicion se aplicó al individuo el calificativo que originariamente se aplicaba á la clase. Para otros, *caput* es sinónimo de *estado juridico*, como lo prueban los textos que definen la *capitis-diminucion cambio de estado*. Nos inclinamos, sin embargo, á la opinion de los que creen que en el lenguaje romano, la cabeza, *caput*, era el símbolo de la personalidad jurídica, y con la frase *capitis-diminutio* queria significarse que habia sufrido una alteracion la capacidad jurídica de la persona; por eso dice Paulo: *Servile caput nullum jus habet; ideo nec minui potest* (D., IV, 5, 3, § 1): así tambien se decía que la tutela recaía *in capite libero*.

del modo más explícito: *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima: tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum verò amittimus civitatem, libertatem retinemus; mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur; minimam esse capitis deminutionem constat (1).*

Obsérvese bien que la locucion empleada por el jurisconsulto cuando habla de la capitis-diminucion máxima y media es muy diferente de la que usa cuando trata de la mínima. En efecto, el cambio único que puede ocurrir en el *estado de libertad* es perderla, porque no hay más que una libertad jurídica, no hay término medio entre ser libre ó esclavo; por esto el cambio en el estado de libertad es hacerse esclavo, y, como resultado indispensable, *perder* al propio tiempo la ciudadanía y la familia, *amittimus*. Lo mismo sucede con el *estado de ciudad*: tampoco hay término medio entre ser ciudadano ó extranjero: ó no ha de ocurrir cambio en este estado, ó ha de resultar que el ciudadano se haga extranjero, *perdiendo* con la ciudadanía la familia, por más que conserve la libertad; *amittimus*. Viceversa en el estado de familia puede haber muchos cambios, porque hay muchas familias; pero ninguno de ellos lleva consigo la *pérdida absoluta* de los derechos inherentes al estado de familia, porque, si sale de una, entra en otra ó constituye una nueva: *familia tantum mutatur*. Por eso no definieron la capitis-diminucion *pérdida de un estado*, sino *cambio de estado*.

Veamos ahora los casos en que tenía lugar cada una de ellas.

Capitis-diminucion máxima.

§ 1. Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. Quod accidit in his, qui servi poenae efficiuntur atrocitate sententiae, vel liberti, ut ingrati circa patronos condemnati (2), vel qui ad pretium participandum se venditari passi sunt.

La capitis-diminucion máxima, que segun hemos dicho consiste en perder la libertad y con ella la ciudad y la familia,

(1) D., IV, 5, 41.—En algun pasaje comprenden los jurisconsultos bajo la denominacion de *magna* tanto la capitis-diminucion *maxima* como la *media*, y entónces califican de *minor* á la *minima* (D., XXXVIII, 16, 1, § 4 y L, 13, 5, § 3.)

(2) C. *libertis condemnatis*.

tiene lugar siempre que el ciudadano libre se hace esclavo ; lo cual acontece, dice el texto, ó por pena, ó por ingratitud para con el patrono, ó por venderse fraudulentamente como esclavo. En el título III hemos hablado suficientemente de todos estos casos. Debemos sólo recordar que, según lo resuelto por Justiniano con posterioridad á las Instituciones, ninguna pena llevaba consigo la esclavitud. Nótese también que aquí no se menciona la cautividad ni el nacimiento como casos de *capitis-diminucion* máxima; porque ni el enemigo hecho prisionero, ni el nacido de esclava, podían *perder* la ciudadanía romana que jamás les había reconocido el Derecho: comenzaban su vida en Roma siendo ya esclavos. Más reparable es que no haga mérito del caso en que un ciudadano romano caía en poder de los enemigos; pero se explica fácilmente la omisión, teniendo presente que el cautiverio de un ciudadano únicamente *suspendía*, pero no le hacía *perder* sus derechos, que recobraba tan luégo como volvía al territorio romano (1).

Capitis-diminucion media.

§ 2. Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.

Ya notamos en el número 3.º del tit. XII, que en tiempo de Justiniano se había sustituido la antigua interdiccion del agua y del fuego con la deportacion, y sin embargo el Emperador mencionaba en algun pasaje aquella pena, como sucede en este párrafo.

El deportado sufría la *capitis-diminucion media*, porque perdía la ciudadanía y por consiguiente la familia; pero conservaba el estado de libertad, que le autorizaba para todos los actos que fueran del *derecho de gentes*; como, celebrar contratos (2).

Capitis-diminucion minima.

§ 3. Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui, cum sui juris fuerunt, coeperunt alieno juri subjecti esse, vel contra.

(1) N.º 3.º del título XII.

(2) D., XLVIII, 22, 15 —No debe confundirse la *deportacion* con la *relegacion* ó *destierro*, que consistía ó en la prohibicion de residir en ciertos lugares, ó en la obligacion de permanecer en lugar determinado, aunque fuera una isla (D., XLVIII, 22, 5, 7 y 14). Esta última pena no llevaba consigo la pérdida de la ciudad ni de la familia (D., XLVIII, 22, 4 y 18).

Reduciase la capitis-disminucion mínima al cambio en el estado de familia, pero conservando la libertad y la ciudadanía.

Segun el párrafo, podía esto acontecer en dos casos; mas en realidad son tres:

1.º Cuando un *sui juris* se hace *alieni juris*, mediante la arrogacion ó la legitimacion, en tiempo de Justiniano; y antiguamente cuando una mujer, libre de la patria potestad, se constituía *in manu*, ó una persona *sui juris in mancipio* (1).

2.º Cuando un *alieni juris* se hacía *sui juris*, cual sucede en el hijo de familias cuando su padre natural ó adoptivo le emancipa; pero si llega á ser *sui juris* por ministerio de la ley, no se considera capite-minuido y conserva todos sus derechos en la familia de que sale (2). Primitivamente se hallaban tambien en este caso aquellos á quienes se libertaba de la *manus* ó del *mancipium* (3).

3.º Cuando un *alieni juris* pasa en el mismo concepto á otra familia, lo cual acontecía al descendiente dado en adopcion plena y á los hijos del que se da en arrogacion (4). Antes de Justiniano sucedía lo mismo en toda adopcion y siempre que el sometido á patria potestad se constituía *in manu* ó *in mancipio*, ó volvía de estos poderes á la patria potestad (5).

3.º INFLUENCIA QUE RESPECTIVAMENTE EJERCEN SOBRE LA AGNACION Y LA COGNACION.

§ 6. Quod autem dictum est, manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio incurrat (6), jus quoque cognationis perit, ut puta servitute alicujus cognati, et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed etsi in insulam deportatus quis sit, cognatio solvitur.

Hé aquí todo el motivo que tuvieron los redactores de las Instituciones para colocar en este lugar el tratado de capitis-diminucion; la influencia que ejercía sobre la agnacion, base de la tutela legítima más frecuente, porqué se refería á los ingenuos. Pero teniendo en cuenta que aquella base fué cambiada por la Novela CXVIII, se comprenderá la ninguna importancia especial que tiene la capitis-diminucion para la tu-

(1) GAYO, I, 162; III, 82 y 83.—ULP., XI, 13.

(2) NOV. LXXXI, cap. 2.

(3) GAYO, I, 162.

(4) D., IV, 5, 3, pr.

(5) GAYO, I, 162.—ULP., XI, 13.

(6) C. currat.

tela; y que, si conserva su primitiva colocacion, es porque no se revisaron las Instituciones despues de las reformas de Justiniano. Veamos, sin embargo, su doctrina.

Recordando el Emperador que en el § 3 del título anterior había consignédo que la agnacion se disolvía por toda clase de capitis-diminucion, y no siempre la cognacion, nos explica ahora lo que entónces quiso dar á entender, diciéndonos: Que la *cognacion* se extingue por la capitis-diminucion máxima y media; pero no por la mínima. Con más acierto Gayo había dicho en términos absolutos: «El *derecho de agnacion* se extingue por la capitis-diminucion; pero *el de cognacion* no se cambia por la capitis-diminucion; porque una consideracion social puede hacer que se destruya lo que la sociedad ha creado, mas no las creaciones de la naturaleza (1).» Ya dijimos en el título precedente que el legislador tenía poder para extinguir tanto los *derechos* como el *vínculo mismo de la agnacion*, porque todo ello es obra suya; al paso que el *vínculo de la cognacion* es indisoluble, y el legislador únicamente podía declarar los derechos más ó ménos ámplios que ha de llevar consigo. En virtud, pues, de sus atribuciones, el legislador romano privó de siempre del derecho familiar de sucesion al cognado que hubiera sufrido la capitis-diminucion máxima ó media; y por el contrario, le llamaba á heredar cuando sólo hubiera sufrido la mínima (2). Quizá esta consideracion pudo alucinar á Triboniano para escribir, separándose de Gayo, que la capitis-diminucion máxima y media rompían la cognacion: doctrina que seguramente no consignára si hubiera reflexionado que el pariente, despues de recobrada la libertad ó la ciudad, se hallaría tan incapacitado para contraer matrimonio con sus parientes inmediatos como ántes de sufrir la capitis-diminucion.

Resumamos. Por la capitis-diminucion *máxima y media* se extingue el *vínculo de la agnacion* y los *derechos familiares y no familiares* que tanto ésta como la *cognacion* producen; mas no se rompe el *vínculo de la cognacion*: por la *mínima*, se pierden tambien los *derechos de la agnacion*. si bien nó los de *cognacion*; pero como la Novela CXVIII declara á la cognacion los mismos derechos que á la agnacion, resulta en definitiva que la capitis-diminucion mínima no ejerce influencia alguna en los derechos familiares, y por consiguiente en la

(1) GAYO, I, 158.

(2) D., XXXVIII, 8, 5; y 17, 1, § 4 y 8.

tutela, á no tratarse de un individuo adoptado que, cambiando de familia, pierde la agnacion, único vínculo que le unía á la adoptiva.

De los efectos que produce la capitis-diminucion referentes á los derechos personales del capite-minuido, á la subsistencia de los actos que hubiera practicado con anterioridad, y á las relaciones jurídicas que tuviera con terceras personas, nos ocuparemos en sus respectivos lugares.

Las Instituciones terminan este título con un párrafo cuya doctrina hubimos de anticipar en el núm. 5.º del anterior, porque se refiere al órden con que la ley llamaba á los agnados á la tutela: resta sólo que conozcamos sus palabras textuales:

§ 7. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiores gradu sunt, vel si ejusdem gradus sint, ad omnes (1).

TÍTULO XVII.

De la tutela legítima de los patronos.

ORÍGEN Y FUNDAMENTO DE ESTA TUTELA : QUIÉNES Y POR QUÉ ÓRDEN VENÍAN Á EJERCERLA.

§ único. Ex eadem lege duodecim Tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quo (2) hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jussisset lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere (cum et agnatos, quos ad hereditatem vocat eosdem et tutores esse jussit): quia plerumque, ubi successione est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet. Ideo autem diximus PLERUMQUE, quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius erit (3) tutor.

La ley *Ælia Sentia* exigió que para manumitir á un esclavo, menor de treinta años, hubiera justa causa y se practicase el acto por *vindicta*; pero no prohibió en absoluto este

(1) C. addit veluti si plures fratres sunt qui unum gradum obtinet, ideoque pariter ad tutelam vocantur.

(2) C. quod.

(3) C. sit.

género de manumisiones. Fué, pues, en todo tiempo permitido, con más ó ménos restricciones, dar libertad á los siervos, cualquiera que fuese su edad. Ahora bien, un esclavo impúbero, miéntras se hallaba sometido al dominio de su señor, no necesitaba ni podía recibir tutor, como sucedía al hijo de familias miéntras se encontraba sujeto á la patria potestad; pero tan luego como por la manumision se hacía *sui juris, caput liberum*, estaba en el mismo caso que los demas ciudadanos impúberos: la ley debía dispensarle *asistencia tutelar*. El pupilo huérfano, que no habia sido esclavo, encontraba un tutor testamentario ó un tutor agnado; mas el que salía de la esclavitud, carecía de agnados, y no podía tener tutor testamentario, porque nadie estaba facultado para dárselo á un esclavo. La jurisprudencia se encargó de llenar este vacío, fundándose, yá que no en las palabras mismas de las XII Tablas, en su espíritu; porque, si llamaban al patrono y sus hijos á la sucesion del liberto, debian entenderse llamados tambien á su tutela, aunque no lo hubieran expresado terminantemente, como lo habían hecho con los agnados respecto á los impúberos ingénuos, supuesto que habia idéntica razon. Por esto Justiniano en el presente título afirma con Gayo (1) y Ulpiano (2) que pertenece á los patronos y sus hijos la tutela de los libertos *ex eadem lege duodecim Tabularum*; y en su consecuencia merece el calificativo de *legítima*.

Véamos quiénes y porqué órden venían á desempeñarla. Ulpiano suministra curiosos detalles acerca de este particular, que resumirémos:

1.º Correspondía en primer término al que habia realizado la manumision, ya lo hiciera espontáneamente, ya en cumplimiento de un fideicomiso ó de una condicion bajo la cual hubiese comprado al esclavo.

2.º En el caso de haberle manumitido varios condueños, todos eran tutores á la vez; y si alguno de ellos moría ó sufría *capitis-diminucion*, la tutela se refundia en los demás, sin pasar á los hijos de aquél.

3.º Cuando faltaba todo patrono por muerte ó *capitis-diminucion*, venían sus descendientes; y si quedaban hijos de unos y nietos de otros, pertenecía sólo á los hijos con exclusion de los nietos: pero si el patrono se excusaba ó era removido, tenia lugar la tutela dativa.

4.º Eran llamados en primer término los descendientes de

(1) I, 165. (2) D., XXVI, 4, 1, 3 y 5.

aqué que hubiese concedido la libertad: 1.º Cuando el testador la otorgó directamente en su última voluntad: este liberto *orcino* carecía de patrono que pudiera ser tutor, y por eso venían á serlo los hijos del testador. 2.º Cuando la persona á quien se habia encomendado realizar la manumisión trataba de eludir el encargo; en cuyo caso el magistrado declaraba la libertad con arreglo al senado-consulto *Rubriano*, y los hijos del que habia ordenado manumitir se encargaban de la tutela.

5.º Nunca la desempeñaba una mujer, aunque ella misma hubiera manumitido ó se le asignára por el ascendiente el derecho de patronato sobre el liberto: en el primer caso, habia lugar á la tutela *dativa*; en el segundo, correspondia á los hermanos varones de la que ejercía el derecho de patronato (1).

TÍTULO XVIII.

De la tutela legítima de los ascendientes.

§ único. Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

Ni este título que confiere al ascendiente, en calidad de *emancipador*, la tutela del impúbere á quien emancipó, ni el siguiente que, cuando falta el emancipador, la confiere á sus hijos, figurarian en las Instituciones si éstas se hubieran redactado con posterioridad á la Novela CXVIII. Cuando se escribieron las Instituciones, no bastaba ser padre ó hermano del impúbere emancipado para reclamar su tutela; porque los derechos de familia pertenecían exclusivamente á los agnados, y el padre y los hermanos del impúbere *sui juris* ya no eran agnados de éste: necesitaban tener otro carácter distinto del parentesco si habían de ser tutores. Este carácter lo ha indicado Justiniano en otro lugar (2); pero por no recordarle ahora, resulta oscuro el texto, pues no manifiesta en qué consiste la semejanza entre el ascendiente que emancipa al descendiente y el dueño que manumite á su esclavo, para que se otorgase al primero la tutela legítima sobre el emancipado á imitación de la que correspondía al segundo

(1) D., XXVI, 4, 1 y 3. (2) Título XII, § 6.

sobre el manumitido, *exemplo patronorum*. Hagámoslo nosotros sucintamente.

No habiendo establecido las XII Tablas un medio especial para emancipar á los descendientes, se apeló al rodeo de la *mancipatio* por una ó tres veces. Del *mancipium* en que se constituía el descendiente, le libertaba por la *vindicta*, unas veces el comprador y otras el ascendiente, según el pacto que hubiera mediado; y al que de esta manera daba libertad al impúbero le correspondía ser su tutor en concepto de *patrono*, como al dueño que manumitía á su esclavo. Llamóse *fiduciaria* esta tutela, por la cláusula de *fiducia* ó confianza, en la cual se estipulaba con el comprador, ora que le daría él mismo la libertad, de *emancipando*, ora que volvería á venderle al ascendiente para dársela éste, de *remancipando*. No pudo denominarse *legítima*, porque las XII Tablas ni siquiera habían previsto el procedimiento que la ocasionaba; y sin embargo, cuando era el ascendiente quien libertaba del *mancipium* al impúbero, tomó el nombre de *legítima* por consideración á su carácter (1).

Nada de esto tenía lugar en los últimos tiempos. La *mancipatio* no se usaba: ya no podía existir mancipador extraño; Anastasio permitió la emancipación por medio de un rescripto imperial: Justiniano la simplificó más todavía, reduciendo su forma á una simple comparecencia y declaración ante el magistrado: y sin embargo, persiste en atribuir al ascendiente emancipante el carácter de *patrono* que ya no tiene razón de ser, en lugar de restituirle el que la naturaleza le ha dado (2).

Por último, dictada la Novela CXVIII, es título suficiente para desempeñar la tutela legítima el parentesco natural por el orden con que los parientes son llamados á la sucesión; si bien el padre debe conservar, entre todos los que con él vienen á suceder, la supremacía que inalterablemente se le reconoció en toda época, bajo todos los sistemas, y de que no le priva la citada Novela.

(1) Esto no era indiferente cuando se trataba de la tutela de una mujer; porque al tutor *legítimo* se le otorgaron distintas facultades que al *fiduciario*, ya para ceder la tutela, ya para intervenir en el testamento y contratos de la encomendada á su cuidado. (GAYO, I, 172 y 192; II, 122.)

(2) *Inst.*, I, 12, § 6. — C. VIII, 49, 6.

TÍTULO XIX.

De la tutela fiduciaria.

§ *único*. Est et alia tutela quae fiduciaria appellatur. Nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumisserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam; quo defuncto si liberi virilis sexus (1) extant, fiduciarium tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Atqui 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 eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset.

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectae aetatis sint (2). Quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutellis et curationibus observari praecepit.

Acabamos de ver que la tutela del impúbero emancipado correspondía al ascendiente emancipador bajo el concepto de *patrono*, porque se le equiparaba al dueño que había manumitido á su esclavo; ya que tenía derecho de suceder al descendiente emancipado, como el dueño al manumitido. Continuando la analogía, se equipararon los descendientes del manumisor á los descendientes del que había dado la libertad; puesto que si éstos podían reclamar la herencia del manumitido á falta del manumisor, aquéllos podían reclamar la del emancipado cuando faltase el emancipador.

Para determinar más la diferencia entre ambas tutelas, podemos llamar á la del título anterior, tutela de los *ascendientes emancipadores*; y á la del título actual, tutela de los *descendientes de los ascendientes emancipadores*.

Explicada ya la primera, harémos sobre la segunda breves observaciones para que se comprenda su organización, así ántes como despues de la Novela CXVIII.

1.º No era seguro que á falta del ascendiente emancipador, viniesen sus descendientes á sustituir en la tutela; porque aquél podía haber nombrado en su testamento tutor para el impúbero emancipado, como ya sabemos; y la tutela testamentaria es preferida á la legitima.

2.º En defecto de tutor testamentario, reemplazaban en el

(1) C. *ei extant*. (2) C. *sunt*.

ejercicio de la tutela al emancipador sus descendientes. Así, cuando el padre había emancipado á uno de sus hijos, á la muerte del padre, serian tutores los hermanos del impúbero no emancipados; si el abuelo había emancipado á un nieto, reteniendo en potestad al hijo, éste vendría á ser tutor de su propio hijo cuando faltase el abuelo.

3.^a Pero, aunque en general sean llamados á esta tutela los descendientes del emancipador, no debemos creer que todos ellos vendrian simultáneamente á desempeñarla, prescindiendo del lazo más ó ménos estrecho que les ligase con el pupilo. Si en la de los libertos sucedian á la vez todos los hijos del patrono y excluían á los nietos, era porque ninguno de ellos habia sido agnado próximo ni remoto del liberto; pero en nuestro caso, los descendientes del emancipado habian sido agnados del impúbero ántes de emanciparse, y era natural que para venir á la tutela se llamase preferentemente á los que fueron sus agnados más próximos. No encontramos ley que declare terminantemente esta preferencia; pero la presuponen: así, el párrafo dice que, muerto el emancipador, los descendientes de éste serán tutores de sus hijos, de sus hermanos y de los demas, sin que con el padre admitan á su hermano á pesar de ser hijo tambien del emancipador; ni con los hermanos del impúbero, aunque sean nietos del emancipador, á sus tios por más que éstos fueran hijos del que emancipó. En el mismo sentido se expresa Modestino: continuando el pasaje de Ulpiano que reconoce la tutela legítima en el ascendiente emancipador, dice el jurisconsulto: «Muerto éste, si quedan *descendientes* de edad perfecta, son tutores fiduciarios de su hermano ó hermana (1).»

4.^a Justiniano, por la Novela CXVIII, llama para ejercer la tutela á los parientes por el órden mismo en que los llama á la sucesion, y á ésta son llamados los hermanos á la vez que los padres del difunto: ¿se entenderá que del nieto impúbero, emancipado por el abuelo, serán tutores simultáneamente su padre y hermanos? Por más que el Emperador no se ocupa de este caso, parécenos evidente la preferencia exclusiva del padre sobre los hermanos cuando terminantemente se la otorga á la madre; de manera que su silencio respecto del padre procede, á nuestro ver, ó de no haberlo tenido presente ó de haber considerado ocioso resolverla.

5.^a El nombre de *fiduciaria* dado á esta tutela no provie-

(1) D., XXVI, 4, 4.

ne de que el emancipado se hubiera hecho *sui juris* á la muerte del emancipador, cuando el esclavo hubiera recaído en potestad á la muerte del dueño si no se le hubiese manumitido, como dice el texto; porque cuando el abuelo emancipa al nieto, viene á desempeñar la tutela el padre, bajo cuyo poder hubiera recaído el impúbero á no haber sido emancipado, y sin embargo se la denomina fiduciaria. La verdadera razon consiste en que sólo se llamaron legítimas las tutelas fundadas en el texto ó interpretacion de las XII Tablas; en cuyo número no podía contarse la ocasionada por la emancipacion, que ni siquiera había previsto el Código decemviral; y únicamente por deferencia se denominó *legítima* cuando personalmente la ejercía el mismo emancipador.

TÍTULO XX.

Del tutor Atiliano y del que se daba en virtud de la ley Julia y Titia.

1.º *Cuándo tiene lugar la tutela dativa.*—2.º *Diferentes magistrados que pudieron nombrar tutor hasta la época de Justiniano.*—3.º *Quiénes pueden nombrarle segun las disposiciones de este Emperador.*—4.º *Cómo debe hacerse el nombramiento.*

1.º CUÁNDO TIENE LUGAR LA TUTELA DATIVA (1). Las Instituciones no se proponen determinar los casos en que la autoridad pública confería la tutela, sino dar una idea de los diferentes magistrados á quienes incumbió proveer de tutor; y por esta razon sólo mencionan incidentalmente en los tres primeros párrafos algunos de aquellos casos, como veremos. Nosotros los resumimos en el núm. 3.º del título XIII, al tratar de la preferencia respectiva entre las tres clases de tutelas; y ahora los recordaremos para explicarlos ligerísimamente y completar el texto.

El nombramiento hecho por el magistrado era unas veces definitivo y otras provisional.

Nombraba definitivamente tutor:

(1) Llamamos *dativa* á la tutela deferida por los magistrados para acomodarlos al lenguaje comun de los autores; pero los romanos denominaron tutor *dativo* al nombrado en testamento (GAYO, I, 154.—Ulpiano, *Reglas*, XI, § 14), *Atilianus* al dado en virtud de la ley *Atilia* (GAYO, I, 135.—Ulpiano, *Reglas*, XI, § 18) y Julio-Titianus, segun Teofilo, al que se daba en virtud de la ley Julia y Titia.

1.º Cuando el impúbero carecía de todo tutor, así testamento como legítimo, *si cui nullus omnino tutor fuerat*, según dirá el § inicial.

