

vierte Gutiérrez., exige actual enseñanza ó ejercicio de su oficio, en los que quieran valerse de ella. La XIV. excusa es, la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (1). La XV. y última excusa, que espresa dicha ley 3. tit. 47. P. 6. es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que excusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su mujer que fuese menor de edad. Pero debemos advertir, que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la 7. tit. 2. lib. 10. de la Nov. Rec., en la cual se manda, que el marido que haya entrado en los 48 años, tenga la administracion de sus bienes, y de los de su mujer, sin necesidad de venia de edad, como notamos ya arriba, tit. 4. n. 27. Y por último, debemos acordar una nueva excusa establecida en la ley 3. tit. 29. lib. 7. de la Nov. Rec., á favor del que tuviere 42 yeguas de vientre.

23 Queremos hacer aquí presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Aso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla*, lib. 4. cap. 4. vers. *Se excusan*, diciendo, que por la ley 21. tit. 48. lib. 6. de la Nov. Rec. no competian al pechero del rey las cuatro excusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y ser mayor de 70 años, establecidas, como hemos visto arriba nn. 19. y 20., en la ley 2. tit. 47. P. 6., sin advertir, que d. l. 21. solo deroga los privilegios ó esenciones personales concedidos á algunos plebeyos por redundar en deservicio del rey; y que por lo contrario aprueba espresamente las excusas que acabamos de espresar, por aquellas palabras: *Y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos, que los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de los tales cargos y oficios.* ¿Y cómo habia de quitar unas excusas que las ha introducido la misma necesidad?

24 El tiempo para proponer el tutor la excusa, lo señala la ley 4. y últ. d. tit. 47. P. 6. en los mismos términos que lo hizo el Derecho romano (2), esto es, 50 dias, contaderos desde el día en que se supiere era dado por guardador, en el caso que estuviese en el lugar en que fué dado,

(1) § 48. Inst. de excus. (2) § 46. Inst. de excus.

ó no mas léjos de 100 millas; y si estuviere á mayor distancia, un día por cada 20 millas, y 30 dias mas. Nada mas dice nuestra ley en este particular, ni lo dijo la romana que señaló el tiempo. Pero sus juriconsultos Scévola, Modestino y otros, interpretándola dijeron, que en este último caso debe hacerse de modo la computacion, que nunca tenga el que está mas léjos ménos de 50 dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (1). No lo hallamos en Greg. López. ni en Gutiérrez., cuando hablan de nuestra ley 4., sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los juriconsultos romanos. Y añade la misma ley 4. que desde el día en que empezaron los referidos 50, hasta cumplir cuatro meses, se ha de decidir el pleito, si debe valer ó no la excusa; y que si el guardador se sintiere agraviado, por habérsele desechado la excusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

25 Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les excusan. Tratemos ahora de aquellos que, aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidos de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la ley 4. tit. 48. P. 6., puede ser llamado sospechoso, *que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres.* Y añade, que aunque el tal fuese rico, y quisiere dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, con todo eso no le deben dejar en su guarda (2); como por lo contrario, que si fuese pobre, y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las cuales pueden ser removidos, ó tollidos los tutores, y darse otros en su lugar, y son: I. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano é hubiese procurado mal los bienes de él. II. Si le hubiese mostrado malas maneras. III. Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. IV. Si dijese delante del juez, que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira (3). V. Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huér-

(1) D. § 46. (2) §§ 3. et ult. Inst. de susp. tutor. (3) § 40. eod.

fano. VI. Si no le amparase á él, é á sus bienes en juicio, ó fuera de juicio. VII. Si se le escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano (1).

26 Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E generalmente es tenuta de lo facer la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó su ama que lo crió: y otra cualquier persona tambien mujer como hombre que se mueve á hacerlo por razon de piedad (2). Pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso; mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes (3). Y puede ser acusado por sospechoso tambien el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido, sea el tutor testamentario, legítimo ó dativo. Y debe ser hecha la acusacion delante del juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha, como todo lo de este número consta en la *ley 2. d. tit. 18. P. 6.*

27 Y puede tambien el juez de oficio remover al guardador, aunque ninguno le acuse, si viere, ó entendiere que era sospechoso (4). Y debe advertirse, que pendiente el pleito de acusacion, ha de dar el juez á otro hombre bueno y fiel la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleito sea acabado, *l. 3. d. tit. 18.* Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y pagará al huérfano el daño que le hizo, segun el arbitrio del juez. Mas si no es removido por engaño, sino por pereza y haber cuidado mal, no queda infame, *l. 4. d. tit. 18. (5).*