2.º Cuando, habiendo varios tutores testamentarios, alguno de ellos moría ó perdía el derecho de ciudad; ya que el testador no había querido confiar el cargo á uno solo, y los tutores legítimos no podían funcionar á la vez que los testamentarios, como no era posible mezclar la sucesion testamentaria con la legítima (1).

3.º Cuando los tutores testamentarios ó legítimos se excusaban ó eran removidos; porque no se decretaba su separacion para admitir á los legítimos, sino para nombrar á otros en lugar de los separados (2).

Nombraba tutor provisionalmente:

1.º Cuando el tutor testamentario había sido nombrado bajo condicion ó desde cierto dia, ó áun cuando su nombramiento fuera puro, mientras la herencia no era adida, como dice el § 1.º Si la condicion se cumplía, llegaba el plazo señalado, ó la adición tenía lugar, cesaba el tutor dativo y venía el testamentario: si la condicion no se realizaba, ó faltaba el nombrado ántes de llegar el dia prefijado, ó el testamento decaía por falta de adición, cesaba el dativo y tenía lugar la tutela legítima.

2.º Cuando el tutor testamentario era furioso ó menor de veinticinco años, como nos dijo en el § 2, del tít. XIV. Casos en que tiene aplicacion exacta lo que acabamos de exponer; pues el nombramiento del furioso se entiende condicional, *cum suae mentis esse coeperit*; y el del menor, á dia cierto, desde que cumpla el nombrado la mayoría de edad.

3.º Cuando el tutor testamentario ó legítimo caía prisionero, según expresa el § 2, ó se ausentaba por causa de la república (3), venía á desempeñar la tutela el dativo hasta que regresase el tutor que se hallaba en ejercicio. Lo mismo sucedía antiguamente cuando se suscitaba un pleito entre el tutor y el pupilo; pero en los últimos tiempos ya no se nombraba para este caso un tutor por el magistrado, sino un curador interino, como veremos (4).

2.º DIFERENTES MAGISTRADOS QUE PUDIERON NOMBRAR TUTOR HASTA LA ÉPOCA DE JUSTINIANO.

(1) D., XXVI, 2, 11, § 4.

(2) GAYO, I, 182.—D., XXVI, 2, 11, § 1 y 2; y 4, 3, § 8.

(3) D., XXVII, 3, 9, pr.

(4) GAYO, I, 184.—*Inst.*, I, 21, § 3.

§ inicial. Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma à praetore urbano et majore parte tribunorum plebis, tutor ex lege Atilia, in provinciis verò à praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.

§ 1.º 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 nemo ex testamento heres existat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat; qui desinebat tutor esse, si conditio extiterit (1), aut dies venerit, aut heres extiterit.

§ 2. 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.

§ 3. Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus. Nam suprascriptis (2) legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quicquam cavetur (3).

Forma Justiniano la historia de la tutela dativa en la antigüedad con cuatro párrafos tomados de las Instituciones de Gayo que no se proponían ese objeto (4), y atribuye los cambios ocurridos á motivos que ni son verdaderos ni suficientes: por esto resulta la narración tan oscura como poco satisfactoria. Procurarémos rehacerla en breves palabras.

El principio de que se partió en esta materia es que la facultad de nombrar tutor no se hallaba comprendida en las atribuciones ordinarias de los magistrados, y únicamente correspondía al que la ley se la hubiera conferido de una manera expresa: *Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps*, dice Ulpiano (5).

Esto supuesto, la primera ley que aparece confirmando semejante facultad es la *Atilia* en el siglo V, según los datos más probables. El Pretor con la mayoría de los tribunos de la plebe (es decir, sin que los tribunos discordantes pudieran interponer su *veto*) quedaron autorizados en virtud de esta ley para nombrar tutor en Roma: 1.º definitivamente, cuando el pupilo no le tuviese ni testamentario ni legítimo; 2.º provisionalmente, cuando el testamentario hubiera sido nombrado bajo condición, ó á dia, ó mientras se adía la herencia: 3.º

(1) C. *existeret... veniret... extisteret*. (2) C. *supradictis*. (3) C. *cavebatur*.

4) GAYO, I, 185, 186, 187 y 200. (5) D., XXVI, 1, 6, § 2.

provisionalmente tambien , cuando el testamentario ó legítimo eran hechos prisioneros (1). Puede suponerse que ántes de la ley *Atilia* el Estado no abandonaría al pupilo falto de tutor; mas apénas se comprende posible esta situacion en la antigüedad, durante cuya época vinieran los *gentiles* á ser tutores en defecto de *agnados*. Por el contrario, debieron presentarse cada vez con mayor frecuencia aquellos casos en proporcion que se desorganizaron las *gentes*: y esto nos explica la publicacion de la ley *Atilia*, cuya fecha coincide con la decadencia de la primitiva constitucion familiar.

Los romanos se atenían rigorosamente á las palabras de las leyes; hé aquí las dos consecuencias que esto produjo en la materia que nos ocupa :

1.^o Las crecientes victorias posteriores á la ley *Atilia* iban dando á los romanos posesion de todo el mundo conocido; pero la ley solamente habia facultado para nombrar tutores *en Roma*; era, pues, indispensable otra disposicion legal que otorgase igual autorizacion *en las provincias*. Por eso se dictó al comenzar el siglo VIII la ley *Julia* y *Titia* que revistió de la misma facultad y por idénticos casos á los presidentes de las provincias (2).

2.^a Las palabras de ambas leyes no comprendían los casos en que el tutor fuese mudo, sordo ó furioso: eran, pues, necesarias nuevas resoluciones sobre lo que debia hacerse en semejantes circunstancias; tanto más cuanto el ejercicio de la tutela era un derecho que no debia perderse por enfermedad de aquel á quien correspondia. Así vemos que Paulo escribe: *Complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi, et muti, et surdi tutoris, alii tutores dentur* (3). Unase á esta razon el que á la República sucedió el Imperio, experimentando las atribuciones de los antiguos magistrados cuantos cambios juzgaron oportunos los Emperadores, y tendrémos explicado, más satisfactoriamente que en el § 3, cómo vinieron á perder su observancia las leyes *Atilia* y *Julia* y *Titia*; cómo Claudio trasladó á los Cónsules la dacion de tutor (4), y

(1) § inicial, 1.^o y 2.^o transcritos, y GAYO, I, 185, 186 y 187.

(2) Algunos escritores opinan que la ley *Titia* facultó en el siglo VI á los gobernadores para dar tutor, cuya facultad extendió la ley *Julia* en tiempo de Augusto á las provincias imperiales que de nuevo se crearon, resultando del conjunto de ambas la denominacion *Julia* y *Titia*. No es fácil decidir si desde su origen fué una sola ley ó vino á serlo por la refundicion de dos distintas. Por una parte, los jurisconsultos siempre la mencionan en singular; pero por otra, no deja de ser extraña la conjuncion con que se unen sus dos nombres.

(3) D., XXVI, 1, 17.

(4) Suetonio, *In Claud.*, 23.—Plinio, *Epist.*, XI, 23.—D., XXVI, 3, 1, § 1.

más tarde Marco Aurelio y Lucio Vero, á un pretor especial llamado *tutelar ó pupilar* (1).

3.º QUIÉNES PUEDEN NOMBRAR TUTOR SEGUN LAS DISPOSICIONES DE JUSTINIANO.

§ 4. Sed hoc jure utimur, ut Romae quidem praefectus urbi, vel praetor secundum suam jurisdictionem, in provinciis autem praesides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.

§ 5. Nos autem per constitutionem nostram et hujusmodi difficultates hominum resecentes, nec expectata jussione praesidum, disposuimus, si facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos (2) solidos valeat, defensores civitatum (una cum ejusdem civitatis religiosissimo antístite, vel apud (3) alias publicas personas), vel magistratus, vel juridicum Alexandrinae civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

La diferente organizacion de la magistratura en la capital y en las provincias exigía que fuesen distintos los funcionarios encargados de dar tutor áun en tiempo de Justiniano.

En la capital, Roma, Constantinopla: se conserva vigente el derecho anterior. Por regla general el Pretor tutelar es el encargado de dar tutor; pero cuando los pupilos pertenecen á la clase de *illustres ó clarissimi* corresponde al Prefecto de la ciudad; á esto aluden las palabras *secundum suam jurisdictionem* (4). Por lo demas, no es posible determinar la época desde la cual el Prefecto de la ciudad tendría competencia en esta clase de negocios: por la Historia sabemos que se sobrepono gradualmente á todos los magistrados (5).

En las provincias. Dada la extension de las provincias romanas, no era posible que los Presidentes se ocuparan por sí mismos de dar tutor á cuantos le necesitaban. Los magistrados municipales cuidaban de hacer presente la necesidad en cada caso, proponiendo para desempeñar la tutela persona idónea que el Presidente nombraba en definitiva. Con el fin de obviar dilaciones, gastos y cuestiones acerca de la respon-

(1) CAPITOLINO. *Marco Aurelio*, 10.

(2) *C. quinquagentos*.

(3) *C. deest apud*.

(4) Teófilo dice en su paráfrasis que las palabras *secundum suam jurisdictionem* significan «que hay personas á las cuales el Prefecto y no el Pretor pueda dar tutores;» lo cual corrobora en el epígrafe y la 1.ª constitucion del título 33, libro V del Código.

(5) Para todo lo que á este título se refiere conviene tener presente lo que con respecto á las magistraturas expusimos en la Historia, págs. 153 y 172.

sabilidad en el nombramiento, confirió Justiniano la facultad de dar tutor, bajo su responsabilidad, en cada ciudad al defensor ó al magistrado municipal, y en Alejandria, á su juez, *Juridicum*, en union con el Obispo ú otras autoridades si las hubiere, cuando el patrimonio del pupilo no excediera de quinientos sólidos (1).

4.º CÓMO DEBE HACERSE EL NOMBRAMIENTO. Para que los pupilos no quedasen abandonados, la ley otorgó facultad á ciertas personas, y á otras impuso la obligacion de pedir y proponer tutor al magistrado. Era permitido á los cognados, afines y preceptores de los impúberos y á los amigos de sus ascendientes. Era obligatorio, so pena de perder el derecho de hereñar al pupilo, á su madre y abuela legítimas ó naturales; y con el tiempo, á todos sus parientes. El liberto sufría un castigo si no cumplía con este deber (2).

El magistrado por su parte debía hacer el nombramiento *previa inquisicion, ex inquisitione*, si era el Prefecto, Pretor ó Presidente; y *bajo fianza, legitima cautela*, si eran los magistrados municipales (3). Podian ser nombrados uno ó varios tutores á la vez (4); pero necesitaban ser personas hábiles para ejercer desde luego la tutela; y era nulo el nombramiento hecho bajo condicion ó á plazo, no reputándose condicional aquél en que el magistrado designaba una persona para el caso en que *afianzase*, porque más que imponer una condicion era recordar al tutor un deber sin cuyo cumplimiento no se le permitiría ejercer su cargo (5).

Las Instituciones dan fin á este título con dos párrafos que omitiremos explicar. Proclama el primero una doctrina que ya conocemos. El segundo consigna la obligacion en que se hallan los tutores de rendir cuentas de su administracion; pero como vamos á exponer en seguida esta materia, no es bien que ahora nos ocupemos de lo que constituye precisamente el último de sus extremos. Hé aquí el texto:

§ 6. Impuberes autem in tutela esse, naturali juri conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.

§ 7. Cum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, post pubertatem tutelae judicio rationem (6) reddunt.

(1) C. I. 4. 30

(2) D., XXVI, 6, 2 y XXXVIII, 17, 2, § 23 y siguientes.—C. V, 31, y VI, 58, 10.

(3) En el título XXIV, que se ocupa de las garantías que deben dar los tutores y curadores, veremos el fundamento de la distincion que aquí se establece.

(4) D., XXVI, 5, 23.

(5) D., XXVI, 1, 6, § 1.

(6) C. *rationes*.

TÍTULO XXI.

De la autoridad de los tutores.

- 1.º Deberes del tutor ántes de comenzar á ejercer sus funciones.
- 2.º Obligaciones del tutor respecto á la persona del pupilo.
- 3.º Atribuciones y deberes del tutor en la administracion de los bienes del pupilo.—4.º Diversa manera de intervenir el tutor en los negocios del pupilo.—5.º Cuándo queda obligado el pupilo por actos en que no medie la autoridad del tutor (materia especial del titulo).—6.º En qué consiste la interposicion de la autoridad del tutor y cuáles son los requisitos con que debe tener lugar.—7.º Relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo, concluida la tutela.—8.º Caso en que existan varios tutores.—9.º Caso en que desempeñe las funciones de tutor quien no lo sea realmente.

En el último párrafo del titulo anterior consigna Justiniano que los tutores deben dar cuenta de su administracion; y en el presente, una de las funciones que al tutor corresponde ejercer mientras desempeña su cargo, es la de interponer su *autoridad* en los actos jurídicos del pupilo. Para completar esta materia, expondremos sucintamente las disposiciones legales que sancionan los deberes y atribuciones del tutor ántes de comenzar á ejercer sus funciones, durante el ejercicio del cargo, y despues de terminada su mision.

1.º DEBERES DEL TUTOR ÁNTES DE COMENZAR Á EJERCER SUS FUNCIONES. Tan luego como al tutor consta de cualquiera manera que ha sido nombrado, debe hacer valer la excusa, si la tiene, dentro del plazo legal (1) ó practicar las diligencias que vamos á decir para comenzar sus funciones; bien entendido que su tardanza le hace responsable de todo perjuicio que el pupilo experimente (2).

Aceptado el cargo, debe: 1.º Dar fianzas, si no se halla exento de esta obligacion (3). 2.º Prestar juramento de que administrará con fidelidad (4). 3.º Formalizar inventario judicial de todos los bienes del pupilo (5). Solamente podrá dispensarse de confeccionar inventario cuando para ello median

(1) *Inst.*, I, 25.

(2) *D.*, XXVI, 7, 1, § 1; y 5, § 10.

(3) *Inst.*, I, 24.—*C. I.*, 4, 27; *IV.*, 70, 7, § 6.

(4) *C. I.*, 4, 27; *V.*, 70, 7, § 5 y 6.—*Nov. LXXII*, cap. 8.

(5) *D.*, XXVI, 7, 7, pr.—*C. V.*, 37, 24; y 51, 13, § 1.

razones de necesidad ó poderosísimas (1) ó cuando los testadores lo hayan prohibido respecto de los bienes que dejen al pupilo (2); pero aún en estos casos el tutor necesita procurarse un medio de justificar los bienes que recibe para cuando llegue la época de restituirlos. El que por dolo no hace inventario, se constituye en la obligacion de pasar por lo que el pupilo declare bajo juramento que valia su patrimonio (3).

El tutor que descuida el cumplimiento de estos deberes, puede ser destituido de la tutela y penado segun su falta y la causa de que proceda (4). Por otra parte, mientras no queden ultimadas las expresadas diligencias, no puede el tutor mezclarse en la administracion; y será nulo todo cuanto practique, á ménos que se trate de actos que no admitan dilacion (5).

2.º OBLIGACIONES DEL TUTOR RESPECTO Á LA PERSONA DEL PUPILO. La ley no ha impuesto al tutor el cuidado de dirigir la educacion del pupilo para la cual podia no tener capacidad necesaria y frecuentemente desconocía las condiciones personales del educando. Considera este punto más del dominio de la moral que del derecho. Al tutor, como tal, sólo corresponde suministrar los recursos materiales que se necesiten.

Corresponde al magistrado designar la persona en cuya compañía ha de vivir, ser alimentado y educado el pupilo segun las circunstancias de cada caso; y aunque deba tomar en cuenta lo que respecto al particular haya consignado en su testamento el padre, podrá prescindir de la voluntad paterna, con acuerdo de los próximos parientes, cuando en ello vea peligro para el huérfano; v. g., si el padre hubiera mandado que el hijo permaneciera en compañía del sustituto. La persona á quien se encomiende el cuidado del pupilo no puede excusarse si es liberto, ascendiente, cognado ó afin del pupilo; y si rehusase este encargo, los herederos ó legatarios, á quien el testador eligió, pierden su derecho (6). Entre todas las personas debe ser preferida la madre mientras permanezca viuda (7).

El magistrado tambien determina la cantidad que puede invertirse en los alimentos del huérfano, oyendo al tutor y procurando que no absorba todas las rentas del patrimonio. La suma prefijada deberá rebajarse ó aumentarse á proporcion que se disminuya ó acreciente en lo sucesivo el caudal del pupilo (8). Aunque el magistrado ó el padre hayan señalado los gastos de alimentos, si el tutor considera que son excesi-

(1) D., XXVI, 7, 7, pr. (2) C. V. 51, 13, § 1. (3) D., XXVI, 7, 7, pr. (4) C. V. 42, 2; y 51, 13, § 1. (5) D., XXVI, 7, 7, pr.—C. V. 42, 3. (6) D., XXVII, 2, 1 y 5.—C. V. 49, 1 y 2. (7) C. V. 49, 1.—Nov. XXII, cap. 38. (8) D., XXVII, 2, 3.

vos, debe, bajo su responsabilidad, hacerlo presente al magistrado para que se regulen de nuevo (1). En el caso de que ni uno ni otro los hubieran marcado, todavía se aprueban los que el tutor haya hecho de buena fe en alimentos y educación, no siendo desmesurados (2): y para calificarles no se exige que la remuneración á los preceptores sea la más exigua, sino la proporcionada á las facultades y condición social del huérfano (3). Por último, el tutor no tiene obligación de alimentar con sus propios bienes al pupilo indigente (4).

3.º ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL TUTOR EN LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL PUPILO. Antiguamente, las facultades del tutor fueron amplísimas. La tutela era una *potestas* que, como la *patria*, tenía la misión de criar y proteger al sometido: una *potestas* que, como toda potestad, no tuvo en los primeros siglos otros límites que la moral: y era además un derecho por parte de quien la ejercía para que los bienes *ne dilapidarentur*. Por esto durante mucho tiempo se consideró al tutor con respecto á los bienes del huérfano *domini loco* (5), si bien no podía despojarle de ellos (6). Tenía facultad para enajenarlos (7), siempre que procediese de buena fe (8); para empeñarlos (9); para comprar otros, adquiriendo el pupilo la propiedad aun ignorándolo (10); y para exigir los créditos, librar á los deudores, novar y transigir, siempre que estos actos no encubriesen una donación (11).

Con el tiempo cambia la tutela de carácter y se reglamenta su administración. Hé aquí sucintamente la doctrina en la época de Justiniano resultado de los antiguos y nuevos principios.

El cargo de tutor es gratuito por regla general; pero disfruta remuneración cuando el que le nombró ó los cotutores, autorizados debidamente, la hayan señalado (12). Solamente puede reintegrarse de lo que haya suplido con los intereses del capital desde que le invirtió, según los casos (13).

(1) D., XXVII, 2, 2, § 2 y 3.

(2) D., XXVII, 2, 2, pr. y § 1. — C. V., 37, 3; y 50, 2.

(3) D., XXVI, 7, 12, § 3.

(4) D., XXVII, 2, 3, § 6.

(5) D., XXVI, 7, 27; XLVII, 2, 56, § 4.

(6) D., XLI, 4, 7, § 3.

(7) D., XII, 1, 17, § 2.

(8) D., XXVI, 7, 12, § 1.

(9) D., XIII, 7, 16.

(10) D., XLI, 1, 13, § 1.

(11) D., XXVI, 7, 22, y 46, § 7.

(12) D., XXVI, 7, 33, § 3 y XXVII, 3, 1, § 5 y 6.

(13) D., XXVII, 4, 3.

Acerca de la solicitud con que debe administrar, Ulpiano dice terminantemente que presta el dolo, la culpa y la diligencia que en sus propios negocios, esto es, la culpa leve *in concreto* (1); opinión que parece sancionarse por los emperadores Diocleciano y Maximiano (2). Sin embargo, figura en el Digesto un fragmento de Calistrato que exige de los tutores y curadores la misma diligencia que un padre de familias pone en sus cosas, ó sea, la culpa leve *in abstracto* (3). Sobre más autorizada, creemos más justa la primera resolución, atendido que el tutor desempeña su cargo no espontánea sino forzosa y gratuitamente, y no debe obligársele á emplear mayor cuidado en asuntos ajenos que en los propios, á no ser que se hubiera ofrecido espontáneamente (4). Del caso fortuito que no pudo prever, no es responsable (5); ni aún de la culpa leve, y sí sólo de la lata, en la compra de fincas (6) y en haber dejado por cobrar los créditos que después vienen á ser incobrables (7). En todo caso, el tutor que obra de buena fe no responde, si sus actos dejan de producir al pupilo los resultados ventajosos que se proponía (8).

No satisfechas las leyes con sancionar estos principios generales, regulan, segun los mismos, la conducta del tutor en disposiciones concretas. Extractaremos las más importantes que se refieren á la conservacion del patrimonio, á la enajenacion de los bienes, á la cobranza de los créditos y rentas, y á la inversion de los fondos.

Conservacion del patrimonio. Formado el inventario, debe el tutor poner bajo *tutissima custodia* el metálico y los objetos que no perecen *velustate temporis* (9). No responde del robo ni de la pérdida del capital entregado á un banquero acreditado (10); pero sí de los frutos que perezcan, aunque sea por fuerza ó incendio, cuando el tutor los conserva en su casa sin haberlos vendido ó depositado en los almacenes destinados al efecto (11). Debe reparar los edificios (12). No puede hacer donaciones (13), ni constituir dote en favor de una hermana del pupilo que sea de distinto padre (14); pero sí dar los alimentos indispensables á la madre y á la hermana del huérfano que los necesiten (15), y hacer los obsequios de

(1) D., XXVI, 7, 10; XXVII, 3, 1, pr.; L. 17, 23. (2) C. V, 51, 7. (3) D., XXVI, 7, 30 pr. (4) D., XLVI, 2, 53, § 3. (5) C. V, 38, 4. (6) D., XXVI, 7, 7, § 2. (7) C. V, 51, 2. (8) D., XXVII, 4, 1, § 7. (9) C. V, 37, 24. (10) D., XXVI, 7, 50. (11) C. V, 38, 3. (12) C. V, 37, 22. (13) C. V, 37, 16.—D., XXVI, 7, 22 y 46, § 7. (14) D., XXVI, 7, 12 § 3. (15) D., XXVI, 7, 13, § 2; XXVII, 2, 4; y 3, 1, § 2.

costumbre, *solemnia munera*, á los ascendientes ó cognados del mismo (1).

Enajenacion de bienes. Aunque por regla general no pueden ser enajenadas las cosas contra lo que el testador hubiese prescrito (2), corresponde al tutor promover la venta de todos los objetos que se hallen expuestos á perecer (3). Puede vender por su propia autoridad los animales superfluos (4); los frutos, por el justo precio del lugar donde tiene efecto la venta (5); y las cosas que *servando servari non potuerint, quae tempore depereunt*, siendo responsable el tutor si no lo verifica (6).

Necesita el tutor decreto del magistrado que le autorice para vender los muebles preciosos (7); para enajenar los bienes raíces por venta, permuta, transaccion ó dacion en pago (8), aunque el predio sea comun (9); para enajenar los derechos que el pupilo tenga sobre fincas ajenas, y los constituidos sobre las propias, y renunciar los legados que se le dejen (10). El magistrado por su parte autorizará la enajenacion si media justa causa; v. gr. necesidad de pagar deudas legítimas (11).

Son válidas las enajenaciones sin decreto del magistrado cuando se verifican: 1.º para dividir una cosa comun á instancia del mayor partícipe (12); 2.º por el acreedor á quien se le hipotecó prévio decreto, si bien es más seguro acudir al magistrado (13); 3.º para afianzar en juicio (14) y 4.º para perfeccionar la venta que el anterior poseedor de la finca tenía ya convenida ó comprometida (15).

Á excepcion de estos casos, toda enajenacion hecha sin decreto del magistrado ó con decreto obtenido por engaño, es nula; y el pupilo podrá vindicar lo enajenado (16), á no

(1) D., XXVI, 7, 12, § 3.

(2) C. IV, 51, 7. y V, 37, 7.

(3) D., XXVI, 7, 5, § 9.

(4) C. V, 37, 22; y 72, 4.

(5) C. V, 37, 28, § 5.

(6) C. V, 37, 22.—D., XXVI, 7, 7, § 1.

(7) C. V, 37, 22.

(8) C. V, 71, 4 y 15.—D., XXVII, 9, 1.

(9) C. V, 71, 17.—D., XXVII, 9, 7, pr. y 8, § 2.

(10) D., XXVII, 9, 3, 4 y 5.

(11) C. V, 71, 18.

(12) C. V, 71, 17.—D., XXVII, 9, 1.

(13) D., XXVII, 9, 1 y 7, § 1.

(14) C. V, 37, 28, § 3.

(15) D., XXVII, 9, 5, § 7.

(16) C. V, 71, 4, 11, 15 y 16; y 73, 1, 2 y 3.—D., XXVII, 9, 1, y 5, § 15.

ser que la apruebe despues de cumplir la mayor edad (1), ó deje trascurrir sin reclamar contra la enajenacion onerosa cinco años despues de la mayor edad ó diez entre presentes y veinte entre ausentes en caso de donacion (2). Pero si el tutor hubiera prescindido del decreto por error y empleado el precio de la enajenación en pagar á los acreedores del padre del pupilo, ó invertídole en provecho de éste, el comprador podrá oponer la excepcion *doli mali* en caso de que el huérfano reclame (3).

Cobranza de capitales y rentas. El tutor debe encargarse de todos los créditos que tenga el pupilo á su favor, aunque los considere incobrables: si lo son efectivamente, no responde de ellos (4). Es, por el contrario, responsable cuando no hace efectivos por dolo ó culpa lata los créditos cobrables (5). Si el tutor mismo fuera deudor al pupilo, debe pagar oportunamente; y en otro caso, continuarán los réditos estipulados, aunque sean superiores á los que devenguen otros capitales del huérfano. Si fuese acreedor de éste, deberá cobrarse; bien entendido que de no hacerlo, teniendo fondos para ello, cesarán los intereses (6).

No necesita el tutor decreto del magistrado: 1.º Para cobrar las rentas de uno ó dos años, cualquiera que sea su importancia: 2.º Para cobrar las rentas correspondientes á más de dos años cuando no exceden de cien sólidos. Es indispensable decreto: 1.º Para cobrar capitales, cualquiera que sea su importancia: 2.º Para cobrar rentas correspondientes á más de dos años cuando exceden de cien sólidos. Los pagos de las dos últimas clases, verificándose sin decreto, eran nulos: y el deudor podía ser obligado á pagar de nuevo, salvo en aquella parte de que se hubiera aprovechado el pupilo (7).

Colocacion de fondos. El tutor debe colocar los fondos del pupilo, existentes al encargarse de la tutela, en el término de seis meses contados desde que comenzó la administracion (8); y los que ingresen de nuevo en su poder, dentro de los dos meses contados desde el dia en que los reciba (9). Si no lo verifica dentro de estos plazos, responde de los inte-

(1) C. II, 46, 2 y V, 74, 1 y 2.

(2) C. V, 74, 3.

(3) D., XXVII, 9, 13, § 1.—C. V, 71, 10 y 16.

(4) D., XXVI, 7, 35.

(5) C. V, 51, 2.—D., XXVI, 7, 49.

(6) D., XXVI, 7, 9, § 4 y 5.

(7) C. V, 37, 25 y 27.—*Inst.*, II, 3, § 2.

(8) D., XXVI, 7, 15.

(9) D., XXVI, 7, 7, § 11.

reses de los capitales (1), á ménos que acredite la imposibilidad de su inversion (2).

Los fondos deben colocarse preferentemente en fincas rústicas; y si no hay oportunidad para comprarlas, en préstamos á interes (3).

Siendo considerables, debe depositarlos hasta que realice la compra (4), y entónces no responde de los intereses (5); pero comienza su responsabilidad tan luego como sean suficientes para la adquisicion de la finca (6). En la compra no puede imponerse condicion de que el predio quedará hipotecado hasta que se pague el precio (7).

Segun el derecho de Justiniano, el tutor ya no tiene como ántes la indispensable obligacion de colocar los fondos á préstamo, por los peligros que ofrece; pero, si se decide á prestarlos, debe hacerlo dentro de los dos meses referidos y bajo su riesgo (8).

Si el tutor emplea en sus propios usos los fondos del huérfano, debe pagar el máximo interes legal desde el dia en que los utiliza (9). El mismo interes debe abonar cuando niega tener cantidades en su poder, cuando no las deposita oportunamente y cuando lo exige á los demas deudores del pupilo (10). Pero si tomase prestados los fondos con las debidas formalidades, cumple con pagar, como cualquier otro extraño, los intereses que comunmente rindan los capitales en la provincia (11).

4.º **DIVERSA MANERA DE INTERVENIR EL TUTOR EN LOS NEGOCIOS DEL PUPILO.** Desde luego, el tutor no podia obrar en representacion del pupilo; porque, segun los antiguos principios romanos, nadie puede representar á otro en los actos jurídicos (12). Necesitaba pues, ó concluir por si solo el acto jurídico, prescindiendo del pupilo, aunque por cuenta de éste, *negotia gerit*, ó autorizar el acto que el pupilo practicase, *auctoritatem interponit*. Por eso dice Ulpiano: *Pupillarum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem*

(1) D., XXVI, 7, 15, 49 y 58, § 3 y 4.

(2) C. V, 56, 3.—D., XXVI, 7, 12, § 4.

(3) C. V, 37, 24.

(4) D., XXVI, 7, 5, pr.

(5) D., XXVI, 7, 7, § 7.

(6) D., XXVI, 7, 7, § 3.

(7) D., XXVII, 9, 1, § 4.

(8) Novela LXXII, cap. 6.

(9) D., XXVI, 7, 7, § 4 y 11.—C. V, 56, 1.

(10) D., XXVI, 7, 7, § 10 y 12.

(11) D., XXVI, 7, 54 y 46, § 2.

(12) *Inst.*, IV, 10, pr.—D., V, 2, 8, pr.; VII, 6, 5, pr.; L, 17, 123.

interponunt (1). Los resultados de cada uno de estos procedimientos eran muy diversos.

En el primer caso, si el tutor verifica por sí solo el acto, las relaciones jurídicas que produce se establecen directamente entre la persona del tutor y la de aquél con quien lo ha celebrado (2); pero como quiera que el tutor había obrado en consideración al pupilo, sobre éste recaían definitivamente las consecuencias del acto, mediante la cesión de las acciones que el tutor le hacía si resultaba acreedor, ó debiendo indemnizar al tutor si resultaba deudor. Aun en el último estado del derecho se establecen acciones útiles entre el pupilo y la persona con quien el tutor ha verificado el acto; de suerte que ya no sólo puede perseguir ó ser perseguido el tutor en virtud de la acción directa que el hecho produce, sino también el pupilo en virtud de acciones útiles (3).

Viceversa, cuando el acto no ha sido verificado por el tutor sino por el pupilo mismo, y el tutor se limita á interponer su autoridad, las relaciones jurídicas que del hecho resultan se establecen directamente entre el pupilo y la persona con quien lo ha celebrado: el tutor permanece extraño, salva su responsabilidad si debió no aprobar el negocio.

Téngase presente, sin embargo, que en ambos casos podrá invocar el pupilo el beneficio de restitución *in integrum* cuando medien las circunstancias que oportunamente se expresarán (4).

Por regla general dependía del arbitrio del tutor intervenir de uno ú otro modo (5); mas la edad del pupilo y la naturaleza del negocio no le permitían siempre la elección, como vamos á ver.

Ya sabemos (pág. 37) que durante el período de la infancia se consideraba al niño destituido de toda inteligencia, *nulum intellectum habet*; luego mientras no cumpliese los siete años, ninguna intervención podía tener en sus negocios, y el tutor debía hacerlo todo, *negotia gerebat* (6). Lo mismo sucedía cuando el pupilo se encontraba ausente. Desde que cumplía los siete años, ya se reputaba con alguna inteligencia, si bien no con discernimiento, *aliquem intellectum habet sed non animi iudicium*; luego, estando presente, ya era posible que

(1) *Fragmentos*, XI, § 25.

(2) D., XIII, 5, 5, § 7 y 8; XXVI, 7, 9, pr.; XLVI, 4, 13, § 10.

(3) D., XXVI, 7, 2, pr. y 9, pr.; id. 9, 6 y 7.—C. V., 39, 1 y 5.

(4) D., IV, 1 y 4.—C. V., 25.

(5) D., XXVI, 7, 1.

(6) *Inst.*, III, 20, § 10.

practicase actos jurídicos, supuesto que había conocimiento, pero como éste no era bastante para apreciar los resultados, el tutor suplía con su intervencion la falta de discernimiento, *auctoritatem præstabat* (1). Ahora bien, si todos los actos jurídicos hubieran podido practicarse indistintamente por el tutor ó por el pupilo, la cuestion quedaba resuelta; pero había ciertos actos que exigían la precisa intervencion del mismo interesado (*Historia*, página 135), y cuando éste era un infante se hacían imposibles, porque ni podía practicarlos el menor de siete años por carecer de toda inteligencia, ni su tutor porque eran personalísimos: á medida que el rigor de las formas se mitigó, pudo ya el tutor gestionar aún en estos últimos asuntos (2).

Con estos antecedentes, fácil nos será entender cuanto nos dicen las Instituciones acerca de la autoridad de los tutores, único extremo á que se concreta el título.

5.º CUÁNDO QUEDA OBLIGADO EL PUPILO POR ACTOS EN QUE NO MEDIE LA AUTORIDAD DEL TUTOR (materia especial del título.)

§ inicial. *Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipuletur* (3), non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque placuit, meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore (4). Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli, non obligantur.

§ 1. Neque tamen hereditatem adire, neque honorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, neque ullum damnum habeat.

Como se ve por los dos párrafos trascritos, las Instituciones se limitan á decirnos que en unas ocasiones se necesitaba autoridad del tutor, y en otras nó; y á continuacion expresan, como por via de ejemplo, lo que sucede en los contratos y herencias. En otros títulos, señaladamente en el 8.º del libro II, explican nuevos casos; pero para dar unidad á esta doctrina, expondremos ante todo los principios que la sirven

(1) D., XXVI, 7, 1 y 2. (2) C. VI, 30, 18, § 2 y 4. (3) C. *stipulatur*. (4) C. *tutoris auctoritate*.

de base; reseñaremos en seguida las consecuencias más notables que de los mismos dedujeron; y por último, veremos que los textos copiados y los que en lo sucesivo irán apareciendo son únicamente disposiciones parciales que responden á un sistema general.

Los principios de que se parte son :

1.º *Sin la autoridad del tutor, el impíbero mayor de la infancia, puede hacer mejor su condicion, pero no peor* (1).

Entiéndese que hace *mejor* su condicion el pupilo cuando practica un acto jurídico por el cual adquiere un derecho, ó se liberta de una obligacion sin quedar por su parte obligado á nada; v. gr., cuando estipula que se le dará una cosa sin ofrecer prestacion alguna reciproca. En estos casos es innecesaria la autoridad del tutor; porque, como el pupilo á nada se compromete, basta que tenga inteligencia del acto, supuesto que la adquisicion podrá ser más ó ménos beneficiosa, pero nunca perjudicial á sus intereses. Hace *peor* su condicion siempre que del acto resulte que el pupilo pierde algun derecho ó queda obligado, por más que la operacion aumente en definitiva su caudal; v. gr., la compra de una cosa por bajo precio. En estos casos se hace indispensable la autoridad del tutor; porque, careciendo el pupilo de discernimiento, no puede formar un juicio comparativo entre el sacrificio que se impone y las ventajas que ha reportado (2).

Consecuencias de este principio para los hechos referentes á la propiedad, á las obligaciones y á la defensa judicial del pupilo :

Propiedad. Puede *adquirir* lo que se le dé sin la autoridad del tutor (3); mas la necesita para adir una herencia (4). No le es, por el contrario, permitido *enajenar* la propiedad ó la posesion sin la autoridad del tutor (5): en su virtud no trasfiere la propiedad de lo que da en mútuo (6), ni de lo que paga (7); ni puede manumitir (8), ni repudiar una herencia (9).

Obligaciones. El pupilo puede obligar en su favor á otra persona, pero no quedar obligado sin la autoridad del tu-

(1) GAYO, II, 83.—D., II, 14 28.

(2) D., XXVI, 8, 9.

(3) GAYO, II, 83.—*Inst.*, II, 8, § 2.—D., XXVI, 8, 9, pr. y XLI, 1, 11.

(4) D., XXXVI, 1, 37, § 2; y 8, 9, § 3 y 4; XXIX, 2, 8.

(5) GAYO, II, 80.—*Inst.*, II, 8, § 2.—D., XXVI, 8, 9, pr. y XLI, 1, 11.

(6) GAYO, II, 82.—*Inst.*, II, 8, § 2.—D., XII, 1, 29, § 1 y XXVI, 8, 9, pr.

(7) D., XXVI, 8, 9, § 2, XLVI, 3, 14, § 8.

(8) D., XXVI, 8, 9, pr.

(9) C. VI, 31, 5.

tor (1). Si cobra lo que se le debe, se hace dueño de lo cobrado; pero, como no puede disolver ninguna obligacion, el deudor permanece obligado á pagar nuevamente, salvo en lo que el pupilo se haya lucrado (2).

Defensa judicial del pupilo. Ni en los juicios civiles ni en los criminales puede comparecer por sí el pupilo, porque carece de la necesaria discrecion para utilizar los medios más conducentes á la defensa de su persona y derechos (3).

2.º *El pupilo no puede enriquecerse con perjuicio de otra persona* (4). Este principio, como regla absoluta de equidad y justicia, se aplica en todo caso, sin tomar en cuenta la inteligencia del pupilo, ni distinguir si el lucro proviene de un hecho autorizado ó nó por el tutor. Para decidir si el huérfano se ha hecho más rico, se atiende al tiempo en que se ventila la cuestion (5).

Consecuencias más notables de este principio :

Queda siempre obligado el pupilo, aún cuando no haya intervenido la autoridad del tutor: 1.º En cuanto se haya enriquecido por resultado de los hechos ó convenios que de suyo eran ineficaces legalmente (6); ó gestionando negocios ajenos (7); ó con motivo de un comodato (8) ó depósito (9). 2.º En favor de aquél que ha desempeñado ventajosamente negocios del pupilo (10); ó hecho expensas en la administracion de una cosa de que el pupilo era condueño (11). 3.º En todo caso, siendo próximo á la pubertad, por razon de los delitos que haya cometido (12).

Vengamos ahora al texto de las Instituciones.

En el párrafo inicial consignan que el pupilo puede estipular sin la autoridad del tutor, pero no prometer; y que en los actos que producen obligaciones mútuas, como la compra, arriendo, etc., si no interviene la autoridad del tutor, se obligan los que contraen con el pupilo, pero no éste.

Generalizando la doctrina podemos decir que los contratos son ó *unilaterales*, que sólo producen obligacion para uno de

(1) GAYO, III, 407.—D., XXVI, 8, 9, pr.

(2) GAYO, II, 34.—Inst., II, 8, § 2.—D., XLVI, 3, 15.

(3) C. III, 6, 2; y V, 49, 4.

(4) D., XII, 6, 14 y 66; L, 17, 206.

(5) D., XLVI, 3, 47.

(6) D., XXVI, 8, 5.

(7) D., III, 5, 3, § 4.

(8) D., XIII, 6, 3, pr.

(9) D., XVI, 3, 1, § 15.

(10) D., III, 5, 6, 21, 34 y 37.

(11) D., XLIV, 7, 46.

(12) D., IX, 2, 5, § 2; XLVII, 2, 23; y L, 17, 111.

los contratantes, ó *bilaterales*, que la producen para ambos. Si el realizado sin la autoridad del tutor es *unilateral* y el pupilo ha de ser el obligado, v. gr., promete donar un objeto, es completamente ineficaz; porque hace *peor* su condicion. Si es *unilateral*, y en su virtud una tercera persona ha de quedar obligada al pupilo, v. gr., promete darle algo, es completamente válido; porque el pupilo hace *mejor* su condicion. Si, por último, el contrato es *bilateral*, será ineficaz en cuanto el pupilo se obligue al tercero, y válido en cuanto éste se obligue al pupilo: quiere decir que el tercero no tendrá accion contra el pupilo para obligarle á realizar el compromiso, al paso que el pupilo podrá exigir que se lleve á efecto lo convenido; si bien en este caso debe el pupilo cumplir por su parte, pues *no puede enriquecerse con daño ajeno* (1).

Declara á su vez el párrafo primero que sin la autoridad del tutor no puede el pupilo adir una herencia de cualquiera de las clases que en su lugar distinguiremos.

Ya hemos dicho ántes que el pupilo mayor de la infancia es incapaz, no sólo de adir sino de repudiar las herencias, á no ser con la autoridad del tutor, porque en ambos casos hacia *peor* su condicion: si adía, se obligaba á cumplir las cargas hereditarias y testamentarias; si repudiaba, enajenaba un derecho (2). Debemos ahora notar que la adición del pupilo sería completamente nula; porque como acto único, efecto de una sola voluntad, no cabe aplicársele la doctrina de los contratos bilaterales que tienen validez en lo que favorecen al pupilo; por eso dice el jurisconsulto que el pupilo no puede adir una herencia sin la autoridad del tutor *quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum* (3).

Antiguamente hubo necesidad de emplear ingeniosos rodeos para que no fuese perdida la herencia deferida á un pupilo constituido en la infancia; porque, de una parte la adición era un acto personalísimo (4), y de otra el infante no podía ejecutar actos jurídicos: Teodosio y Valentiniano permitieron que el tutor pudiera adirla en nombre del infante (5).

Observemos, por último, que toda esta doctrina tiene solamente aplicacion cuando el pupilo necesita adir para ser

(1) D., XIX, 1, 13, § 29.—En su lugar oportuno trataremos de si el pupilo quedaba obligado *naturalmente* por lo ménos, cuestion muy debatida entre los jurisconsultos romanos.

(2) C., VI, 30, 5.—D., XXIX, 2, 9.

(3) D., XXVI, 8, 9, § 3.

(4) D., XXIX, 2, 90.

(5) C., VI, 30, 18, § 2.

heredero; pero no al caso en que lo sea por ministerio de la ley sin que necesite expresar su voluntad (1).

6.º EN QUÉ CONSISTE LA INTERPOSICION DE LA AUTORIDAD DEL TUTOR, Y CUÁLES SON LOS REQUISITOS CON QUE DEBE TENER LUGAR.

§ 2. Tutor autem statim, in ipso negotio praesens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

§ 3. Si inter tutorem pupillumve (2) iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non praetorius tutor, ut olim, constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, iudicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit.

Interponer su autoridad el tutor es *suplir la falta de discernimiento del pupilo mayor de la infancia y validar los actos jurídicos, constituyéndose en coautor de los mismos*. No es, pues, simplemente aprobar ó ratificar lo ya ejecutado por el pupilo solo, sino tomar una participacion activa y directa en sus actos jurídicos, realizándolos juntamente con el pupilo, formando con él una sola persona é integrando de esta manera la inteligencia que le falta: por eso derivan los escritores la voz *auctoritas* de *augendo*, aumentar.

Esta unidad de personas y de accion por parte del tutor y del pupilo, exige en la interposicion de la autoridad:

1.º Que medie la voluntad del pupilo, bien sea expresa ó tácita: de suerte que se presta válidamente la autoridad cuando el pupilo calla ó es mudo (3).

2.º Que el tutor se halle presente al acto, *praesens in ipso negotio*, y preste su autoridad en el momento mismo en que se concluye: si estuviere ausente ó lo aprobase con posterioridad, no vale, pues serían dos actos realizados por dos personas distintas (4). En general, debe el tutor expresar su voluntad verbalmente (5); pero no es de absoluta precision que la persona que celebra el acto con el pupilo interroge al tutor (6), ni que oiga la autorizacion de éste, con tal que se pruebe; v. gr., si estando ausente el pupilo, vende algo por medio de correspondencia autorizado por el tutor (7). Por último, la aprobacion del tutor ha de ser pura; no puede prestarla condicionalmente ni á dia; lo cual en nada impide que el acto mismo se haga bajo condicion ó á plazo (8).

(1) D., XXIX, 2, 8. (2) C. *pupillumque*. (3) D., XXVI, 1, 6, pr.; y 8. 13. (4) D., XXVI, 8, 9, § 5. (5) D., XXVI, 1, 1, § 2. (6) D., XXVIII, 8, 3. (7) D., XXVI, 8, 9, § 6. (8) D., XXVI, 8, 8.

3.º Que si ocurre un acto cuyo objeto directo sea crear nuevas relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo, preste su autoridad otro tutor, si le tiene, ó se le nombre un curador al efecto (1); porque *tutor in rem suam auctor fieri non potest*. Sin este requisito no podrá contratar con el pupilo el tutor ni por sí, ni por persona á él sometida (2); ni restituírle la herencia que se le ha encargado (3); ni litigar con él (4). Pero si le es permitido autorizar actos que por sus consecuencias remotas produzcan vínculos jurídicos con el pupilo; como aceptar una herencia de la cual el tutor sea acreedor, por más que de ello resulte que el pupilo venga á ser deudor del tutor (5).

Por lo demás, el tutor no puede ser obligado judicialmente á prestar su autoridad; ya porque es posible que el negocio sea desventajoso para el pupilo, ya porque el tutor responderá, si es culpable, de sus actos cuando termine la tutela (6).

7.º RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EL TUTOR Y EL PUPILO, CONCLUIDA LA TUTELA. En el título 28 del libro III nos dirá Justiniano que aun cuando entre el tutor y el pupilo no ha mediado contrato alguno, existen obligaciones mútuas que provienen *como de un contrato*; y son con efecto muy análogas á las que se establecen por el contrato de mandato entre el que da un encargo y el que le desempeña. Examinémoslas separadamente.

(A) *Obligaciones del tutor para con el pupilo.*—El tutor debe rendir cuentas de su administracion y entregar cuantos bienes tenga en su poder correspondientes al pupilo, quedando obligado á pagar los intereses por el tiempo que tarde en hacer la entrega ó consignacion (7). De este deber no puede ser relevado el tutor ni aun por el padre del pupilo que le confirió la tutela en testamento (8). A fin de llenarle cumplidamente, hará que se nombre un curador para el que fué su pupilo (9).

(1) Antiguamente, cuando ocurrían estos casos, el Pretor nombraba un tutor que interpusiera su autoridad: después pareció más lógico nombrarle un curador. (GAYO, I, 184.—C. V, 44, 4). No debe confundirse este curador con el que se nombra á instancia del tutor, por su edad, dignidad, estado de salud, etc.: este último, denominado *actor*, funcionaba á cargo y riesgo del tutor peticionario. (*In st.*, I, 23, § 6.—D., XXVI, 7, 24.)

(2) D., XVIII, 1, 34, § 7; XXVI, 8, 5, pr. y § 2; y 7. pr. y § 1.

(3) D., XXXVI, 1, 1, § 13.

(4) D., XXVI, 2, 24.

(5) D., XXVI, 8, 1, pr.; id. id. 7.

(6) D., XXVI, 8, 17.

(7) D., XXII, 1, 1, § 3.—C. V, 56, 4.

(8) D., XXVI, 7, 5, § 7.

(9) D., XXVI, 7, 5, § 5.

Para compeler al tutor, existe la accion *tutelae directa* que se da al pupilo y á sus herederos (1), contra el tutor y los suyos (2), despues que ha terminado la tutela (3), para que rinda cuentas de su administracion (4), entregue los bienes y responda de su falta de diligencia (5). Si el tutor era hijo de familias, quedaba responsable solidariamente de su administracion el jefe de familia cuando le había autorizado expresa ó tácitamente; en el caso de no haber mediado autorizacion, sólo quedaba obligado en cuanto alcanzase el peculio del hijo (6). Esta accion se denominaba tambien *arbitrium tutelae*, por la grande latitud que el juez tenía en apreciar la responsabilidad del tutor (7): y no se concedia hasta despues de terminada la tutela; porque miéntras duraba ésta, se recurria á la remocion por sospechoso, si había motivo para ello, como veremos en uno de los títulos inmediatos.