28 Desembarazado el tutor de escusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y ántes de entrar en ella debe dar fiadores valiosos al juez del lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores, que ellos aliiarán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos, y los frutos de ellos (6). Y debe tambien jurar, que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que tiene en guarda, guardando lealmente sus personas y cosas, *L. 9. tit. 16. P. 6. (7).* Y asimismo debe formar lue-

(1) § 9. de susp. tut. (2) § 5. eod. (3) § 4. eod. (4) L. 5. § 4. de susp. tut. (5) § 6. de susp. tut. (6) Princ. Inst. de satisd. (7) Nov. 72. cap. ult.

go inventario de todos los bienes y derechos del huérfano (1), de modo que si no lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entónces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, *l. 15. d. tit. 16.* Y por cuanto *esta ley* usa de la palabra *luego*, sin espresar tiempo, juzga Gutiér. citando á otros, en su *libro de tutel. part. 2. cap. 1. n. 10.*, que lo debe en continente que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la *ley 99. tit. 18. P. 3.* Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, *l. 120. tit. 18.* Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta le sirve de inventario, Greg. Lóp. *glosa 3. de d. l. 99.* citando á otros.

29 En cuanto á la obligacion del afianzar, es bien sabido, que las leyes romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador, que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (2). Y este modo de pensar siguen Gutiér. *d. lib. part. 1. cap. 5. n. 1.* y Greg. Lóp. en la *glosa 5. de d. l. 9. tit. 16. P. 6.*, cuya ley y la *94. tit. 18. P. 3.* lo confirman tambien, cuando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade allí mismo Greg. Lóp. que en la práctica (así lo vemos) á todos se les exige que afiancen.

30 De la madre y la abuela dijimos arriba en el n. 6., que para tomar la tutela, deben prometer no casar y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en cuanto á la obligacion de afianzar Aso y de Manuel en sus *Instituciones, lib. 1. cap. 3. vers. Como*, dicen que solo están obligadas á hacer las renunciaciones. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lóp. en la *glosa 8. de d. l. 9.* y Gutiérrez en *d. part. 1. cap. 12. n. 16.* en donde la prueban latamente con bellísimas razones, satisfaciendo lo que pueda decirse en contrario.

31 Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos,

(1) L. 7. de adm. et per. tutor.

(2) Princ. Inst. de satisd. tut. l. 56. de excusat.

y se levantara desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al juez, que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y si no, que lo haga alguno de ellos: y si se acordaren en esto, debe el juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera, que cada uno quiere obligarse, debe escoger el juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, *l. 44. d. tit. 16. P. 6.*, en cuya *glosa 4.* dice Greg. Lóp., que si el testador espresó cuál de los que nombraba queria que administrase, este debía ser preferido á todos si no es que constase de alguna circunstancia por la cual debía ser repelido; y que si no se convienen, que uno solo administre: pidiendo que la tutela se divida por regiones, deberán ser oídos.

32 En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupilo; y en consecuencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en cuanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse, y si no lo hubieren hecho, procurará el juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano, y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo, no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si tuviese madre que fuese mujer de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo crie, y ella lo puede tener miéntras se mantuviere viuda. Mas luego que casare, deben sacar el huérfano de su poder, *l. 49. d. tit. 16. P. 6.*

33 Los alimentos del huérfano debe tasarlos el juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en cuanto al comer, como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere hacer, segun lo espresa la *ley 20. de dicho tit. 16.* Y comentando Greg. Lóp. estas últimas palabras *si se pudiese hacer*, dice en la *glosa 3.* que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa 4.*, esto es,

que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano, cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutiérrez. en *d. libro, part. 2. cap. 3. n. 10.* citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp. vers. Quando minores*, que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarles á artes, oficios, ó servir á otros, para alimentarles y educarles; y con efecto así vemos practicarse: ni hay otro camino que tomar. Así lo dicta la equidad, aunque nos falte ley espresa, como en caso semejante dijo con su acostumbrada elegancia el célebre juriconsulto Ulpiano (1). Cuando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó ménos á los alimentos que les corresponden, hay la práctica de pedirse por los tutores, y concedérseles por el juez frutos por alimentos, es decir, que alimentando al pupilo segun su estado y circunstancias, hagan suyos los frutos sin obligacion de dar cuenta de ellos, ni poder sacar su décima. Es un método muy desembarazado, y si se ejecuta sin fraude y con justificacion, no contiene iniquidad alguna, ni es perjudicial á los pupilos.