Las leyes conceden tambien la accion *de rationibus distrahendis* que corresponde al pupilo y á sus herederos contra toda clase de tutores, pero no contra los sucesores de éstos, una vez terminada la tutela, cuando el tutor oculta algunos bienes, para que abone su doble valor (8). Esta accion no puede acumularse con la *tutelae directa* (9). Si el tutor hiciese la ocultacion con ánimo de hurtar, podría ser perseguido por la accion *furti* y por la *condictio furtiva*, de que en su lugar hablaremos; pero en el caso de que el ejercicio de ésta le reintegrase de lo ocultado, caducaba naturalmente la de *rationibus distrahendis* (10).

Con el fin de asegurar más los intereses del pupilo, se le concedió el derecho de ser preferido á los demas acreedores del tutor, *privilegium exigendi* (11); el de hipoteca sobre las cosas compradas con su dinero (12), pudiendo revindicarlas cuando el tutor las hubiera comprado á su propio nombre (13); y más tarde el de una hipoteca tácita legal sobre todos los bienes del tutor (14).

(1) D., XXVII, 3, 1, § 17.

(2) D., XXVII, 3, 1, § 16; id. 7, 1, 4 y 8.—C. V, 54.

(3) GAYO, I, 191.—*Inst.* I, 20, § 7.—D., XXVII, 3, 1, § 24; id. id. 4.

(4) D., XXVII, 3, 1, § 3.—C. V, 51, 9.

(5) D., XLVI, 2, 53, § 3.

(6) D., XXVI, 1, 7; id. 7, 21.

(7) GAYO, IV, 62.—*Inst.*, IV, 6, § 28.

(8) D., XXVII, 3, 1, § 19, 20, 23 y 24; id. id. 2.

(9) D., XXVII, 3, 1, § 21.

(10) D., XXVII, 3, 1, § 22; id. id. 4.

(11) D., XXVI, 7, 42, y 44, § 1; XXVII, 3, 25; y XLII, 5, 19 á 24.

(12) D., XX, 4, 7 y XXVII, 9, 3.—C. VII, 8, 6.

(13) D., XXVI, 9, 2.—C. V, 51, 3.

(14) C. V, 37, 20.

Por último, además de las acciones referidas, existen otras de garantía que expondremos en el título XXIV inmediato, siguiendo á Justiniano.

(B) *Obligaciones del pupilo para con el tutor.*—Debe el pupilo:

1.º Reembolsar á su tutor los gastos hechos de buena fe con los réditos correspondientes desde que los hizo (1), ya para la persona del pupilo (2), ya para la administracion de sus bienes (3); aunque no hayan dado resultado favorable para el huérfano; y bien los haya hecho ántes, durante ó despues de la tutela (4).

2.º Indemnizarle de los perjuicios que haya sufrido por el ejercicio de su cargo, á no haber disfrutado asignacion (5); pues la mision que se desempeña en beneficio de otro, no debe dañar al que presta un servicio gratuito (6).

3.º Libertarle de las obligaciones personales ó hipotecarias que hubiese contraido en utilidad del pupilo (7).

Para que estas obligaciones sean cumplidas, existe la acción *tutelae contraria* que se concede al tutor y sus herederos contra el pupilo y los suyos, una vez terminada la tutela, para que se le indemnice de todos los gastos y perjuicios y se le liberte de todas las obligaciones que haya ocasionado el ejercicio de su cargo (8). La introdujo el Pretor con el fin de que los tutores se prestasen más fácilmente á serlo, teniendo la garantía de que los pupilos les quedaban obligados por su administracion (9). En ella no puede ser comprendido lo que el pupilo debiera al tutor por distinto concepto que el de la tutela; v. gr. una cantidad que el padre del pupilo adeudase al tutor (10). Compete aún al tutor removido por sospechoso (11), y aunque el pupilo no entable la *tutelae directa*; pero si el pupilo ejercita ésta, el tutor puede elegir entre utilizar la compensacion ó deducir la *tutelae contraria* (12).

3.º CASO EN QUE EXISTAN VARIOS TUTORES.

La doctrina expuesta se aplica sin dificultad en los casos

(1) *Inst.*, III, 28, § 2.—D., XXVII, 4, 3.—C. V, 58, 3.

(2) D., XXVII, 2, 2 y 3.—C. V, 50, 2.

(3) D., XXVI, 7, 33, § 3; XXVII, 3, 1, § 8 y 9.—C. V, 37, 8.

(4) D., XXVII, 4, 3, § 7 y 8.

(5) D., XXVI, 7, 33, § 3.

(6) D., XLVII, 2, 61, § 5.

(7) *Inst.*, III, 28, § 2.—D., XXVII, 4, 6.

(8) D., XXVII, 4, 1, pr. y § 3; id. id. 3, § 9.

(9) D., XXVII, 4, 1, pr.

(10) D., XXVII, 4, 1, § 5.

(11) D., XXVII, 4, 4.

(12) D., XXVII, 4, 1, § 4 y 8.

ordinarios, cuando hay un solo tutor; pero á veces existen varias personas á quienes se ha encomendado una participacion mayor ó menor en los negocios del pupilo, y necesitamos por tanto determinar sus diversas funciones y responsabilidad.

Ulpiano distingue, bajo este punto de vista, tres clases de tutores: *Sunt*, dice, *quidam tutores qui honorarii appellantur; sunt, qui rei notitiae gratia dantur; sunt, qui ad hoc dantur, ut gerant* (1). Es decir, que unos tutores tenían el cometido de *administrar los negocios, ut gererent*; otros, el de *vigilar* la administracion, *honorarii*; y algunos, solamente el de *informar* como hombres versados en los asuntos del pupilo, *notitiae gratia*. Veamos cómo se les conferia su respectiva mision.

(A) *Tutores administradores y honorarios*. Antiguamente, cuando existian para un mismo pupilo varios tutores, si eran testamentarios ó dativos nombrados *ex inquisitione*, cada uno tenia plena facultad de administrar por sí solo; pero si eran legítimos ó dativos nombrados *simpliciter, sine inquisitione*, cada acto de administracion necesitaba el concurso de todos. Esta diferencia se fundaba ya en la mayor confianza que inspiraban los primeros, ya en que no comprometian las fianzas de sus compañeros supuesto que no las prestaban. Justiniano quitó aquella distincion, y facultó á cada uno de los tutores, cualquiera que fuese su clase, para obrar por sí, salvo dos casos: 1.º Cuando el acto tuviera por objeto concluir la tutela, v. gr. la arrogacion, pues no era procedente que terminase el cargo sin la intervencion de todos los que le desempeñaban. 2.º Cuando se hubiese dividido entre los tutores la administracion, bien *pro regionibus* bien *pro substantiae partibus* (2). La primera excepcion era muy rara: la segunda más frecuente, como vamos á ver.

La unidad necesaria en toda buena administracion no podia lograrse administrando á la vez varios tutores con independencia. Para evitar este inconveniente se apeló á uno de dos recursos: ó que administrase un solo tutor, ó que la administracion se dividiese entre los nombrados.

Procuraba el Pretor el primero de estos resultados, segun Ulpiano, aunque el padre del pupilo no lo hubiese dispues-

(1) D., XLVI, 3, 14, § 1.

(2) C. V, 59, 5.

to (1). En este caso ó cuando el designado por el testador no se prestaba, el magistrado convocaba á todos los tutores nombrados para que eligiesen de entre ellos un gerente: si no se ponian de acuerdo, le designaba el Pretor; y si los cotutores no se conformaban con la eleccion y querian administrar todos, él accedia á este deseo (2).

Ahora bien, el tutor ó tutores que no administran se llaman *honorarios* en contraposicion á los *administradores* ó *gerentes* encargados de la administracion (3); y la responsabilidad de unos y otros era muy diferente.

Los tutores *administradores* se obligan solidariamente, esto es, cada uno podía ser reconvenido por el todo de los actos de administracion practicados durante la tutela (4) sin que basten á evitar esta solidaridad los convenios que hayan mediado entre ellos (5); pero gozaban de los beneficios que en el tít. 20 del lib. III verémos que se otorgaron á los fiadores, ó sean, el de *orden* ó *excusion* (6); el de *division* (7); y el de *cesion de acciones* mientras no ha pagado (8) ó aunque haya pagado, si no ha sido condenado por culpa propia (9), pero nunca si la demanda se funda en haber mediado dolo (10).

Los tutores *honorarios* respondian subsidiariamente cuando no promovian con oportunidad la remocion de los *administradores*; porque debian velar constantemente sobre la administracion, procurando que el metálico se depositase para comprar fincas, etc. (11).

El segundo medio de evitar que administrasen muchos á la vez era dividir entre los tutores la administracion de la tutela, ya *in partes*, por negocios, ya *in regiones*, por territorios (12). Esta distribucion podía hacerse por el testador (13),

(1) Por regla general el Pretor defería sobre este punto á la voluntad del padre; pero á veces prescindía de ella cuando mediaban justas causas; v. gr., si habia cambiado la responsabilidad ó conducta de aquél á quien el padre habia designado para que administrase solo. (D., XXVI, 7, 3.)

(2) D., XXVI, 7, 3, § 6, 7 y 8. Otro medio de asumir un solo tutor la administracion era prestarse á dar fianzas, como verémos en el título XXIV de este libro.

(3) D., XXIII, 2, 60, § 2 y XXVI, 7, 3, § 2.

(4) D., XXVI, 7, 31, 33, § 2 y 42.—C. V, 51, 6; y 52, 2.

(5) D., XXVI, 7, 55.—C. V, 52, 2 y 3.

(6) D., XXVI, 7, 39, § 11.—C. V, 37, 8; 51, 6; 52, 3; y 55, 2.

(7) D., XXVI, 7, 38 y XXVII, 3, 1, § 11 y 42.

(8) D., XXVII, 3, 1, § 18.—C. V, 58, 1.

(9) D., XXVII, 3, 1, § 13.—C. V, 58, 2.

(10) D., XXVI, 7, 38, § 2; XXVII, 3, 1, § 14.—C. V, 58, 2.

(11) D., XXVI, 7, 3, § 2 y 3.—C. V, 52, 2; y 55, 1.

(12) D., XXVI, 7, 4.

(13) D., XXVI, 2, 15.

por los mismos tutores (1), ó por el magistrado (2).

La responsabilidad de los tutores variaba segun la forma en que se hubiera verificado la division. Si se había hecho por voluntad del testador ó por decreto del magistrado, cada tutor respondia solamente por la parte de administracion que le hubiese sido confiada (3); si bien eran responsables cuando no promovian oportunamente la remocion del compañero, ó no procuraban que afianzase estando obligado á hacerlo. Mas si la distribucion se había realizado por ellos mismos, cada uno podia ser reconvenido por el todo, cediéndole las acciones contra los demás (4).

(B) *Tutores notitiae gratiae dati*.—Con frecuencia los testadores nombraban algun liberto versado en los negocios de la casa, no principalmente para que ejerciese la tutela, pues su escasa fortuna dejaba de ofrecer garantía bastante, sino para que suministrase á los demas tutores las noticias oportunas. A pesar de que ésta fuera su mision especial, era verdadero tutor; y en tal concepto responsable como los otros nombrados en el mismo testamento (5), con especialidad si no facilitaba á sus cotutores cuantos antecedentes pudieran convenir, si no los denunciaba siendo sospechosos, si no se conducia celosamente, y cuando obraba con fraude (6). Los compañeros en la tutela podian señalarle alimentos que les eran de abono (7).

Tales eran las varias clases de tutores y sus respectivas obligaciones. En general corresponde á los administradores la gestion de la tutela é interponer su autoridad en los actos juridicos del pupilo; pero cuando se trataba de actos que no fuesen meramente administrativos, como vender (8), todos podian autorizarlos, no siendo que expresamente les estuviera prohibido: así era válida la adiccion de una herencia con su autoridad (9) y el pago que se les hiciera (10).

9.º CASO EN QUE DESEMPEÑE LAS FUNCIONES DE TUTOR QUIEN NO LO ES REALMENTE. Parece extraño ver en el Digesto dos titulos consagrados á describir la situacion jurídica del que ejercia la tutela sin ser tutor, creyendo ó no serlo, y las con-

(1) D., XXVI, 7, 3, § 9.

(2) C. V, 52, 2.

(3) C. V, 38, 2.

(4) D., XXVII, 8, 5.—C. V, 52, 2.

(5) D., XXVI, 2, 32, § 1.

(6) C. V, 38, 1.

(7) D., XXVII, 3, 1, § 7.

(8) D., XXVI, 8, 1.

(9) D., XXIX, 2, 49.

(10) D., XLVI, 3, 14, § 1 y 6.

secuencias de sus actos (1). Hoy apenas será posible este caso, dada la formalidad del discernimiento y la facilidad con que se provee de tutor al que le necesita; pero en Roma debió ser muy frecuente. Concíbese, desde luego, que una persona fácilmente se considerase de buena fe tutor testamentario ó legítimo, no siéndolo en rigor, por la equivocada apreciación de la validez ó ineficacia del testamento ó de la preferencia que como agnado le correspondiese. En cuanto á la tutela dativa, ántes de las leyes *Atilia* y *Julia* y *Titia*, cuando el pupilo careciese de tutor testamentario y legítimo, hubiera quedado sin protección á no haberse hecho cargo de él, siquiera fuese oficiosamente, una persona interesada en su suerte; y todavía, dictadas aquellas leyes, sería dispendioso y no siempre cómodo formalizar el nombramiento de tutor dativo, especialmente cuando se tratara de pupilos no residentes en Roma ó en las capitales.

Estas sencillas reflexiones aclaran el sentido de las palabras de Ulpiano que figuran al frente de los expresados títulos. El Pretor, dice, introdujo la acción *pro tutelae* movido de la necesidad, porque muchas veces media incertidumbre, hay grandes errores, y no puede distinguirse si el que administró era verdadero tutor y obró como tal, ó bien sin ser tutor funcionó *pro tutore*. Se halla en este caso, continúa, *pro tutore gerit*, aquel que ejerce el cargo de tutor en los negocios del impúbero, bien creyendo que es tutor, bien sabiendo que no lo es, pero suponiéndose tal (2). Veamos ahora los efectos jurídicos que producen ora la administración, ora la interposición de la autoridad del que no es tutor.

Respecto á la administración, el que no es tutor se halla en el mismo caso de cualquier ciudadano á quien era permitido encargarse espontáneamente, y sin mandato del dueño, de negocios ajenos que se encontrasen abandonados (3). Podía, en su consecuencia, ejercer actos administrativos, pero no los que entrañasen una enajenación de derechos: así no

(1) Los 5 y 6 del libro XXVII. El primero lleva por epígrafe *De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit*; el segundo, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*. De muy diversas maneras explican los tratadistas la razón de haberse dividido en dos títulos esta materia y de llamarse en el segundo *falsus tutor*. Por nuestra parte creemos que la explicación es sencilla: siendo las funciones del tutor administrar, *negotia gerere*, y prestar su autoridad, *auctoritatem interponere*, el primer título le considera en cuanto administra, y por eso comprende en su epígrafe al tutor y al curador; el segundo, en cuanto interpone su autoridad, y por eso se contrae su rúbrica al tutor, único que ejerce esta función.

(2) D., XXVII, 5. 1, pr. y § 1.

(3) Título 27 del libro III.

le era permitido vender (1); y si cobraba deudas, solamente se libertaban los deudores en la parte que se hubiera lucrado el pupilo (2). En los actos administrativos quedaba obligado para con el pupilo como si fuera verdadero tutor (3) y no como un simple gestor de negocios ajenos: consideró el Pretor equitativo someterle á las leyes de tutela, más rigurosas, porque no podía equipararse al pupilo con el mayor de edad que da lugar á que sus negocios sean manejados por un tercero. Era además responsable, no sólo de los actos practicados, sino de aquellos que otro más diligente hubiera realizado; y cuando, despues de comenzada la administracion, se abstenia de ella, aunque fuese por haber conocido que no era tutor, respondía de las consecuencias, si no procuraba que se nombrase tutor al pupilo (4). Para hacer efectivos sus respectivos deberes, existían las mismas acciones y con idénticos objetos que hemos visto anteriormente, si bien tomaban el nombre de *pro tutelae*, tanto la directa como la contraria (5), y la directa podía entablarse áun durante la gestion sin esperar á que el huérfano fuera púbero, porque se trataba de uno que no era tutor (6).

La interposicion de su autoridad era ineficaz á no haber procedido en virtud de decreto del magistrado (7); y nulos por consecuencia los actos celebrados de esta manera. Los terceros que hubieran contratado, si sabían que no era tutor, carecían de todo recurso legal; pero si le creían verdadero tutor, podían pedir la restitucion *in integrum* contra el pupilo en cuanto se hubiera enriquecido (8); y contra el tutor, en cuanto importase el negocio, cuando había obrado condolo (9), pero sólo durante un año, y nunca contra los herederos del tutor celoso (10).

(1) D., XXVII, 5, 2; y 9, 8, pr.

(2) D., XLVI, 3, 28.

(3) D., XXVII, 5, 4.

(4) D., XXVI, 7, 39, § 2 y XXVII, 5, 1, § 9.

(5) D., XXVI, 7, 39, § 9 y XXVII, 5, 1 y 5.

(6) D., XXVI, 7, 26; XXVII, 4, 1, § 3; y 5, 1, § 3.

(7) D., XXVII, 6, 1, § 5.

(8) D., XXVII, 6, 1, § 6.

(9) D., XXVII, 6, 7, 8 y 12.

(10) D., XXVII, 6, 9, § 1.

TÍTULO XXII.

De qué modos se acaba la tutela.

Podemos clasificar los motivos de concluirse la tutela diciendo que se refieren ó al pupilo, ó al tutor, ó á los dos indistintamente, ó á las limitaciones bajo las cuales se defirió el cargo.

Obsérvese bien que las causas referentes al pupilo concluyen para siempre la tutela: las demas solamente producen el reemplazo de un tutor por otro; pero el pupilo continúa en tutela.

(A) *Al pupilo.*—El haber llegado á la pubertad.

§ inicial. Pupilli pupillaeque, cum puberes esse coeperint, tutela liberantur.

Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitati temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis (1) personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

Desde la pubertad se considera al jóven con *plenum animi iudicium*, y no necesita la asistencia tutelar (págs. 36 y 131). En el título siguiente veremos la proteccion que seguía dispensándosele aun despues de esta edad.

(B) *Al tutor.*

1.º Excusa ó remocion, de que se tratará respectivamente en los títulos XXV y XXVI de este libro.

§ 6. Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant. et onus administrandae tutelae deponunt, secundum, ea quae inferius proponemus.

Nótese, sin embargo, que únicamente concluye la tutela por excusa del tutor cuando se alega despues de aceptado el cargo y es perpétua: si se hace valer ántes de aceptar, será

(1) C. *feminitatis*.

más bien un motivo para que no comience; y si es temporal, sólo producirá el efecto de que se nombre un curador para administrar (1). Terminada la tutela por excusa ó remocion, corresponde siempre al magistrado proveer de tutor (2).

2.º Cuando la madre ó abuela contraían nuevo matrimonio perdian la tutela legítima, única para la cual se las habilitó (3).

(C) *Al pupilo y tutor indistintamente.*

1.º La muerte natural.

§ 3. Simili modo finitur tutela morte, vel tutorum vel pupilorum.

La tutela, como cargo personalísimo, no se hereda. En la legítima, ocurrirá frecuentemente que el heredero del tutor le suceda también en la tutela; pero será como pariente más próximo del pupilo, nó por el título de heredero del tutor. Si el que murió era tutor testamentario ó legítimo; viene el cògnado más inmediato; y ántes que todos, la madre viuda: si dativo ó uno de los varios testamentarios, el que nombra el magistrado. En todo caso, los herederos del tutor deben continuar al cuidado de los negocios mientras se encarga otro tutor (4).

2.º La capitisdiminucion.

§ 1. Item finitur tutela, si arrogati sunt adhuc impuberes, vel deportati. Item si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.

§ 4. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit; ceteræ non pereunt. Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit omnes tutelas tollit.

El pupilo podía sufrir la capitisdiminucion *máxima* por cautividad ó ingratitud para con su patrono; la *media*, por la deportacion (5); y la *minima*, por darse en arrogacion segun las disposiciones de Antonino. En los tres casos concluía definitivamente la tutela; porque el huérfano había dejado de ser *sui juris*, *caput liberum*.

Respecto al tutor, la máxima y media le incapacitaban

(1) *Inst.*, I, 23, § 5; y 25, § 2.

(2) *D.*, XXVI, 2, 11; y 4, 3, § 8.

(3) *Nov.*, XXII, cap. 40 y XCIV, cap. 2.

(4) *D.*, XXVI, 1, 14 y 15; XXVII, 3, 4.

(5) La esclavitud por ingrato y la deportacion por criminal se imponian sólo al pupilo próximo a la pubertad; porque desde entonces se le consideraba capaz de dolo. (*D.*, L, 17, 111.)

para toda clase de tutelas, pues perdía los derechos civiles. La mínima solamente le privaba de la tutela legítima ejercida por los agnados, á cuya clase dejaba de pertenecer; pero nó de la testamentaria ó dativa, cuyo desempeño se le había encomendado sin tomar en cuenta sus vinculos de agnacion con el pupilo. Tal era el derecho vigente cuando se redactaron las Instituciones; pero igualadas más tarde la agnacion y cognacion por la Novela CXVIII de Justiniano, continúa el mismo tutor legítimo aunque sufra la capitisdiminucion mínima. Cuando termina la tutela por la máxima ó media del tutor, este es reemplazado como en el caso de muerte natural, á la cual se equipara.

(D) *A las limitaciones bajo las cuales se defirió el cargo.*

Cuándo se cumple la condicion ó el plazo señalados.

§ 2. Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamentum, aequè evenit, ut desinat esse tutor, existente conditione.

§ 5. Praeterea, qui ad certum tempus testamentum dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.

La condicion y el plazo puede haberlos impuesto el testador ó bien de una manera *suspensiva*, es decir, con el objeto de que el tutor no comience á ejercer su cargo hasta que se verifique el acontecimiento ó llegue el dia, ó bien de un modo *resolutorio*, esto es, para que el nombrado ejerza tan luego como muera el testador, pero cese apénas se realice la condicion ó cumpla el término prescrito. En el primer caso, la tutela que concluye es la que el magistrado habrá conferido miéntras se veía el éxito de la condicion ó plazo; en el segundo, se extingue la testamentaria y tiene lugar la legítima.

TÍTULO XXIII.

De los curadores.

1.º *Nocion y fundamento de la curaduría: casos en que tenia lugar.*—2.º *Curaduría de los púberos menores de veinticinco años.*—3.º *Curaduría de los furiosos y pródigos.*—4.º *Otros diversos casos de curaduría.*—5.º *Atribuciones y responsabilidad de los curadores.*

1.º **NOCION Y FUNDAMENTO DE LA CURADURÍA: CASOS EN QUE TENÍA LUGAR.** Las Instituciones no definen la *curaduría*, siendo así que de la tutela presentaron una definicion concreta. Son á la verdad tan numerosos y heterogéneos los casos

de curaduría, que no pueden expresarse todos bajo una definición general. En la tutela cabe determinar la *entidad protegida*, es siempre el huérfano impúbero, *caput liberum*: en la curaduría, unas veces lo es la persona y su patrimonio; otras, solamente los bienes; y algunas, negocios especiales. El tutor tiene por *mision* defender al pupilo, *ad tuendum*: el curador, ora se ocupa sólo de administrar, ora de cuidar á la vez de la persona. La *causa* única que motiva el nombramiento de tutor es la edad, *propter aetatem*, y edad determinada, hasta la pubertad: la curaduría tiene lugar tambien por la edad, pero además por otras muchas causas; y áun cuando es ocasionada por la edad, ya se aplica á los púberos menores de veinticinco años, ya á los impúberos mismos.

En medio de tan diversas aplicaciones como se hicieron de la curaduría, si comparamos las funciones del tutor con las del curador, cualquiera que sea su clase, encontramos que intervienen de diferente manera en los negocios que se les confia; y esta diferente intervencion es, por consecuencia, la sola nota característica que separa ambas instituciones. Con efecto, encargado el tutor de una persona cuya inteligencia va desarrollándose por grados, recibe la mision de completar esa inteligencia deficiente, supliendo con su intervencion en los actos jurídicos los grados de discernimiento que al impúbero faltan (pág. 183). El curador, viceversa, se encarga de una persona reputada ó completamente capaz, v. gr., el púbero; ó completamente incapaz, como el demente; ó sólo de administrar bienes: y en ninguno de estos casos hay términos hábiles para que interponga *su autoridad*.

Podemos, pues, definir la curaduría: *El cargo que tiene por objeto, ya el cuidado de una persona y su patrimonio, ya de éste solamente, ya de negocios determinados, pero que se ejerce sin prestar la autoridad.*

Desde las XII Tablas encontramos ya establecida la curaduría para los furiosos y pródigos. Ambos necesitaban asistencia tutelar; pero el cometido de la persona á quien se encargaba protegerlos, no podia ser completar una inteligencia que al primero faltaba totalmente y el segundo conservaba íntegra. Por eso no se les sometió á un tutor cuya funcion principal consistía en suplir la capacidad incompleta del protegido, sino á un curador que gestionara y administrase en nombre propio, sin tomar parte en los actos jurídicos ni el loco ni el pródigo.

Con el tiempo se ofrecieron otras situaciones muy diversas,

en las cuales era preciso crear protectores especiales, cuyo respectivo cometido tampoco daba ocasion á que interpusieran su autoridad; y por este motivo se aplicó la denominacion de *curadores* á todos ellos.

Sería difuso y poco útil exponer con detenimiento los diversos casos de curaduría que las Pandectas mencionan (1). Nos concretaremos á los más interesantes, y del resto formaremos un catálogo con indicacion de sus fuentes.

2.º CURADURÍA DE LOS PÚBEROS MENORES DE VEINTICINCO AÑOS. Veamos el origen y desenvolvimiento de esta curaduría; quiénes la desempeñan; la condicion jurídica del menor segun tenga ó no curador, y los casos en que termina.

(A) *Origen y desenvolvimiento de esta curaduría.*

§ inicial. *Masculi puberes et feminae viripotentes, usque ad vicensimum quintum annum completum curatores accipiunt; quia, licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possunt* (2).

En la exposicion de los diferentes casos de curaduría no sigue Justiniano el órden cronológico en que fueron establecidos. Pone al frente de todos el de los menores de edad sin duda por ser el más frecuente; pero la curaduría no fué creada para ellos.

Primitivamente, sólo se consideró incompleta la inteligencia de la persona hasta la edad de su pubertad; y por esto se la sujetó á un tutor que la completase: el púbero fué reputado con plena discrecion, *plenum animi iudicium*; y, libre de la tutela, se dirigia por sí propio. Se comprende que este sistema pudiera conservarse en un pueblo guerrero, de pocas transacciones y costumbres severisimas; pero á medida que el carácter romano degenera, progresa la malicia, y las relaciones jurídicas se complican, el jóven debió encontrarse expuesto á continuos fraudes en medio de una sociedad cuyas condiciones morales é intelectuales habían cambiado (3).

Segun los datos que han llegado á nosotros, vino á remediarse este mal por medio de las disposiciones siguientes:

En el siglo VI, la ley *Laetoria* ó *Plaetoria*, llamada tambien *lex quinovicennaria*, parece que permitió á los menores de veinticinco años pedir curadores si justificaban necesitarlos (4) y excusarse por vía de excepcion de cumplir las obli-

(1) D., L., 4, 1, § 4.

(2) C. *sint.*, *possint.*

(3) *Historia*, pág. 103.

(4) ULPIANO, XII, 4. — Pasaje de Capitolino que se trascribirá luego.

gaciones que contrajeran (1); al paso que castigaba al que para enriquecerse abusára de la inexperiencia de estos jóvenes (2). Desde entónces se llamó *legítima* la edad de veinticinco años (3); y pudo decirse, con nuestro párrafo inicial, *licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt ut sua negotia tueri non possint*.

El Pretor por su parte, fundado en la equidad y tomando á su cargo la proteccion de los menores de veinticinco años, les otorga la restitucion *in integrum* de todos los negocios en que hubieran salido perjudicados (4).

La proteccion de la ley *Laetoria* y el beneficio de restitucion favorecian á los menores, pero les dificultaban establecer relaciones jurídicas con los demas ciudadanos por el temor de que fueran ineficaces y áun produjeran responsabilidad criminal. Los jóvenes, pues, se vieron en la necesidad de pedir curadores siempre que hubieran de concluir un negocio importante.

Por último, Marco Aurelio estableció que en adelante los menores pudieran pedir y obtener curadores sin necesidad de alegar causa determinada, *non redditis causis* (5). Desde aquel momento cambia el carácter de la curaduría: en lugar de ser una medida que se adopta en casos excepcionales, degenera en cargo general y permanente: viene á ser una prolongacion de la tutela: y si no se funden ambas instituciones en una sola, es por apego á las tradiciones. Así lo reconocia Modestino cuando dijo: *In paucissimis distant curatores á tutoribus*. Verémos, es verdad, que los púberos tienen mayor grado de capacidad jurídica que los impúberos; pero más importante es la diferencia de capacidad entre los infantes y los mayores de la infancia, y sin embargo unos y otros son regidos por tutor.

(B) *Quiénes desempeñan la curaduría de los menores.*

§ 1. Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, à quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis.

(1) D., XLIV, 1, 7.

(2) CICERON, *De nat. deor.*, III, 30.—*Id. de off.*, III, 15.

(3) *Cod. Teod.*, VIII, 12, 2.

(4) D., IV, 4, 1.

(5) Julio Capitolino dice hablando de Marco Aurelio (10): *De curatoribus, cum antea non nisi ex lege Laetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*. Favor singular que dispensa el Emperador á todos los jóvenes de que por sólo su menor edad puedan obtener un administrador gratuito y bajo garantías no comunes.

La doctrina de este párrafo confirma lo que acabamos de decir, el empeño de conservar entre la tutela y curaduría una diferencia que ya no tiene razon de ser. Empieza por consignar que los curadores para los menores son siempre *dativos*; que no puede nombrarlos el padre en su testamento; y, corrigiéndose á renglon seguido, dice que si se nombran en testamento, los confirma el magistrado. Tal es la síntesis del derecho romano sobre este punto; la ley no concede al padre la facultad de dar curadores á sus descendientes, porque persiste en reconocer á los púberos completa capacidad para gobernarse por sí, y al hombre capaz nadie puede imponerle un guardador; ya lo pedirá él al magistrado, si lo necesita (1); pero una jurisprudencia constante establece que el magistrado confirme siempre la designacion testamentaria del curador hecha por el padre ó por la madre como la del tutor; porque la experiencia acredita que *licet puberes sint*, etc. (2). Resulta por tanto que segun *el derecho* sólo hay curadores *dativos* para los menores, y que *de hecho* los hay tambien *testamentarios*; si bien por salvar el rigor de los principios necesitan una confirmacion que nunca se les niega. Los que jamás se admitieron fueron los *legítimos*: no debe extrañarnos que así sucediera recordando el fundamento de la tutela legítima (pág. 146) y teniendo presente que cuando se generalizó la curaduría para los menores, había desaparecido la antigua constitucion familiar.

(C) *Condicion juridica del menor, segun tenga ó no curador.*

§ 2. Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.

Continúa el mismo dualismo que acabamos de hacer notar. En el § inicial dijeron las Instituciones que los púberos reciben curadores hasta cumplir los veinticinco años; de suerte que presentaron á los menores sometidos siempre á curaduría: ahora consignan que, á no ser en casos excepcionales, no se les sujeta á curaduría contra su voluntad. Para demostrar que estas dos proposiciones no son contradictorias más que en la apariencia, describirémos sucintamente la posicion jurídica de los púberos menores de veinticinco años.

El principio de que se parte es que la peticion de curador corresponde exclusivamente á los mismos menores, y contra

(1) C. V, 28, 7.

(2) D., XXVI, 3, 1, § 3; 2. § 1, y 6.

su voluntad nadie puede pedirle (1); así dice el texto *inviti adolescentes curatores non accipiunt*. Pero esta regla general vino poco á poco restringiéndose hasta el punto de convertirse en excepcion. Veamos cómo.

Desde luego, el padre y la madre pudieron con el tiempo, segun sabemos, nombrar en testamento curador para sus descendientes; y natural es que lo hicieran siempre que al morir dejáran menores de veinticinco años.

Por otra parte, las leyes obligaban al menor á que pidiese curador, y si no lo verificaba, podian pedirle los interesados: para comparecer en juicio civil ó criminal, *praeterquam in litem*, como dice el texto (2); para darse en arrogacion (3); para cobrar una deuda, libertando al deudor (4); y, como caso el más trascendental comprendido en la restriccion anterior, para recibir y aprobar las cuentas de su tutor, quien debía amonestarle para que le pidiera (5), y dirigirse al magistrado si el menor se resistía (6); bien entendido que no cesaba en sus funciones hasta que se nombrase curador (7).

Combinando todas estas disposiciones, resultaba que tenía curador:

Desde luego todo menor que hubiera estado en tutela; porque, si áun despues de la pubertad no podía recibir las cuentas y libertar al tutor sin nombrarle un curador, tampoco podría libertar á éste, entregándose de su patrimonio. Así dice Ulpiano que *los menores de veinticinco años no tienen completa capacidad; y por eso hasta aquella edad son regidos por curadores, sin que ántes de llegar á ella se les confie la administracion, excepto raras veces por medio de la venia de edad* (8); y Gayo á su vez que *concluidos los años de la impubertad, comienza á pertenecer la direccion de los menores á los curadores, y los menores de edad hasta los veinticinco años cumplidos están bajo curadores* (9).

Además, los que nunca estuvieron sometidos á tutela por haber quedado huérfanos despues de ser púberos, pero cuyos padres les nombraron curadores.

(1) D., III, 3, 43, § 3; XXVI, 5, 43, § 2; y 6, 2, § 4 y 5.—C. V, 31, 6.

(2) C. III, 6, 2 V. 31, 1; y 59, 4; VII, 62, 10.

(3) *Inst.*, I, 7, § 8; D., I, 7, 8.—C. V, 59, 5.

(4) D., IV, 4, 7, § 2; y 32.—C. V, 31, 7.

(5) D., XXVI, 7, 5, § 5.

(6) C. V, 31, 7.

(7) D., XXVI, 7, 33, § 1.

(8) D., IV, 4, 1, § 2 y 3.

(9) *Epitome*, I, 8.

Luego únicamente se hallarían sin curador aquellos que de una parte no hubieran quedado huérfanos hasta despues de ser ya púberos, y por otra, no le recibieran de sus ascendientes. Por más que este caso debería ser muy excepcional, nos ocuparemos de la condicion jurídica de los menores segun tuvieran ó no curador.

1.º Todo menor, aunque esté bajo curaduría, puede sin consentimiento del curador celebrar esponsales, contraer nupcias, otorgar últimas voluntades y practicar los actos jurídicos que hagan mejor su condicion.

2.º Por regla general se le reconocía capacidad para obligarse áun al púbero que estuviera en curaduría ó en patria potestad (1), si bien al que tenía curador no se le confiaba la administracion de sus bienes (2); pero esta doctrina de las Pandectas se halla en nuestro juicio modificada por una constitucion de Diocleciano, segun la cual, si el menor tiene curador, el contrato es ineficaz cuando no ha mediado el consentimiento de éste; y si no tiene curador, el contrato es válido aunque sujeto á la restitucion *in integrum* (3).

3.º Aunque el menor tenga curador, éste no interpone su *autoridad* en los negocios de aquél: no necesita concurrir al acto mismo para suplir la falta de inteligencia de su protegido, á quien la ley persiste en considerar capaz: basta que preste su *consentimiento* despues de verificado, porque no constituye parte del acto, mejor dicho, porque la institucion de la tutela pertenece al derecho antiguo que exigía la unidad en los actos jurídicos, y la curaduría de los menores corresponde al derecho nuevo, ménos formulario.

4.º Bien se halle ó no en curaduría, ni él ni su curador pueden enajenar ni hipotecar sin decreto del magistrado los bienes inmuebles (4).

(1) D., XLIV, 7, 43; XLV, 1, 101 y 141.

(2) D., IV, 4, 1, § 3.

(3) C. II, 22, 3.—Nos parece vano el empeño de conciliar esta resolucion de Diocleciano con las leyes del Digesto citadas, cuando una de ellas dice terminantemente: *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*. (D., XLV, 1, 101.) Para desvirtuar lo absoluto de esta regla, se propone anteponer la palabra *non à possunt*; sustituir *obligare à obligari*; suponer que la ley se refiere á los menores sin curadores, ó al caso en que obligan sus personas pero no su patrimonio; ó á las obligaciones que no envuelvan enajenacion; ó á que el curador no necesita interponer su autoridad como el tutor. Creemos más sencillo y exacto reconocer que la opinion había cambiado; que el Emperador mantiene los antiguos principios cuando el menor carece de curador; y que los deroga respecto de aquel que se encuentra bajo curaduría al cual explicitamente le asimila al pródigo entredicho, cuyas obligaciones son ineficaces.

(4) D., XXVII, 9, 1.—C. V, 71, 4, 6, 9, 15 y 16.

5.º Finalmente, el menor puede utilizar el beneficio de la restitucion *in integrum* contra los actos juridicos que le perjudiquen, bien los haya ejecutado él mismo ó su curador, segun expondrémos en el tit. 6.º del libro IV.

(D) *Casos en que termina la curaduria de los menores.*

Termina esta curaduria por las mismas causas que ponen fin á la tutela, equivaliendo la edad de veinticinco años á la de doce ó catorce (1), y cuando el menor obtiene dispensa de edad, *venia aetatis*. Esta gracia podían conseguirla del Emperador, despues de cumplir veinte años los varones y diez y ocho las mujeres: ella les equiparaba á los mayores; y, como tales, no gozaban del beneficio de restitucion *in integrum*, pero carecian de facultad para enajenar é hipotecar los bienes inmuebles (2).

3.º CURADURÍA DE LOS FURIOSOS Y PRÓDIGOS.

§ 3. *Furiosi quoque et prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romae praefectus urbi, vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores.*

Para el cuidado del *furioso* y del *pródigo* se estableció la primera clase de la curaduria conocida en Roma, por la razon que arriba expusimos. (Pág. 195).

La sencilla indicacion que el texto contiene presenta como sometidos á unas mismas reglas la curaduria de ambos; pero conviene exponerlas separadamente, porque ofrecen diferencias en sus detalles.

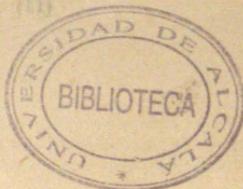
(A) *Curaduria del furioso.*

Era ley de las XII Tablas: *Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (3). Vemos en esta ley una comprobacion de que las primitivas instituciones tutelares tenían por principal objeto conservar en las familias los bienes *ne dilapidarentur*. Por esto se defirió la curaduria del furioso á los agnados y en su defecto á los gentiles, ó sea á las dos esferas familiares. Por esto tambien no se confiere al curador una simple direccion, sino una *potestad*: se le estima *domini loco*; y en su virtud se le reconocía derecho para enajenar los bienes del furioso en cuanto fuera conducente á la buena administracion, si bien no podia manumitir ó donar, á no ser que el magistrado estimase el acto de grande

(1) D., IV, 4, 1, § 2 y 3.

(2) C. II, 45 y VII, 62, 10.

(3) CICERON, *De invent.* II, 50.



utilidad para el furioso (1). La ley decenviral no se entendió aplicable al pupilo y más tarde al menor de veinticinco años que se halláran sujetos respectivamente á la tutela ó curaduría ordinaria (2).

A medida que se relajó la primitiva constitucion familiar, variaron las personas llamadas á ejercer esta curaduría y sus facultades.

Respecto á las personas, no se deroga abiertamente la base antigua: sigue considerándose el agnado curador nato del furioso, de suerte que el padre no puede, en principio, nombrar curador para su hijo furioso; mas, si lo hace, el magistrado debe respetar la voluntad paterna (3). Aunque el padre no le nombre, si el agnado carece de aptitud para el desempeño del cargo, será curador, sí, pero el magistrado nombrará otro curador que administre (4). Por último, á falta de agnado proveerá el magistrado de curador (5), cerciorándose previamente de que hay verdadera necesidad, porque muchas veces la demencia ó el furor son fingidos (6).

Las funciones del curador son cuidar no sólo del patrimonio, sino de la salud corporal y mental del furioso (7). Relativamente al patrimonio, administra en nombre propio; porque el furioso carece absolutamente del ejercicio de la capacidad jurídica, si bien son válidos los actos que ejecute en lúcidos intervalos (8); pero *aunque el curador sea agnado del furioso*, no puede vender ni hipotecar los bienes de éste (9).

Termina esta curaduría *ipso jure* tan pronto como el furioso recobra la salud (10). Era cuestionable si cesaba tambien durante los intervalos lúcidos: Justiniano decidió que continuase el curador, sin perjuicio de ser válidos los actos que aquél ejecutase en completa lucidez (11).

(B) *Curaduría del pródigo.*

Ulpiano traza la historia de esta curaduría con la precision y claridad que le es habitual. Por la ley de las XII Tablas,

- (1) GAYO, II, 64.—D., XXVII, 10, 10 y 17; XLVII, 2, 56, § 4.
- (2) D., XXVI, 1, 3, pr. y § 1.—C. V, 70, 1.
- (3) D., XXVII, 10, 16, pr.—C. V, 70, 7, § 5.
- (4) D., XXVI, 5, 8, § 3; y XXVII, 10, 13.
- (5) C. V, 4, 27.
- (6) D., XXVII, 10, 6.
- (7) D., XXVII, 10, 7, pr.
- (8) GAYO, II, 108.—D., XXIV, 3, 22, § 7; XXIX, 2, 63; XLV, 7, 1, § 12; XLVI, 1, 70, § 4; y L, 17, 5 y 40.—C. IV, 38, 2, pr.; y V, 70, 7, § 3.
- (9) D., XXVII, 9, 8, § 1.—C. V, 70, 2.
- (10) D., XXVII, 10, 1, pr.
- (11) C. V, 70, 6.

nos dice, se veda al pródigo la administracion de sus bienes, lo cual se introdujo por costumbre desde el principio; pero hoy los Pretores y Presidentes suelen dar curador, á ejemplo del furioso, cuando aparece un hombre que *neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit* (1).

Este breve pasaje marca distintamente los tres periodos de la curaduría del pródigo, á saber: su *origen*, en la costumbre; su *sancion legal*, en las XII Tablas; su *desenvolvimiento*, en la jurisprudencia. Detengámonos un momento en cada uno de ellos.

Debió su origen á la costumbre. Es una nueva prueba de la intervencion que cada *gens* ejercía sobre el recto uso de los derechos por parte de sus individuos para conservar el honor y bienestar de las familias que respectivamente la componían. De la propia suerte que modera el rigor excesivo del padre, toma parte en la arrogacion y en el testamento, socorre al miembro que necesita de auxilio, etc.; evita igualmente, por medio de la curaduría, que sean víctimas de la indigencia los hijos cuyo padre se entrega á una disipacion insensata (2).

Las XII Tablas elevan á ley esta costumbre hija del interes familiar, autorizando al magistrado para privar de la administracion de sus bienes al reconocido como pródigo y encargarla á los agnados y gentiles. Paulo nos ha trasmitido la fórmula que al efecto usaba el Pretor: *Quando tibi bona paternae avitae nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatum perducis, ob eam rem tibi ea re comercioque interdico* (3). De esta fórmula resulta que solamente se consideraba pródigo al que disipaba los bienes heredados *abintestato* de sus ascendientes, el patrimonio familiar cuya conservacion interesaba á las *gentes* para perpetuarse (4).

Por último, en tiempo de Ulpiano las instituciones tutelares ya no eran un medio de procurar los intereses de las *gentes*, que nadie recordaba, sino los del individuo; por eso habían cambiado ya los sujetos á quienes se denomina pródigos, ya las personas encargadas de su curaduría. Fué considerado *pródigo* el que malversaba los bienes heredados tanto *abintestato* como *ex testamento* (5); y con el tiempo, todo el

(1) D., XXVII, 10, 1, pr.

(2) *Historia*, pág. 19.

(3) PAULO, III, 4, 7.

(4) CICERON, *De senectute*, 7. — VALERIO MÁXIMO, III, 5, 2.

(5) ULPIANO, XII, 3.

que disipaba su fortuna de cualquier modo adquirida (1). Con relacion á las personas llamadas para ejercer la curaduría, se conserva el antiguo principio de que el agnado es curador nato del pupilo: pero debe respetarse ante todo el nombramiento del padre (2); en su defecto, vendrá el agnado, sin perjuicio de que el Pretor nombre un curador que administre, si aquél no es apto (3); y si faltan curador testamentario y legítimo, el magistrado le nombra, segun nos dice el texto y el jurisconsulto.

Aunque en general se equipare el pródigo al furioso (4), no es en realidad idéntica la condicion jurídica de ambos. El furioso no es considerado en un estado permanente de incapacidad, y por tanto hemos visto que, si bien permanece bajo curador mientras no recobra completamente su salud, puede ejecutar válidamente actos jurídicos en los intervalos lúcidos. Por el contrario, al pródigo se le considera con inteligencia, pero deficiente, como al impúbero mayor de la infancia; por eso puede en todo tiempo mejorar su condicion, obligando á otro sin obligarse él (5) y aceptar una herencia (6); pero no practicar actos onerosos (7).

Esta curaduría termina *ipso jure* tan luego como el pródigo mejore de costumbres, cuando *sanos mores receperit* (8).

4.º OTROS DIVERSOS CASOS DE CURADURÍA.

Resumiendo los múltiples casos de curaduría, podemos decir que se recurría á ella ya para custodiar ciertos bienes cuyo dominio era eventual, ya para administrar los bienes cuyo dueño no era posible ó decoroso que administrase por sí mismo, ya para suplir á los tutores.

(A) *Para custodiar bienes cuyo dominio era eventual.*

1.º A fin de salvar los intereses del concebido y no nacido todavía, el magistrado le acordaba la posesion de la herencia á la cual tenía un derecho eventual, y que le correspondería definitivamente cuando naciese: de custodiar estos bienes y prestar alimentos á la madre se encargaba un curador, *ventris nomine*, bajo las reglas que se establecen en el título 9.º, libro XXVII del *Digesto*.

(1) D., XXVI, 5, 12, § 2; y XXVII, 10, 1.

(2) D., XXVII, 10, 16, § 1.

(3) D., XXVII, 10, 13.

(4) D., L, 17, 40.

(5) D., XLV, 1, 6.

(6) D., XXVII, 2, 3, § 1; y 10, 10, pr.; XXIX, 2, 5, § 1.

(7) D., XLV, 1, 6.

(8) D., XXVII, 10, 1, pr.

2.* Cuando, tratándose de la sucesion de los ascendientes, se negaba á un impúbero la calidad de descendiente legítimo ó adoptivo, podía conseguir la posesion de su parte hereditaria, como si tuviera verdadero derecho, hasta que, llegado á la pubertad, se ventilase y decidiese la cuestion sobre su estado, *ex Carboniano edicto*. Tambien procedia en este caso el nombramiento de un curador (1).

3.º Mientras las personas llamadas á heredar deliberaban sobre la aceptacion de la herencia, podia nombrarse un curador que guardára los bienes relictos, para garantir el derecho ya de los demas herederos, ya el de los acreedores hereditarios (2).

(B) *Para administrar bienes cuyo dueño no es posible ó decoroso que administre.*

Carecian de aptitud natural para manejar sus negocios, y por consiguiente necesitaban un curador que se encargase de la administracion :

1.º Los que padecian una enfermedad perpétua ; como los mentecaptos, sordos y mudos (3), segun nos dice el

§ 4. *Sed et mente-captis et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

2.º Aunque accidentalmente, se encontraban en igual situacion los que habian caido prisioneros : sus parientes (4) ó sus acreedores (5) podian pedir curador para que los bienes no desapareciesen (6).

Carecian de aptitud legal los sometidos á patria potestad; y por tanto necesitaban curador :

1.º El hijo de familias, menor de edad, que acepta una herencia de cuya administracion no quiere hacerse cargo el padre (7).

2.º El hijo de familias para los bienes que se le dejan bajo condicion de que el padre no ha de tener usufructo sobre ellos (8).

Por último, no estimándose decoroso que para satisfacer

(1) D., XXVII, 10.

(2) D., XXVII, 10, 3 y XLII, 4, 8 y 9.

(3) D., XXVI, 5, 8, § 3; 12, pr.; XXVII, 10, 2.

(4) C. VIII, 51, 3.

(5) D., XLII, 4, 6, § 2.

(6) D., IV, 6, 15, pr.; XXVI, 1, 6, al fin.

(7) C. VI, 61, 8, § 1.

(8) Nov. CXVII, cap. 1.

á los acreedores se vendieran los bienes en nombre de su dueño cuando éste pertenecía á una categoría social elevada, se nombraba un curador que procediese á su venta (1).

(C) *Para suplir al tutor.*

§ 5. Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel à praetore, vel à praeside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.

Al que tiene padre ó tutor no puede darse otro tutor, *patrem vel tutorem habenti tutor non datur*. Por eso hemos visto que cuando el padre no administra ciertos bienes de su hijo, se le nombra curador; y por la misma razon se apela tambien á la curaduría en el caso de que el huérfano tenga ya un tutor:

1.º Cuando ha de concluirse un acto jurídico entre el pupilo y el tutor, ó éste se excusa ó constituye por breve tiempo en la imposibilidad de ejercer el cargo; v. gr., es desterrado (2).

2.º Mientras se sustancia el expediente de excusa ó remoción del tutor (3).

3.º Si el tutor padece alguna enfermedad de tal naturaleza que no le sirva para declinar el cargo, pero tampoco le permita en el momento ocuparse de negocios (4).

4.º Cuando el tutor se muestra negligente, sin que sus actos den margen á separarle por sospechoso (5).

5.º Cuando el tutor es pariente ó patrono del pupilo y aparece digno de ser removido; porque se prefiere asociarle un curador á removerle con nota desfavorable (6).

El curador dado al pupilo cesa cuando éste llega á la pubertad; y áun mientras ejerce, se hace indispensable dar tutor al impúbero si se ofrecen actos en que es necesario *interponer la autoridad*, porque la del curador no sirve al efecto; v. gr., si ha de adir una herencia (7).

Aparte de los casos mencionados, y aunque el tutor reu-

(1) D., XXVII, 40, 5 y 9.

(2) D., XXVII, 1, 28, § 2.

(3) D., XLIX, 1, 17, § 1.

(4) D., XXVII, 1, 10, § 8; 11; y 12, pr.

(5) D., XXVII, 2, 6.

(6) D., XXVI, 10, 9.

(7) D., XLIX, 1, 17.—C. V, 44, 5.

na todas las condiciones para ser un buen administrador, su edad, dignidad, estado de salud, extension de la tutela ú otros motivos pueden impedirle consagrarse á la administracion en sus detalles; entónces propone al magistrado una persona que le ayude, y el magistrado la autoriza, mas por cuenta y riesgo del tutor proponente (1). A esta persona, que Pomponio llama *adjutor tutelae* y las Instituciones *actor*, se refiere el

§ 6. Quod si tutor adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius (2), praetor, vel qui provinciae praeerit, decreto constituet.

La redacciou del texto pudiera inducirnos al error de creer que sólo procede el nombramiento del *adjutor tutelae* cuando el pupilo sea infante ó se halle ausente. No es esto lo que se propuso decir, sino que únicamente hay necesidad de acudir al magistrado cuando el pupilo sea infante ó se halle ausente; porque si es mayor de la infancia y está presente, el mismo pupilo, autorizado por su tutor, constituirá un procurador ó mandatario, sin tener que solicitar para ello un decreto del magistrado (3).

5.º ATRIBUCIONES Y RESPONSABILIDAD DE LOS CURADORES.

Al curador del furioso, pródigo y pupilo se le confiere *la administracion*: al nombrado para los bienes y *ventris nomine*, solamente *la custodia* y la venta de los objetos sujetos á deterioro (4). La administracion del primero se encuentra sometida á las mismas reglas establecidas para la tutela de los impúberos; y, terminada la curaduría, proceden idénticas reclamaciones entre los interesados y el curador (5), quedando los bienes de éste hipotecados á las resultas de la *gestion* (6). La mision del segundo es considerada como un mandato ordinario: por eso la ley reconoce el *jus exigendi* en favor de aquéllos á quienes se da curador *quasi debilibus vel prodigis*, y lo niega cuando se ha dado para los bienes de un ausente, ó para una herencia no adida, ó al vientre si no se verifica el nacimiento (7).

(1) D., XXVI, 1, 13; y 7, 24.

(2) C. *Periculo tutoris*.

(3) D., XXVI, 7, 22, pr.

(4) D., XXVI, 7, 43.

(5) Títulos 7 y 9, libro XXVII del Digesto.—37 á 43, 51 y 71 á 74 del Código.

(6) C. IV, 53; V, 37, 20; y 7, 7, § 5 y 6.

(7) D., XXVII, 10, 15 y XLII, 5, 19 á 24.

Respecto á las acciones, los epígrafes de los títulos 3 y 4, libro XXVII del *Digesto* parecen dar á entender que pueden intentarse las *utiles tutelae directa y contraria*. Sin embargo, las disposiciones concretas de los textos otorgan contra el curador, nó la *tutelae* ni la *pro tutelae*, sino la *negotiorum gestorum* (1), que puede ser entablada aún antes de terminar el curador su cometido (2); si bien cuando tiene por objeto pedir las cuentas de la administracion, no procede hasta despues de concluida la curaduría (3). Viceversa, á los curadores de toda clase corresponde la *tutelae contraria* (4).

TÍTULO XXIV.

De la caucion que deben prestar los tutores ó curadores.

1.º Doctrinas comunes á la tutela y curaduría.—2.º Género de garantía que deben prestar los tutores ó curadores: su razon: cómo y con qué efectos se constituye.—3.º Qué tutores ó curadores tienen ó no el deber de prestar fianzas.—4.º De quiénes puede hacerse efectiva la responsabilidad de los tutores y curadores.—5.º Medios que se emplean para obtener la caucion del tutor ó curador.

1.º DOCTRINAS COMUNES Á LA TUTELA Y CURADURÍA.—En los títulos que preceden ha tratado Justiniano con separacion las doctrinas que son propias de la tutela y curaduría, dejando para los tres últimos del libro las que son comunes á las dos instituciones: 1.ª Garantía con que debe asegurarse el ejercicio del cargo. 2.ª Causas que impiden ejercerle ó autorizan para declinarle. 3.ª Motivos por los cuales procede la remocion como sospechoso. Vengamos á la primera, objeto del presente.

2.º GÉNERO DE GARANTÍA QUE DEBEN PRESTAR LOS TUTORES Ó CURADORES: SU RAZON: CÓMO Y CON QUÉ EFECTOS SE CONSTITUYE.

§ *inicial*. Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia à tutoribus curatoribusve con-

(1) D., XXVII, 3, 4, § 3; 13; id. 5, 1, § 7.—C. II, 49, 17 y V, 51, 7.

(2) D., XXVI, 7, 26, y XXVII, 3, 4, § 3; id. 4, 1, § 3; y 16, § 1.

(3) C. V, 37, 2 y 14.

(4) D., XXVII, 4, 1, § 2.

summantur, aut (1) deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent.

Para que no sufran menoscabo los intereses de las personas sometidas á la tutela ó curaduría, cuida el Pretor que los tutores y curadores *satisdent*. Tal es el principio general que copiado de Gayo (2) consignan las Instituciones al frente de este título. Era natural que el Estado procurase asegurar las resultas de una administracion que él organiza é impone á personas cuyo discernimiento no es completo; y toda vez que las leyes no habian establecido la obligacion de afianzar (3), el Pretor se encargó de llenar este vacío, imponiéndoles el deber que el texto indica.

Satisdare (*satis dare*), dice Gayo, es dar seguridades por medio de fiadores acerca de aquello que se nos pide; como *satisfacere* (*satis facere*) es llenar los deseos de alguno. Verdad es que tambien se denominaba *satisdatio* la simple promesa con la cual se daba por contento aquel á quien se debía la *satisdatio* (4) y la constitucion de la prenda ó hipoteca (5); pero las garantías exigidas por el Pretor debían darse precisamente por medio de fiadores, sin que bastára ofrecer prendas ni depositar sumas en dinero (6): únicamente se admitía que pudiesen consistir en prendas cuando se trataba de responsabilidades que tuvieran una extension determinada; v. gr., la de aportar á la herencia los bienes colacionables (7), circunstancia que no concurría en el caso presente, porque no era posible prever el daño que los tutores ó curadores podian ocasionar durante su prolongada administracion (8).

Debían constituir esta garantía los tutores y los curadores, bien se diesen éstos á púberos ó impúberos, furiosos, pródigos ó demas personas incapaces (9) y ora se les confiasen todos los bienes ó sólo negocios determinados (10).

Para constituirlos se estipulaba primeramente del tutor ó

(1) *C. vel.*

(2) I, 199.

(3) *I. st.* I, 20, § 3.

(4) D., L, 16, 61.

(5) D., XLVI, 3, 49.

(6) D., XLVI, 5, 7.

(7) D., XXXVII, 6, 1, § 9.

(8) Los romanos desconocieron las ingeniosas combinaciones modernas, mediante las cuales se hace posible reducir considerablemente los abusos de la administracion sin que el tutor ó curador cesen un momento en el ejercicio de su cargo.

(9) D., XLVI, 6, 4, § 8.

(10) D., XLVI, 6, 8.

curador, y despues de los fiadores *rem pupilli, vel adolescentis salvam fore*. Tratándose de un tutor, debía hacer la pregunta el pupilo, si era mayor de la infancia y estaba presente; faltando alguna de estas condiciones, un esclavo de su propiedad; si no tenía esclavo, debía comprársele; si no era fácil comprarle, un esclavo público; y en defecto de éste, el mismo magistrado (1). En caso de curaduría, preguntaba el menor, el pródigo ó una persona sometida á la potestad del incapaz, como un hijo de familia (2).

Cuando estipulaba personalmente el interesado ó individuo sujeto á su poder, adquiría una accion *directa* para reclamar el cumplimiento de la promesa (3); pero si lo hacía un esclavo público ó el magistrado, se le concedía una accion *útil* al efecto (4).

Antes de prestar fianza no podian administrar los tutores y curadores; y si lo verificaban, eran nulos sus actos *ipso jure*, á no tratarse de aquellos que no admiten dilacion (5).

3.º QUÉ TUTORES Y CURADORES TIENEN Ó NÓ EL DEBER DE PRESTAR FIANZAS.

§ inicial (*continuacion*). Sed hoc non est perpetuum. Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisfactione non onerantur. quia idonei electi sunt.

A continuacion de la regla general, segun la cual debían afianzar todos los tutores y curadores, inserta el párrafo dos excepciones, que comprenden la mayoría de los casos; en términos que la regla general viene á convertirse en excepcion. Veámoslo.

Testamentarios. Que éstos no pueden ser compelidos á dar caucion *certo certius est*, dice Ulpiano (6), aunque el nombramiento del padre tenga algun defecto que haga necesaria la confirmacion (7); porque su aptitud y demas circunstancias constan por la eleccion que de ellos ha hecho la persona más interesada y concedora de las necesidades del incapaz.

Legítimos. Todos ellos tienen obligacion de afianzar. No

(1) D., XXVII, 8, 1, § 15; y XLVI, 6, 2 y 3.

(2) D., XLVI, 6, 5.

(3) D., XLVI, 6, 6.

(4) D., XXVII, 8, 1, § 16.

(5) C. V. 42, 1, 3 y 5.

(6) D., XXVI, 2, 17, pr.

(7) D., XXVI, 3, 3.

se exceptuaban en absoluto ni áun los patronos encargados de sus libertos, si bien el Pretor podía relevarlos, atendidas las condiciones personales y la importancia de la tutela (1). No se guardaba esta deferencia con el patrono á quien el testador hubiera instituido bajo condicion de que manumitiese á un impúbero, y no había querido adir la herencia hasta ser compelido judicialmente (2).

Dativos. De entre éstos, los nombrados por magistrados mayores no afianzan *quia idonei electi sunt*, porque han sido elegidos prévia inquisicion: viceversa, los que segun el derecho novísimo eran nombrados por los magistrados municipales (pág. 169) debían prestar fianzas.

En resúmen: la obligacion de prestar fianzas se limitó á los legítimos y á los dados por magistrados municipales, quedando exentos de ella los testamentarios y los dados por magistrados superiores.

El sistema romano sobre esta materia respondia á deseos que no era fácil conciliar. Quería, por una parte, que la administracion de la tutela y curaduría estuviesen garantidas, y por otra, persistiendo en que el cargo habia de ser gratuito, no podia mostrarse demasiado exigente. Relevó en su consecuencia á todos los *testamentarios* para no privarse de la persona más conveniente al incapacitado. Fué inexorable con los *legítimos*; porque el parentesco no es suficiente garantía, y el tutor de esta clase podia ser fácilmente reemplazado por otro que nombrase el magistrado. Siendo, finalmente, los dativos el último recurso, se vió en la necesidad de suplir con la inquisicion la fianza cuantiosa y difícil de obtener cuando se trataba de administrar patrimonios considerables; y limitó su rigor á los encargados de fortunas poco importantes, ó sea, á los nombrados por magistrados municipales, porque no podían alegar imposibilidad de presentar fiadores para sumas limitadísimas.

Tales eran la regla general y sus excepciones: habia, sin embargo, casos de contra-excepcion en que los relevados de fianza se veían comprometidos en cierta manera á prestarla, mediante la *provocatio* de sus compañeros en el cargo, segun se consigna en el

§ 1. Sed et, si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori praeferi, ut solus adminis-

(1) D., XXVI, 4, 5, § 1. (2) D., XXVI, 5, 13, § 1.

tret, vel ut contutor satis offerens praepnatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore, vel concuratore suo; sed offerre debet, ut electionem det contutori (1) suo, utrum velit satis accipere, an satis dare. Quodsi nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet: ut edicto praetoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fieret (2).

Cuando alguno de ellos, nos dice Ulpiano, ofrecía *satisfatio*, para administrar sólo, debía ser oído, y el Pretor comunicaba á los demas la pretension. Si éstos se hallaban tambien dispuestos á dar fianzas, no podían ser excluidos de la administracion por la oferta de uno; sino que, completa la fianza por todos los que á ella se prestasen, todos ellos administraban, quedando de este modo seguro el que prefería *satis accipere* á tomar parte en la administracion (3). Este principio, sin embargo, no era inflexible, porque en su aplicacion quedaba suma latitud al magistrado. No siempre se prefería al que ofrecía fianzas, si las circunstancias personales eran desfavorables; ni siempre se privaba de la administracion á los que no las ofrecían, cuando sus cualidades personales les recomendaban (4); ni cuando muchos ofrecían caucion administraban todos ellos, ántes bien, debía preferirse al más idóneo, tomando en cuenta las condiciones de los tutores y de los fiadores (5); en suma, debía procederse con arreglo á las circunstancias de los que ofrecían fianzas y de los demas (6).

Aunque esta *provocatio* podía establecerse entre los varios testamentarios ó dativos (7), se admitía con dificultad entre los patronos; porque teniendo todos ellos derecho de sucesion al liberto impúbero, podía el patrono que administrase perjudicar á los restantes (8).

Por lo demás, nunca podía suscitarse por los que no fueran tutores. Cuando ninguno de ellos ofrecía fianzas, no podía un extraño pretender que ó los tutores afianzasen, ó él

(1) G. vel *concuratori*.

(2) *Vulgo fiat*.

(3) D., XXVI, 2, 17, pr.

(4) D., XXVI, 2, 17, § 1.

(5) D., XXVI, 2, 18.

(6) D., XXVI, 2, 17, § 2.

(7) D., XLVI, 6, 7.

(8) D., XXVI, 2, 19, § 1; y 3, 5, § 2 y siguientes.

ejergería la tutela prévia fianza ; porque ni debía confiarse la tutela al no llamado, ni compeler á los testamentarios contra derecho (1).

A quien debía confiarse la administracion cuando , siendo varios tutores , conviniera no dividirla, ya lo expusimos en el título XXI, núm. 8.

4.º DE QUIÉNES PUEDE HACERSE EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§ 2. Sciendum est autem, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione (2) teneri ; sed etiam in eos, qui satisfationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino à tutoribus vel curatoribus satisfare non curaverint (3), aut non idonee passi essent (4) caveri.

§ 4. Neque autem praefectus urbi, neque praetor, neque praeses provinciae, neque quis alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur ; sed hi tantummodo, qui satisfationem exigere solent.

Las personas sometidas á tutela ó curaduría pueden hacer efectiva la responsabilidad de su tutor ó curador, ora por accion *directa*, ora por accion *util*.

(A) *Accion directa* :

Prestada la caucion *rem salvam fore*, pueden dirigirse contra el tutor, curador, respectivos fiadores y sus herederos, reclamando el todo ya de los primeros ya de los segundos, ó dividir entre ellos la reclamacion (5), y sin que los fiadores de un mismo tutor gocen entre sí del beneficio de *division* que generalmente se concede á los obligados en tal concepto (6) ; pero si tendrán en su favor las mismas reclamaciones que al tutor correspondían (7). Se entiende que son fiadores, no sólo aquellos que se constituyeron tales mediante una estipulacion formal, sino tambien los que, propuestos por el tutor, consintieron, hallándose presentes, que sus nombres se consignáran en el acta (8). Eran asimismo responsables los que aseguraron la solvencia y aptitud del tutor, *adfirmato*-

(1) D., XXVI, 2, 19.

(2) C. *rerum*.

(3) C. *satisfari non curaverunt*.

(4) C. *sunt*.

(5) D., XLVI, 6, 4, § 2.— C. V, 47, 1.

(6) D., XLVI, 6, 12.

(7) D., XXVII, 7, 5.

(8) D., XXVII, 7, 4, § 3.

res (1) y los que le propusieron al magistrado, *postulatores* (2).

Son objeto de esta reclamacion no sólo la integridad del patrimonio, sino todas las responsabilidades que provengan de no haberse llenado las obligaciones impuestas á los tutores y curadores y para cuyo cumplimiento se da la accion *tutelar* (3). Así, puede pedirse contra los que administraron y sus fiadores los perjuicios de no haberse formado inventario (4) y los intereses por el tiempo transcurrido sin restituir los bienes al que estuvo en tutela ó curaduría (5). Mas no procede en los casos y para los objetos en que no se otorga la accion *tutelar* (6): por consecuencia, no puede entablarse contra el que no administró (7), ni para la responsabilidad en que haya incurrido el tutor desempeñando negocios despues de la pubertad del huérfano innecesariamente y por mera voluntad (8).

La accion que al efecto debe ejercitarse, la *ex stipulatu*, no puede ser deducida hasta despues de terminada la tutela, si se trata de un tutor (9); pero cuando es referente á un curador, puede entablarse siempre que ocurra un daño que deba repararse, aunque continúe la curaduría (10). Era cuestionable si procedia cuando el tutor había caido prisionero; porque en realidad, si bien había concluido la tutela, podía recuperarse; prevaleció, sin embargo, la afirmativa (11).

(B) *Accion útil.*

Por un Senadoconsulto del tiempo de Trajano se estableció subsidiariamente una accion *útil* contra los magistrados municipales, *tutorum nominatores*, para el caso en que, terminada la administracion, fueran insolventes los tutores y sus fiadores (12).

Sobre esta accion debemos examinar: á quién se concedía; contra quiénes procedía; cuándo podía ejercitarse; y qué podía reclamarse por ella.

Se *concedía* á los pupilos y á sus sucesores (13). Disputába-

- (1) D., XXVII, 7, 4, § 3.
- (2) D., XXVII, 7, 2.—C. V, 75, 4 y 5.
- (3) D., XXVI, 6, 9 y 11.
- (4) D., XXVI, 7, 32.
- (5) D., XXVII, 7, 3, y XLVI, 6, 10.
- (6) D., XLVI, 6, 4, § 6.
- (7) D., XLVI, 6, 4, § 3.
- (8) D., XXVI, 7, 46, § 4.
- (9) D., XLVI, 6, 1.
- (10) D., XXVII, 3, 16 y XLVI, 6, 4, § 4; y 16.
- (11) D., XLVI, 6, 4 § 5.
- (12) C. V, 75, 5.
- (13) D., XXVII, 8, 1, § 4.

se si podría utilizarla igualmente el cotutor que se viera obligado á pagar por no haberse exigido caucion á su compañero. En general se le denegaba, ya porque el Senadoconsulto había sido dado en auxilio del pupilo, ya porque el cotutor pudo exigir que caucionase su colega; pero si la falta de fianza no le era imputable, se le otorgaba la reclamacion (1).

Procedia:

(a) Contra los magistrados municipales: 1.º Si no proveyeron absolutamente de tutor ó curador á pesar de haber recibido el encargo para darlos. El magistrado respondía de los daños que resultasen al pupilo ó menor durante el tiempo que carecieron de tutor ó curador (2). 2.º Si dieron tutor idóneo, pero no le exigieron fianzas, ó aceptaron por fiador al que no era solvente; mas nó si ambos ofrecían garantía, aunque despues sufrieran quebranto los intereses del tutor ó fiador, porque el magistrado no debe responder al pupilo de los casos fortuitos (3). Por lo demás, no incumbe al pupilo la obligacion de probar que los fiadores eran insolventes cuando se constituyeron, sino que el magistrado debe acreditar la solvencia de aquéllos (4). 3.º Si resultan culpables por los informes que suministraron á los magistrados superiores acerca de los tutores é idoneidad de sus fiadores, ó en el nombramiento ó constitucion de fianza que se les encomendó (5); bien entendido que no declinan su responsabilidad por haber deferido á sus sucesores la dacion de tutor ó constitucion de la fianza (6).

Esta reclamacion no se entabla contra el *Orden de Decuriones*, sino contra los magistrados, los *Duumviros*; ni contra los fiadores de éstos, que garantizaban al Estado, pero no á los pupilos (7). Es de notar que aunque ellos hubieran acordado que sólo uno pudiera ser reconvenido, no obstaba para que procediese contra los dos, si bien debía ser demandado primeramente el que se convino á ello (8). Si ambos *Duumviros* eran solventes, podían obtener el beneficio de division (9): esta regla que en general consigna el Código, se halla modificada en las Pandectas, reconociendo el beneficio

(1) D., XXVII, 8, 2 y 3.

(2) D., XXVII, 8, 1, § 6.

(3) D., XXVII, 8, 1, § 11.

(4) D., XXVII, 8, 1, § 13.

(5) D., XXVI, 3, 5; y XXVII, 8, 1, § 2, 3, 5 y 8.

(6) D., XXVII, 8, 1, § 7.

(7) D., XXVII, 8, 1, pr.

(8) D., XXVII, 8, 1, § 9.

(9) C. V, 75, 3.

de division cuando eran responsables por culpa, pero no por dolo (1).

Para evitar confusion, debemos, por último, advertir que es demasiado absoluta la doctrina del texto segun la cual no puede intentarse esta accion contra ningun magistrado á que se hubiera otorgado el derecho de dar tutor. El principio es cierto tratándose de magistrados superiores, el Pretor ó Presidente, porque éstos daban comision de inquirir los bienes del tutor y de recibir la fianza á un subalterno, *Scriba*, que era el responsable (2); pero nó respecto á los magistrados municipales que últimamente pudieron dar tutor, si bien dentro de modesta esfera, como ya sabemos.

(b) Contra los herederos de los magistrados. Podía dudarse si el heredero del magistrado era responsable; ya porque no sucediéndole en el cargo, parece que no debía sucederle en las obligaciones contraidas mediante el ejercicio del mismo; ya porque la reclamacion contra el magistrado parecia tener el carácter de accion penal, que no se da contra los herederos. Prevalció sin embargo la afirmativa, pero solamente cuando el magistrado no exigió fiador, ó admitió al que notoriamente carecia de idoneidad (3): la razon era que no debía equipararse al heredero del magistrado ni con éste ni con el heredero del tutor. Así, el magistrado respondia de todo daño: el heredero del tutor, de la negligencia de su antecesor: y el heredero del magistrado, tan sólo del dolo ó de la culpa lata de su causante (4).

(c) Si el magistrado era hijo de familia, procedía contra su jefe doméstico solamente en cuanto alcanzase el peculio del hijo, aunque fuera *decurion* con voluntad de su padre (5).

Podia ejercitarse únicamente cuando faltaba toda otra accion, porque era subsidiaria. No tenia pues lugar: 1.º Cuando era posible hacer efectiva la responsabilidad ya de los tutores ó curadores, ya de los fiadores, ya de los herederos de cualquiera de ellos (6). 2.º Cuando habiendo descuidado exigir fianzas, el tutor era solvente el día en que se entablaba la accion *tutelae*, aunque despues dejase de serlo (7). 3.º Cuando podia pagar siquiera uno de los tutores obligados *in*

(1) D., XXVII, 8, 7.

(2) D., XXVII, 8, 1, § 1.

(3) D., XXVII, 8, 6.

(4) D., XXVII, 8, 4. — C. V, 75, 2.

(5) D., XXVII, 8, 1, § 17.

(6) C. V, 75, 4.

(7) D., XXVI, 7, 53, y XXVII, 8, 4, § 12.

solidum por la administracion , aunque ellos se la hubieran dividido por su propia autoridad (1).

Podia reclamarse en virtud de esta accion lo mismo que contra los tutores , porque tendia al mismo fin que la *directa tutelae* (2) ; se diferenciaba, sin embargo, de ésta en que el pupilo no tenía privilegio sobre los demas acreedores del magistrado (3).

5.º MEDIOS QUE SE EMPLEAN PARA OBTENER LA CAUCION DEL TUTOR Ó CURADOR.

§ 3. Quae quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperialibus et (4) in heredes eorum extenditur; quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coërceantur.

Las leyes autorizaron varios recursos con el fin de hacer efectiva la obligacion de afianzar :

1.º El magistrado empleará los medios más rigurosos para que el tutor acepte su cargo ; y si todavía se muestra contumaz, puede separarle como sospechoso (5). Verdad es que la remocion supone hallarse ya funcionando el tutor ; pero procede tambien cuando se conduce con dolo ó negligencia culpable (6).

2.º Podrá estrechársele á que preste fianza, tomándole prendas, como dice el texto.

3.º Se le removerá *sin infamia* cuando no cumpla este deber por falta de elementos ; y *con nota*, cuando dimane de fraude (7)

4.º Si el tutor es hijo de familias , y el padre no quiere dar caucion para libertarle por este medio de la tutela, se obliga al padre á desempeñar el cargo juntamente con el hijo (8).

(1) D., XXVII, 8, 5.

(2) D., XXVII, 8, 9.

(3) D., XXVII, 8, 1, § 14.

(4) C. *etiam*.

(5) C. v, 43, 3.

(6) D., XXVI, 10, 4, § 4.

(7) C. v, 42, 2.

(8) D., XXVII, 1, 45, § 17.

TÍTULO XXV.

De las excusas de los tutores ó curadores.

- 1.º Diferencia entre la excusa y la incapacidad.—2.º Motivos por los cuales exime la ley de la tutela y curaduría.—3.º Personas relevadas especialmente de la curaduría.—4.º Quiénes no necesitan excusarse.—5.º Quiénes no pueden alegar excusas.—6.º Plazo y forma en que deben hacerse valer las excusas : efectos de su alegacion.—7.º Circunstancias que constituyen incapacidad para ser tutor ó curador.

1.º DIFERENCIA ENTRE LA EXCUSA Y LA INCAPACIDAD. La tutela y la curaduría son un cargo que por regla general tienen derecho y á la vez obligacion de ejercer los designados legalmente al efecto. Como cargo público y de confianza especial, ni todos tienen aptitud para desempeñarle, ni todos ofrecen la necesaria garantía para su buen desempeño : de aquí, las *incapacidades*, ó sean, *las causas que legalmente impiden ejercer el cargo de tutor ó curador*. Como deber gravoso y que supone relaciones cordiales entre el protector y el protegido, la ley no puede prescindir de armonizar su cumplimiento con lo que exigen la equidad, los intereses públicos y la buena reputacion del nombrado; de aquí, las *excusas*, es decir, *los motivos justos en virtud de los cuales las personas que no tienen impedimento legal para ser tutores ó curadores pueden eximirse del cargo*.

Para simplificar esta materia, que las Instituciones exponen con bastante desórden, nos ocuparemos separadamente de las incapacidades y de las excusas, reduciendo unas y otras al menor número posible de conceptos, á fin de que puedan apreciarse y retenerse con más facilidad.

2.º MOTIVOS POR LOS CUALES EXIME LA LEY DE LA TUTELA Y CURADURÍA. Antiguamente, el desempeño de la tutela era sólo obligatorio para el tutor legítimo : el testamentario podía renunciar á ella, *abdicare* (1); y respecto del dativo, las leyes no habian establecido medios de coaccion (2) y podía libertarse proponiendo en su lugar á un pariente más próximo del pupilo hábil para el desempeño del cargo, *potiorem nominare* (3).

(1) ULPIANO, XI, 17. (2) *Inst.*, I, 20, § 3. (3) PAULO, II, 23 y 29.

Bajo el Imperio, la tutela y curaduría se consideran un cargo público, aunque no una magistratura (1); y personal (2), á cuyo desempeño puede obligarse (3) como al de los cargos municipales (4), pudiendo removerse como sospechoso al contumaz (5). Desde entónces comenzó á desenvolverse la doctrina de las excusas.

Varias son las clasificaciones que de las excusas presentan los autores. Denominanlas *perpetuas* ó *temporales* segun que eximen para siempre, ó sólo por cierto tiempo; *completas* ó *incompletas*, porque dispensen de toda la administracion ó de parte de ella solamente; unas sirven para *no aceptar* el cargo, y otras para *declinarle* aunque se esté ejerciendo; las hay que *deben* ser admitidas tan luego como se prueban, al paso que la admision de otras pende de la *apreciacion* del magistrado; es, por último, muy frecuente calificar de *excusas* necesarias á las *incapacidades* y de *excusas voluntarias* á las verdaderas *excusas*.

Veamos el motivo por el que la ley establece cada una de ellas.

(A) *Evitar un gravámen excesivo en el orden privado.*

1.º Los que tienen tres hijos en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias (6).

§ *inicial.* Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romae quisha-beat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, á tutela vel cura possunt (7) excusari, exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelae vel curae muneris excusationem prosunt; defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quaesitum est, an prosint? Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur: hi enim, quia pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

(1) D., XXVII, 1, 6, § 15.

(2) D., L, 4, 1, § 4; y 18, § 1.

(3) D., XXVII, 7, 1, pr.

(4) D., L, 4, 9.

(5) C. V, 43, 3.

(6) D., XXVII, 1, 2, § 2 y 5; id. id. 45, § 2.—C. V, 66 1.—Cabe dudarse que en tiempo de Justiniano fuera práctica esta distincion, cuando Roma ya no era la capital, é Italia se habia igualado con las provincias.

(7) C. *potest.*

Se entienden dados en Roma los nombrados por el Prefecto de la ciudad, por el Pretor, ó por testamento que se otorgue en Roma (1).

Compútanse únicamente los hijos legítimos nacidos y existentes al ser nombrado tutor, aunque no estén en potestad (2), como premio á la paternidad: por consecuencia, nó los adoptivos que se toman en consideracion para su padre natural (3); ni los que nazcan despues, por más que estuviesen ya concebidos (4); ni los que murieron ántes (5) á nó haber sucumbido en un combate (6), porque éstos *in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*, dice el texto.

Los nietos aprovechan para su respectivo abuelo paterno cuando ha muerto el padre; pero reputándose un solo individuo todos los de un mismo hijo (7).

Esta exención parece deber su origen á la ley *Julia y Papia*, segun el epígrafe de la ley 18 citada: servía sólo para declinar la tutela no recibida (8); y podía utilizarla el mismo padre para la tutela ó curaduría que le correspondiese sobre sus propios descendientes emancipados (9).

2.º *Los que en la actualidad desempeñan tres cargos de tutor ó curador* (10).

§ 5. Item tria onera tutelae non affectatae, vel curae praestant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurimum pupillorum tutela, vel cura eorumdem honorum, veluti fratrum, pro una computetur.

Se cuentan no sólo las que administran, sino tambien aquellas cuyo peligro corren; v. gr., aquella de la cual no se ha excusado, pudiendo hacerlo (11).

Aprovecha igualmente la que el padre ejerce sobre su mismo hijo emancipado (12).

Acumúlanse en beneficio de cada individuo de una misma familia todas las que administren el padre y los descendientes constituidos en su potestad, con tal que éstos las desem-

(1) D., XXVII, 1, 45, § 3.

(2) D., XXVII, 1, 2, § 3 y 4.

(3) D., L. 5, 2, § 2.

(4) D., XXVII, 1, 2, § 6.

(5) D., XXVII, 1, 2, § 4.

(6) D., XXVII, 1, 18.

(7) D., XXVII, 1, 2, § 7.—C. V, 66, 2.

(8) D., XXVII, 1, 2, § 8.

(9) D., XXVII, 1, 36, § 1.

(10) D., XXVII, 1, 2, § 9.

(11) D., XXVII, 1, 31.

(12) C., XXVII, 1, 15, § 16.

peñen por voluntad del Jefe y afecten su responsabilidad; porque, como dice Ulpiano, *tria onera in domo una esse sufficit* (1).

El número de cargos no se computa por el de las personas protegidas, sino por el de los patrimonios que han de administrarse con separacion (2); de manera que no sirve la tutela del pupilo que carece de bienes (3); ni bastan tres tutelas cuando son ligeras, ya por lo limitado del patrimonio (4), ya porque los huérfanos se hallen próximos á la pubertad (5). Viceversa, puede ser suficiente un solo cargo cuando su administracion es muy complicada ó trabajosa (6).

No se toma en consideracion la circunstancia de ser responsable subsidiariamente del cargo, como le sucede al magistrado que hizo el nombramiento, á los fiadores del tutor ó curador y á los tutores honorarios (7); ni la de hallarse sin rendir las cuentas, una vez terminada la administracion; ni la de que, uniendo el número de hijos y el de cargos, lleguen á tres (8).

El que ejerce menor número de tutelas ó curadurías, debe aceptar las restantes hasta completarle por el orden con que se le defieran; y si la delacion fuera simultánea, las que le designe el magistrado (9).

Por último, si habiéndose excusado de la tercera, y ántes de ser resuelta la excusa, fuese llamado á una cuarta, queda ésta en suspenso hasta que se decrete sobre la tercera (10).

3.º *Los que viven distantes del lugar donde ha de administrarse.*

Se hallan en este caso los relegados, durante el tiempo de su destierro (11); los que no tienen su domicilio en el lugar donde debe ejercerse el cargo (12) ó se trasladan con permiso del emperador (13).

Tambien pueden excusarse de administrar los bienes sitos en distinta provincia (14), á pesar de que, en principio, el tu-

(1) D., XXVII, 1, 4, § 1; id. id. 5.

(2) D., XXVII, 1, 3.

(3) D., XXVII, 1, 31, § 3.

(4) D., XXVII, 1, 15, § 15.

(5) D., XXVII, 1, 17.

(6) D., XXVII, 1, 31, § 4.

(7) D., XXVII, 1, 15, § 9.

(8) C. V, 69, un.

(9) D., XXVII, 1, 6, pr.; id. id. 31.

(10) D., XXVII, 1, 1, pr.

(11) D., XXVII, 1, 28, § 2; id. id. 29.

(12) D., XXVII, 1, 46, § 2.

(13) D., XXVII, 1, 42, § 1.

(14) D., XXVII, 1, 10, § 4; id. id., 21, § 2.—C. V, 62, 2.

tor se da para todo el patrimonio. A esta clase de excusa se refiere sin duda Justiniano, aunque extractó incompletamente el texto de su original, cuando nos dice en el

§ 17. Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.

(B) *Consideracion hácia los que prestan ó han prestado servicios públicos.*

1.º *Ciertos funcionarios públicos á que aluden los*

§ 1. Item divus Marcus in semenstribus rescipit, eum, qui res fisci administrat, à tutela vel cura, quandiu administrat, excusari posse.

§ 3. Et qui potestatem aliquam habent, excusare se possunt, ut divus Marcus rescipit, sed coeptam tutelam deserere non possunt.

Pertenecían á esta clase : los administradores del patrimonio del príncipe ó del fisco, como dice el texto, durante su administración (1); los recaudadores de tributos, mientras lo eran (2); los magistrados de las ciudades, nó los ediles (3), que podían declinar una nueva tutela, pero no abandonar la que ya ejercían cuando fueron elegidos magistrados (4); las personas á quienes el príncipe hubiera encomendado algun negocio (5); y los jurisconsultos elevados al Consejo del emperador (6).

2.º *Los ausentes por causa de la república.*

§ 2. Item qui reipublicae causa absunt, à tutela et (7) cura excusantur. Sed et, si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicae causa abesse coeperunt, à tutela et cura excusantur, quatenus reipublicae causa absunt, et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelae, nec (8) anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum rescipit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.

Se comprenden bajo esta denominacion todos los que se ausentan con motivo de cualquier servicio público. Pueden excusarse de aceptar toda tutela ó curaduría nueva mientras dure su ausencia y un año continuo, no útil, despues de la vuelta, siempre que regresen directamente á su domicilio;

(1) D., XXVII, 1, 41, pr.

(2) C. V, 62, 10.

(3) D., XXVII, 1, 6, § 6; id. id., 17, § 4; id. id., 41, § 1.

(4) D., XXVII, 1, 17, § 5.

(5) D., XXVII, 1, 22, § 1.

(6) D., XXVII, 1, 30, pr.—C. V, 62, 25.

(7) C. vel.

(8) C. nam nec.

pero de la que hubieran comenzado á ejercer ántes de ausentarse, deben encargarse tan pronto como regresan (1).

3.º *Los consagrados á determinadas ciencias y profesiones.*

§ 15. Item Romae grammatici, rhetores, et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, à tutela vel cura habent vacationem.

Disfrutaban de esta exencion los gramáticos, filósofos, retóricos y médicos que ejercían en su patria, con aprobacion de la autoridad, y pertenecían al número señalado para cada ciudad, segun su importancia, y los profesores de Derecho de la capital (2). Tambien disfrutaban de ella los dedicados á ciertas industrias; como los panaderos, etc. (3).

4.º *Los veteranos.* En general, sólo tenían obligacion de aceptar, pasado el primer año de su retiro, una sola curaduría de sus compañeros ó una tutela de los hijos de los mismos, nó de los nietos. Esta exencion únicamente se otorgaba á los que habían recibido licencia honrosa, y duraba más ó ménos tiempo segun los años y la clase en que hubieran servido (4).

(C) *Estado de relaciones entre la familia del nombrado y la del huérfano.*

De tres situaciones se ocupa el Emperador: que la familia del huérfano sea desconocida de la del tutor ó curador; que sean enemigas; y que medie pleito entre ellas.

Tratándose de cumplir un deber, nó hijo de la gratitud, sino impuesto por el Estado, de nada puede servir alegar para excusarse que no se conocía al padre de aquél cuya proteccion se nos encarga (5). Así dice el

§ 10. Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.

Cuando, sobre faltar buenas relaciones, existe enemistad *capital* con el pupilo ó sus ascendientes, puede excusarse el tutor ó curador; y, si no lo hace, rechazarle prudencialmente el magistrado: de manera que esta circunstancia es á la vez una excusa y una incapacidad. No se aprecia la enemistad cuando ha mediado reconciliacion, v. gr., si el padre nombra tutor á su enemigo en un testamento posterior, á no

(1) D., XXVII, 1, 10, pr. y § 1 y 2.—C. V, 64, 1 y 2.

(2) D., XXVII, 1, 6, § 1 al 12.

(3) D., XXVII, 1, 46.

(4) D., XXVII, 1, 8 y 9.—C. V, 65, 1 y 2.

(5) D., XXVII, 1, 15, § 14.

ser que el nombramiento tuviera precisamente por objeto molestar al elegido (1). Tal es la doctrina de los

§ 11. *Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, à tutela vel cura solent excusari* (2).

§ 9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, ipsum hoc praestat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam patri pupillorum administraturos promiserunt.*

Por último, respecto á las cuestiones judiciales con el pupilo ó sus allegados, no excusa desde luego la mera probabilidad de que pueda suscitarse pleito, bien efecto de una tutela ejercida anteriormente en la misma familia (3), bien porque haya de partirse un caudal comun entre el tutor y el pupilo (4). Los pleitos efectivos tampoco sirven de excusa por regla general; pero cuando versan acerca de todo ó la mayor parte del patrimonio de los contendientes ó de su estado jurídico, y no se promueven maliciosamente para eludir el cargo, constituyen no sólo excusa sino incapacidad, á juicio del magistrado (5). En este sentido debemos entender los

§ 4. *Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare se nemo* (6) *potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.*

§ 12. *Item, si quis* (7) *status controversiam à pupillorum patre passus est excusatur à tutela.*

(D)—*Circunstancias personales del tutor ó curador.*

1.^a *Pobreza.*

§ 6. *Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri inuncto possit docere.*

Solía excusarse de la tutela y curaduría á los individuos de escasa fortuna cuando acreditaban que no podían ejercerlas sin desatender las ocupaciones que constituían su medio único de subsistencia (8). En este concepto podían excusarse

(1) D., XXVI, 10, 2, § 12; y XXVII, 1, 6, § 17.

(2) C. *excusare*.

(3) C. V, 62, 19.

(4) C. V, 62, 21.

(5) D., XXVII, 1, 6, § 18; id. id., 20 y 21.—C. V, 62, 16 y 23.

(6) C. *se non potest*.

(7) C. *qui*.

(8) D., XXVII, 1, 6, § 19; id. id., 7 y 40, § 1.

señaladamente los miembros de ciertas corporaciones de artesanos, medidores, etc., mientras no aumentasen de fortuna hasta el punto de serles obligatorios los cargos públicos (1). Todo lo cual significaba que al magistrado correspondía graduar la importancia de la excusa.

2.ª *Enfermedad ó impedimento físico.*

§ 7. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis superesse (2) potest, excusatio locum habet.

No toda falta de salud ó de integridad corporal produce los mismos efectos legales.

El ciego, sordo, mudo, el que adolece de una enfermedad perpetua y el furioso tienen incapacidad de ser tutores ó curadores (3), bien se les defiera el cargo nuevamente, bien estuvieran ya desempeñándole (4). Para reemplazar á los cuatro primeros se nombraban otros tutores (5); y para sustituir al furioso, un curador interino, debiendo ejercer el cargo cuando sanase (6).

Por el contrario, la enfermedad temporal constituye sólo excusa ya para recibir un cargo nuevo, ya para continuar en el recibido (7); pero únicamente cuando impide que el nombrado cuide sus propios negocios (8). En tal caso, se nombra un curador hasta el restablecimiento del enfermo que vuelve á encargarse (9).

La pérdida de un miembro no incapacita ni sirve de excusa (10).

3.ª *Escasa instrucción.*

§ 8. Similiter eum, qui litteras nesciret, excusandum esse, divus Pius rescripsit; quamvis et imperiti litterarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere.

A pesar de lo absoluto del texto, la Constitucion que cita solamente exime por falta de instrucción al tutor ó curador que desconoce los asuntos cuyo desempeño va á confiársele,

(1) D., XXVII, 1, 17, § 2; id. id., 26.

(2) C. *interesse*.

(3) D., XXVI, 1, 1, § 2 y 3; id. 4, 10, § 1.—C. V. 67, un.

(4) D., XXVII, 1, 40, pr.

(5) D., XXVI, 1, 17.

(6) D., XXVII, 1, 10, § 8; id. id., 12, pr.

(7) D., XXVII, 1, 11.

(8) D., XXVII, 1, 10, § 8.

(9) D., XXVII, 1, 10, § 8.

(10) D., XXVII, 1, 15, pr.—C. V. 62, 1 y 9.

sin que le baste alegar que no sabe leer ni escribir (1). Queda la apreciación de esta circunstancia, como la de las anteriores, al prudente juicio del magistrado.

4.^a *Edad*. Pueden eximirse: los que han cumplido setenta años ántes de que se les defiera la tutela ó curaduría, no despues, aunque sea dentro del plazo concedido para alegar las excusas (2): edad que se acredita por documentos ú otras pruebas legales (3).

3.^o PERSONAS RELEVADAS ESPECIALMENTE DE LA CURADURÍA.

§ 18. Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur, in tantum, ut, licet pater (4), qui testamentum tutorem dederit (5), adjecit (6), se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus et Antoninus rescripserunt.

§ 19. Idem rescripserunt, maritum uxori suae curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.

Aunque las Instituciones equiparan ambos casos, son muy distintos.

Al que ha desempeñado la tutela, no puede obligársele contra su voluntad á ser curador de la misma persona cuando ésta llega á la pubertad (7); es pues una verdadera excusa que podrá utilizar dentro del plazo legal contado, no desde que se le nombró á la vez tutor y curador, sino desde que, habiendo cumplido el huérfano la pubertad, quiera obligársele á ejercer la curaduría (8).

Viceversa, el marido tiene absoluta incapacidad para ser curador de su mujer (9); lo mismo que el esposo respecto de aquella con quien ha celebrado esponsales (10), y el suegro respecto de la nuera (11).

4.^o QUIÉNES NO NECESITAN EXCUSARSE.

1.^o La madre y la abuela, para quienes el cargo es un derecho, pero no una imposición; si bien deben pedir que se nombre tutor, como sabemos (12).

(1) D., XXVII, 1, 6, § 19.

(2) D., XXVII, 1, 2, pr.—C. V, 68, un.

(3) D., XXVII, 1, 2, § 1.

(4) C. *paterfamilias*.

(5) C. *dedu*.

(6) C. *adjecerat*.

(7) C. V, 62, 20.

(8) D., XXVII, 1, 16.

(9) D., XXVII, 10, 14.—C. V, 34, 2.

(10) D., XXVII, 1, 1, § 5.

(11) C. V, 62, 17.

(12) Nov., XCIV, cap. 1; y CXVIII, cap. 5.

2.º Aquéllos cuyo nombramiento es ilegal, ya por parte de la persona que lo hizo, ya del nombrado, ya de aquél para quien se nombró, ya de la manera de nombrar. Tanto éstos como sus herederos no necesitan alegar las excusas que tengan, ni obtener del magistrado un decreto que declare la improcedencia del nombramiento; y permanecen irresponsables mientras no se mezclen en la administración, ó el magistrado no confirme el nombramiento defectuoso (1).

5.º QUIÉNES NO PUEDEN ALEGAR EXCUSAS. Pueden, por regla general, eximirse del cargo, cuando tienen excusa legítima, no solamente las personas extrañas al huérfano, sino los parientes por inmediatos que sean (2); pero no las siguientes:

1.º El liberto, de la tutela ó curaduría de los hijos del patrono ó patrona, ni de ser curador despues de haber sido tutor de los mismos (3); con tal que pueda corresponderles el derecho de patronato (4) y cualquiera que sea su número (5) mientras tenga aptitud para el desempeño (6); pero no le es obligatoria la tutela de otros libertos del mismo patrono (7).

2.º El que ha prometido al padre desempeñar el cargo (8), segun se consigna en el § 9.

3.º El que aceptó lo que le había dejado en su última voluntad la persona que le nombró (9).

4.º El que ha tomado ya parte en la administración (10).

5.º El que se nombró á sí mismo tutor en el testamento del padre, por más que en general sea reputado sospechoso (11).

6.º El que no tiene por lo ménos una excusa que reuna todas las condiciones exigidas por la ley, aunque pretenda acumular varios motivos, cada uno de los cuales sea insuficiente; v. gr., tener sesenta años y á la vez dos tutelas y dos hijos (12).

(1) D., XXVII, 1, 43, § 12; id. 7, 8, pr.

(2) D., XXVII, 1, 30, § 2.

(3) D., d. XXX, 1, 14. — C. V, 62, 5.

(4) D., XXVI, 5, 14.

(5) D., XXVII, 1, 14, § 4.

(6) D., XXVII, 1, 45, § 4.

(7) D., XXVII, 1, 30, § 3.

(8) D., XXVII, 1, 15, § 1.

(9) D., XXXIV, 9, 5, § 2.

(10) C. V, 63, 2.

(11) D., XLVIII, 10, 18, § 1.

(12) D., XXVII, 1, 15, § 11 — C. V, 69, un. — D., XXXVII, 1, 12, § 12.

6.º PLAZO Y FORMA EN QUE DEBEN HACERSE VALER LAS EXCUSAS: EFECTOS DE SU ALEGACION.

§ 16. Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur.

Qui autem excusare se volunt, non appellantur, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo (1) cognoverunt; excusare se debent (cujuscumque generis sunt; id est, qualitercumque dati fuerint tutores), si intra centensimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centensimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.

§ 20. Siquis autem falsis allegationibus excusationem tutelae meruit, non est liberatus onere tutelae.

En estos dos párrafos se indican el término que la ley concede para alegar las excusas, el orden que debe seguirse y los resultados que producen: completaremos breve y separadamente su doctrina.

(A) *Término.*

Copiando á Modestino (2), dice el texto que se conceden cincuenta dias continuos para excusarse, cuando el tutor ó curador habitan dentro del radio de cien millas del lugar donde han sido nombrados; y si á mayor distancia, treinta dias y un dia además por cada veinte millas. Pero como de aquí resultase que á los más distantes se les concedia menor plazo, añade que en todo caso deben otorgarse cincuenta dias. Segun esto, dirémos sencillamente que hasta la distancia de cuatrocientas millas tienen cincuenta dias; y fuera de este radio, se aumentan á los cincuenta dias uno más por cada cien millas.

Este plazo comienza á contarse desde que se conoce el testamento ó el decreto en que se nombró (3); y si el testamento necesita confirmacion, se cuenta desde ésta, nó desde que fué conocido aquél (4). No corre contra el impedido legitimamente (5).

Pasado el término, ya no se admite excusa para libertarse del cargo: pero puede pedirse que se nombren adjuntos para

(1) Vulgo, *se tutores datos.*

(2) D., XXVII, 1, 13, § 1, 2 y 3.

(3) D., XXVII, 1, 13, § 9.—C. V, 62, 6.

(4) D., XXVII, 1, 16.

(5) D., XXVII, 1, 13, § 7; id. id. 39.

auxiliar en la administracion cuando es muy extensa (1).

(B) *Orden.*

El que desea excusarse, no puede comenzar apelando de su nombramiento, como en los demas cargos, sino que debe proponer las excusas, y apelar si no fuesen admitidas (2).

Si una excusa fuese desechada, puede alegar sucesivamente las que tenga, miétras no haya transcurrido el plazo marcado ó mezcládose en la administracion (3).

Para probar las excusas y decidir sobre ellas, se concede el término de cuatro meses continuos á contar desde el dia del nombramiento (4).

El decreto que recae desechando la excusa es ejecutorio, si no se apela de él (5).

Interpuesta la apelacion, debe sustanciarse, aunque durante ella cumplan los huérfanos la edad en que ya no necesitan de tutor ó curador, para saber si el peligro de la administracion es ó nó á cargo del recurrente (6).

(C) *Resultados.*

Cuando se declara bastante la excusa aducida y es verdadera, el reclamante queda libre del cargo y del peligro de la administracion (7). En el caso de que hubiera sido nombrado para varios huérfanos cuyo patrimonio fuese distinto, y la excusa admitida se refiriera á uno de ellos, sólo se libertará con respecto á éste (8).

Si la excusa admitida fuera falsa, el decreto de su admision queda insubsistente; y el que se excusó continúa responsable por no haber administrado, segun nos dice el § 20.

La alegacion y aprobacion de una excusa no sirve para otra tutela ó curaduría que se defiera posteriormente: es necesario alegarla de nuevo (9).

El tutor ó curador que se excusan, pierden lo que en el testamento se hubiera dejado como remuneracion, bien á ellos mismos, bien á sus hijos, porque se estima en contemplacion al padre (10). Tratábase de distinguir para este efecto si el legado se había hecho ó no independiente del nombramiento;

(1) C. V, 62, 44.

(2) D., XXVII, 1, 13, pr.; XLIX, 4, 1, § 1 y 2.—C. V. 62, 43.

(3) D., XXVII, 1, 21, § 1.—C. V, 63, 2.

(4) D., XXVII, 1, 38.

(5) C. V, 62, 3 y 6.

(6) C. V, 62, 15.

(7) C. V, 62, 22.

(8) D., XXVII, 2, 25.

(9) D., XXVII, 1, 15, § 13.

(10) D., XXVI, 2, 28 y XXVII, 1, 23.

pero Paulo rechaza esta distincion, y sólo admite que el nombrado adquiera la liberalidad del difunto cuando éste consiguiera terminantemente su voluntad de dar el legado aunque no aceptase el cargo (1). No tiene aplicacion la doctrina expresada en el caso de que el padre nombra á uno de sus hijos coheredero y tutor de su hermano impúbero; porque entónces le defiere la herencia, nó como hermano del pupilo, sino como hijo del testador (2).

Esta pena se extiende áun al designado en testamento imperfecto que necesita confirmacion (3); pero nó al que nombra el magistrado (4).

Los únicos derechos que conservan el tutor ó curador que se excusan son al legado que se les deje con encargo de restituir á un tercero, porque no es en su provecho (5) y á la sustitucion pupilar del huérfano, porque á ella no se entiende llamado en consideracion á la tutela, supuesto que, llegado el caso de la sustitucion, concluiría la tutela aunque la hubiera aceptado (6).

7.º CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTITUYEN INCAPACIDAD PARA SER TUTOR Ó CURADOR.

(A) *Falta de aptitud legal ó natural para ejercer un cargo público:*

1.º Los *esclavos* (7); pero pueden ser nombrados en testamento, segun dijimos.

2.º Los *extranjeros*, ni áun en virtud de testamento (8).

3.º Las *mujeres* (9), ni por última voluntad (10), á no ser que obtuvieran del príncipe la tutela de sus hijos (11). Más tarde se les concedió á falta de testamentarios y legítimos, con tal que renunciáran á segundas nupcias (12). Por último, fueron llamadas la madre y abuela con preferencia á todos los legítimos, renunciando á segundas nupcias y á los beneficios del Senadoconsulto Velejano (13).

4.º Los *menores de veinticinco años*. Antiguamente era tu-

(1) D., XXVII, 1, 32 y 33.

(2) D., XXVII, 1, 23, § 1.

(3) D., XXVII, 1, 32.

(4) D., XXVII, 1, 34.

(5) D., XXVII, 1, 27.

(6) D., XXVII, 1, 36.

(7) C. V, 34, 7.

(8) GAYO, I, 23. — ULPIANO, XI, 16.

(9) D., XXVI, 1, 16; y L, 17, 73.

(10) D., XXVI, 2, 26, pr.

(11) D., XXVI, 1, 18.

(12) C. V, 35, 2; VI, 56, 6; y VIII, 15, 6.

(13) Nov. XXII, cap. 38 y 40; XCIV, cap. 2; CXVIII, cap. 5; y CLV.

tor hasta el impúbero, dándose un curador interino mientras llegaba á los catorce años (1); desde esta edad hasta la mayoría, podía excusarse (2). Justiniano declara incapaz á todo menor de veinticinco años en el § 13 de este título (3), si bien puede ser nombrado en testamento, como sabemos, aunque no ejercerá durante su minoría.

La cualidad de hijo de familias no era impedimento (4).

5.º Los *furiosos, sordos, mudos, ciegos* y los que padecen una *enfermedad perpetua* en los términos que expusimos al tratar de las excusas (5).

(B) *Incompatibilidad con el estado ó la profesion del tutor ó curador.*

1.º Los *obispos y monjes*. Los presbíteros, diáconos y subdiáconos podían ejercer la tutela ó curaduría legitima siempre que declarasen su voluntad dentro de los cuatro primeros meses desde que les era deferida (6).

2.º Los *militares* (7); por eso dice *nec volens* el

§ 14. Item et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelae munus (8) admittatur.

Podían sin embargo serlo de sus compañeros de armas (9).

(C) *Desconfianza en el buen desempeño.*

1.º Los que tengan enemistad ó pleito con el huérfano, como expusimos anteriormente.

2.º Los acreedores ó deudores del huérfano para evitar que pudieran hacer desaparecer los medios de prueba ó de defensa. Si durante el ejercicio se hacía deudor ó acreedor, se le nombraba un adjunto. Si no declaraba el crédito al encargarse de la tutela ó curaduría, le perdía (10). Esta prohibición no era extensiva á las madres, bien fueran acreedoras ó deudoras de los hijos cuya tutela les correspondía (11).

(1) GAYO, I, 479.—D., XXVII, 1, 10, § 7; y 3, 9, § 1.

(2) *Fragmentos Vaticanos*, § 151 y 223

(3) C. V, 30, 5.

(4) D., XXVI, 1, 7; y 7, 21.

(5) Nada dicen expresamente las leyes acerca del *prodigo*, pero debe considerarse incapaz; pues se niega el derecho de ser tutores ó curadores á los menores de veinticinco años, porque ellos mismos necesitan curador: ahora bien, el *prodigo* se halla en el mismo caso.

(6) Nov. CXXXIII, cap. 5.

(7) C. V, 34, 4; y VI, 37, 8.

(8) C. *deest sub.*

(9) D., XXVII, 1, 23, § 1.

(10) Nov. LXXII, cap. 1 al 4.

(11) Nov. XCIV, cap. 1.

3.º El marido y el que hubiera contraído esponsales, según hemos ya dicho.

4.º Aquellos á quienes lo hubieran prohibido los ascendientes del huérfano (1).

5.º Los que manifestasen empeño de ingerirse en el cargo (2).

Antiguamente, el hijo no podía ser curador de su padre ó madre furiosos ó pródigos, porque parecía indecoroso que un padre fuera regido por su hijo; más tarde se prefirió á cualquiera otra persona extraña, fundándose en que, si es desigual la autoridad, debe ser igual la piedad entre ascendientes y descendientes (3).

TÍTULO XXVI.

De los tutores ó curadores sospechosos.

1.º Origen, naturaleza y necesidad de la acusacion de sospechoso.—**2.º** Qué magistrados tienen facultad para destituir.—**3.º** Qué clase de tutores ó curadores pueden ser acusados.—**4.º** Quiénes pueden acusar.—**5.º** Quiénes se reputan sospechosos por regla general: declaraciones especiales.—**6.º** Efectos de la acusacion.—**7.º** Cuándo se extingue la acusacion.

1.º ORIGEN, NATURALEZA Y NECESIDAD DE LA ACUSACION DE SOSPECHOSO.

§ inicial. Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim Tabularum descendere.

Formando las primitivas gentes otros tantos Estados constituidos, dispensaban á sus miembros, en beneficio de los intereses comunes, la proteccion que necesitaban en todas ocasiones. Así, para nosotros la historia de la acusacion de sospechoso es la misma que la trazada por Ulpiano acerca de la curaduría del pródigo: tuvo, como ella, y por idénticas razones históricas, su origen en las costumbres; su sancion, en las XII Tablas; y su desenvolvimiento, en la jurisprudencia (pág. 203). Por eso, el texto, las Pandectas y los escritores

(1) D., XXVI, 5, 21, § 2.—C. V, 47, un.

(2) D., XXVI, 5, 21, § 6.

(3) D., XXVI, 5, 12, § 1; XXVII, 10, 1, 2 y 4.

atribuyen el origen de esta persecucion á la ley decemviral (1).

No se trata de una accion que tenga por objeto pedir el castigo del tutor ó curador criminal. La palabra *crimen* se usa frecuentemente para significar *acusacion, imputacion*; y en este sentido se emplea tratándose de los tutores ó curadores, á quienes se demanda, no sólo cuando han delinquido de hecho en el ejercicio de su cargo, sino tambien cuando sus circunstancias hacen temer fundadamente que su gestion no será benéfica para el huérfano. Es, pues, de naturaleza civil, y tiene por objeto la destitucion del tutor ó curador que no administra ó de quien se recela que no administrará provechosamente; por más que de ella puede resultar otra reclamacion criminal si los demandados cometieron realmente abusos punibles.

Si un padre de familias medianamente solícito no abandona el cuidado de sus hijos y fortuna en manos del hombre que le inspira desconfianza, el Estado faltaría á un sagrado deber si se condujera de otro modo respecto á los tutores y curadores que él mismo constituye para fiarles la suerte de personas sin amparo ni discrecion bastante. Continua debió ser la intervencion del Estado sobre esta materia en Roma, cuando el titulo del Digesto empieza con las siguientes palabras de Ulpiano: *Haec clausula et frequens et pernecessaria est; quotidie enim suspecti tutores postulantur* (2).

2.º QUÉ MAGISTRADOS TIENEN FACULTAD PARA DESTITUIR.

§ 1. Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romae praetori, et in provinciis praesidibus earum et legato proconsulis.

La remocion por sospechoso correspondía á los magistrados superiores en virtud de jurisdiccion propia; y en su consecuencia podian delegarla: no era como el nombramiento de tutores y curadores, que habia sido conferido á determinados magistrados por leyes especiales y no admitia delegacion. De aquí resulta que en Roma conocia el Pretor ó la persona en quien hubiere delegado su jurisdiccion; y en provincias, el Presidente ó el Legado del Procónsul (3).

3.º QUÉ CLASE DE TUTORES Ó CURADORES PUEDEN SER ACUSADOS.

- (1) D., XXVI, 10, 1, § 2.—Cic. *De officiis*, III, 15.
- (2) D., XXVI, 10, 1, pr.
- (3) D., XXVI, 10, 1, § 4.

§ 2. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possunt (1). Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint (2), sive alterius generis tutores. Quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famae patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

Pueden ser acusados todos los tutores ó curadores, incluso los legítimos y el patrono, para quienes el desempeño del cargo constituía un derecho especial (3); si bien á los parientes del huérfano y á los patronos se les agregaba ordinariamente un curador para evitar la nota desfavorable que lleva consigo la remoción (4). Y no sólo podía acusarse al curador de un menor, sino también al del furioso, del pródigo y del viente (5).

No impedía la acusación la circunstancia de que el tutor ó curador hubiese dado fianza ó estuviera pronto á darla (6): porque la fianza no cambia el malévolo propósito del tutor, ántes bien daría ocasión para que se perjudicasen más los intereses del pupilo (7).

4.º QUIÉNES PUEDEN ACUSAR.

§ 3. Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur, ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hae solae, quae, pietatis necessitudine (8) ductae, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt, potest et soror; sed et, si qua mulier fuerit, cujus praetor propensam pietatem (9) intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productae (10) non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

§ 4. Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.

No tratándose de perseguir un crimen, la acusación de sospechoso no podía corresponder á la clase de *publicas*; pero

- (1) *Possint, ut nunc*.
- (2) *C. addit: sive non sed alterius.*
- (3) *D., XXVI, 10, 1, § 5. — C. V, 43, 4.*
- (4) *D., XXVI, 10, 9.*
- (5) *D., XXVI, 10, 3, § 2 y 3.*
- (6) *D., XXVI, 10, 5.*
- (7) *D., XXVI, 10, 6.*
- (8) *Vulgo pietate necessitudinis.*
- (9) *C. Propensam.*
- (10) *C. Productam.*

como la tutela y curaduría son de interés general, fué calificada de *cuasi pública*, porque se concedió á todos por regla general (1), si se exceptúan los impúberos que no pueden acusar á sus tutores; pero si los menores de edad á los curadores con el acuerdo de sus parientes (2).

De las restantes personas, unas tienen derecho y otras obligación de acusar.

Tienen derecho de acusar todos los ciudadanos, varones, mayores de edad. También se permitió como excepción á las mujeres cuando á ello las impulsáran motivos de piedad; así, se admitía la acusación de la madre, abuela, nodriza, hermana del huérfano y de cualquiera otra movida de los mismos sentimientos, y que no traspasára el pudor de su sexo (3).

Sobre ejercer un derecho, daban una prueba de gratitud en su acusación los libertos del pupilo; pero si la tutela era desempeñada por su patrono, no se admitía, para evitar que en la discusión se faltase á las debidas consideraciones (4).

Era obligatoria la acusación para el cótutor, bien su compañero permaneciese tutor, bien hubiera dejado de serlo; y hasta el ya removido podía acusar á sus colegas (5).

Finalmente, el magistrado debía proceder de oficio á la separación del tutor ó curador cuando notoriamente existían justos motivos que lo reclamasen (6).

5.º QUIÉNES SE REPUTAN SOSPECHOSOS POR REGLA GENERAL: DECLARACIONES ESPECIALES.

§ 5. *Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est* (7), ut Julianus quoque rescripsit. Sed et ante, quam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus rescripsit (8), et secundum eum constitutum est.

§ 9. Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et, quae mora deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non praestat alimenta

§ 10. Sed si quis praesens negat, propter inopiam alimenta

(1) D., XXVI, 10, 1 § 6.—C. v., 43, 6.

(2) D., XXVI, 10, 7, pr.—C. v., 43, 6.

(3) D., XXVI, 10, 1, § 7.

(4) D., XXVI, 10, 3, § 1.

(5) D., XXVI, 7, 3, § 2; id. id. 14; id. 10, 3, pr.—C. v., 43, 8; id. 52, 2.

(6) D., XXVI, 10, 3, § 4.

(7) C. *tit.*

(8) Vulgo *scripsi*.

non posse decerni (1), si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad praefectum urbis puniendum placuit, sicut ille remittitur, qui, data pecunia, ministerium tutelae (2) redemerit.

§ 11. Libertus quoque, si fraudulenter gessisse tutelam filiorum vel nepotum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus.

§ 12. Novissime sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiam, si satis offerant, removendos à tutela: quia satisfactio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat.

§ 13. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit; enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

Resumirémos ordenadamente y completarémos la doctrina de estos párrafos.

El simíl que al principiár el título hemos presentado nos da á conocer los casos en que procede la separacion de los tutores y curadores. Un padre cuidadoso no confia sus negocios al hombre de malos antecedentes; tolera á su administrador ligeras faltas; y le destituye apénas observa en él acciones ú omisiones vituperables. De la propia manera el Estado rechaza como sospechosas ántes de coménzar á ejercer la tutela ó curaduría, y, despues de haber comenzado, separa á las personas que no le inspiran confianza. Ahora bien, si no pueden marcarse todos los motivos por los cuales el dueño ó no conferirá ó retirará los poderes, tampoco las leyes pueden establecer de antemano y taxativamente las causas por las cuales deben rehusarse los servicios del tutor ó curador: sientan principios generales; descíenden á ciertos casos concretos; pero dejan á la discrecion del magistrado el que admita otros análogos y de la misma entidad, ya para no aceptar, ya para remover al tutor ó curador, como vamos á ver.

Puede no confiarse el cargo al tutor ó curador:

1.º Cuando son negligentes ó dolosos (3) ó media cualquiera otra causa legítima á juicio del magistrado, v. gr., ser enemigos del huérfano ó de sus ascendientes (4).

2.º Cuando fraudulentamente no comparecen para encargarse de sus funciones (5), no obstante haber sido llamados

(1) VULGO *negat alimenta posse decerni*.

(2) *C. ministeris tutelam redemit*.

(3) *D.*, XXVI, 10, 4, § 4.

(4) *D.*, XXVI, 10, 3, § 12.

(5) *C.* V, 43, 2.

por edictos ; si bien la ley recomienda sobre este punto mucha prudencia (1).

Debe ser removido despues de aceptado el cargo todo el que no administra con fidelidad y provechosamente, *qui non ex fide gerit*, como dice el § 5; bien sea por dolo ó culpa lata (2); bien por ignorancia, pereza ó falta de aptitud suficiente (3).

Aparte de esta regla general, las leyes señalan los casos siguientes:

1.º El que no comparece para que el magistrado designe la cantidad que haya de invertirse en alimentos del huérfano (4); y si es contumaz, se pone en posesion de sus bienes al pupilo, nombrándole un curador (5).

2.º El que comparece para la designacion de alimentos, pero sostiene falsamente que no pueden señalarse, porque el pupilo carece de bienes (6).

3.º El que, abandonando los negocios del pupilo, no le suministra los alimentos señalados. Si esta conducta del tutor era debida á encontrarse ausente, el Pretor, oyendo á los parientes y amigos del acusado, decretaba ó su remocion ó el nombramiento de un curador que proveyese de alimentos, segun las circunstancias del caso (7).

4.º El que vende fraudulentamente las cosas cuya enajenacion está prohibida sin previo decreto; por más que el acto sea nulo (8).

5.º El que por dolo ó inconsideradamente rehusa una herencia lucrativa para el huérfano (9).

6.º El que comete sustracciones en los bienes que actualmente administra; pues si aquellas se cometieron en administraciones anteriores, será perseguido por la accion correspondiente (10).

7.º El que no formalizó inventario ántes de comenzar la administracion (11).

8.º El que oportunamente no deposita ó no invierte los fondos del pupilo en la compra de fincas (12).

La sola circunstancia de ser pobre el tutor ó curador no es causa bastante para removerlós, con tal que sean fieles, dili-

(1) D., XXVI, 10, 7, § 3.

(2) D., XXVI, 10, 7, § 1.

(3) D., XXVI, 10, 3, § 18.

(4) D., XXVI, 10, 3, § 14.

(5) D., XXVI, 10, 7, § 2.

(6) D., XXVI, 10, 3, § 15.

(7) D., XXVII, 2, 8.

(8) D., XXVI, 10, 3, § 13.

(9) D., XXVI, 10, 3, § 17.

(10) D., XXVI, 10, 3, § 5 al 11.

(11) C. V, 51, 13, § 1.

(12) D., XXVI, 10, 3, § 16.

gentes y de buenas costumbres (1); porque debe tomarse en consideracion no tanto su fortuna como si se conducirán sin pereza ni fraude (2). A pesar de esto, si fuesen tan pobres que peligrase el patrimonio del huérfano, el magistrado decidirá si debe acompañárseles de curadores (3).

6. EFECTOS DE LA ACUSACION.

§ 6. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non aequè.*

§ 7. *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiat, interdicatur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

Al acusado de sospechoso se le suspende desde luego la administracion hasta que termine el proceso, y se nombra otra persona que en su lugar administre (4).

Para formar el magistrado su juicio acerca del fundamento de la acusacion, puede examinar hasta los esclavos del pupilo (5).

El acusado á quien se remueve y aquel á quien se prohíbe simplemente administrar, cesan de ser tutores ó curadores (6); y por consecuencia son irresponsables para lo futuro (7).

Sobre los destituidos recae la nota de infamia cuando lo han sido por dolo; nó, cuando por negligencia, pereza ó ineptitud (8). Para que conste lo referente á la fama del acusado, debe expresarse en el decreto la causa de su remocion; y en el caso de que no se exprese, se entiende sin infamia (9).

El que no es removido, sino que solamente recibe un adjunto, no incurre en infamia, porque no es destituido del cargo (10).

Por último, se imponian además las respectivas penas establecidas por los textos legales que en cada uno de los casos hemos citado y no son de este lugar. Para ello eran remitidos los acusados al Prefecto de la ciudad en quien residia la jurisdiccion criminal.

(1) D., XXVI, 10, 8.

(2) C. V., 43, 5.

(3) C. V., 43, 6.

(4) D., XLVI, 3, 14, § 1.—C. V., 43, 7.

(5) D., XXVI, 7, 34; id., 10, 12.

(6) D., XXVI, 10, 4, § 3.

(7) D., XXVI, 10, 10.

(8) D., XXVI, 10, 3, § 18; id. id., 4, pr.—C. V., 43, 9.

(9) D., XXVI, 10, 4, § 1 y 2.

(10) D., XXVI, 10, 3, § 18.

7.º CUÁNDO SE EXTINGUE LA ACUSACION.

§ 8. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit , posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur cognitio suspecti.

Bien se haya ó no entablado la acusacion, queda extinguida por el fallecimiento del tutor ó curador, segun este párrafo. Pero sucede lo mismo siempre que termina la tutela ó curaduría; tanto porque ya no hay términos hábiles para la separacion del cargo que aquella se propone, cuanto porque bastan para garantir los intereses del huérfano las acciones ordinarias de la tutela (1).

(1) D., XXVI, 40, 41.—C. V. 43, 1.