34 Y adviértase, que si el guardador entendiase, que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, espendiendo por él cuanto fuese guisado, ó poco mas por esta razon, entónces lo puede hacer; é debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como espresamente lo establece *d. l. 20.* Cuya doctrina es de dictámen Gutiérrez. en su *citado libro, part. 2. cap. 3. n. 5.* que tiene lugar, no solo cuando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien cuando lo hizo por descuido de no haber acudido al juez.

35 Debe tambien cuidar el guardador que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir; y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino, que mas le conviniere, segun sus circunstancias y riqueza, *l. 46. d. tit. 16. P. 6.* Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moviese, ó le fuese movido en juicio. Y

(1) *L. 2. § 5. de aq. pluv. arcen.*

lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleito con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano liciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en cuanto fuese en su daño; pero si en cuanto le fuese provechoso: y el otorgamiento débelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l. 17. d. tit. 16. (1)*.

36 Asimismo debe cuidar el guardador con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *l. 15. d. tit. 16*. Y aunque nada hallamos espresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos, que nuestros mas célebres juriscónsultos, Covar. *l. 3. variar. cap. 2. n. 4*. Gutiérrez. *de tutel. part. 2. cap. 9*. y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á algun mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras 7. de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor*. Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso; pero con la advertencia de que este lucro ó interes del huérfano sea leve, como así está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part. 1. cap. 4. n. 30*. Y este empleo lo deberá hacer dentro de los 6 primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atras, si no es que hubiese impedimento para el empleo.

37 Por la utilidad de los huérfanos, tienen prohibicion de enajenar sus bienes raíces los guardadores, *l. 18. d. tit. 16. l. 60. tit. 18. P. 3.*; entendiéndose tambien por enajenacion el empeñarlos, *l. 8. tit. 13. P. 5*. Y aunque estas tres leyes todo lo espresan de los bienes raíces, con

(1) Princ. Inst. de auct. tut.

todo en atencion á que la *ley 4. tit. 5. P. 5*. dice generalmente, que los guardadores no deben enajenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros doctores, á imitacion del Derecho romano (1), que tampoco pueden enajenar las muebles preciosas útiles al huérfano que puedan guardarse. Gutiérrez. en su *citado libro de tut. part. 2. cap. 21*. examina lata y fundadamente esta cuestion, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enajenar, las pueden empeñar. Tambien la examina Greg. Lóp. en la *glosa 3. de la ley 4. tit. 5. P. 5*. y en la *3. de la ley 8. tit. 13. P. 5*. Se fundan en que *d. l. 8*. concede la facultad de empeñar las muebles indistintamente: bien que con la añadidura, de que debe meter en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibicion debe entenderse, si no intervinere decreto del juez; pues con este podrán enajenar los guardadores dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar dendas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo escusar en ninguna manera; de suerte que el juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enajenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enajenacion en pública almoneda de 30 dias. Y no deberá consentir, que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació se enajene en ninguna manera, pudiéndolo escusar, *d. l. 18. d. l. 60*.

38 Como la prohibicion de enajenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raíces ó muebles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enajenar los demas muebles sin decreto del juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l. 8. tit. 13. P. 5*. Gutiérrez. *d. part. 2. cap. 21*. La *ley 4. tit. 5. P. 5*. permitía, que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano, bajo ciertas solemnidades; pero está corregida por la *ley 1. tit. 12. lib. 10 de la Nov. Rec.* que prohíbe que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre

(1) *l. 22. C. de administ. tutor.*

ó mujer, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar, la compra que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del rey.

39 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raíces. Y para cumplirlo, ademas del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes, como espresamente lo establece la *ley ult. de d. tit. 16. P. 6.*, de cuyas últimas palabras infiere Greg. Lóp. en su *glosa 8.* que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano; y recomienda la memoria de *esta ley.* Que los de los mismos guardadores lo estén desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley 23. tit. 13. P. 5.*

40 Ademas de tener los guardadores derecho de que se les abone en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero juzgo*, y despues la *2. tit. 7. lib. 3. del Fuero real.* Y por quanto estas dos leyes espresan, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las espensas, *lib. 4. tit. 14. P. 6. vers. Ca segun (1)*, prueba bien Gutiérrez. *de tutel. part. 3. cap. 27.*, que ántes se han de sacar las espensas, y de lo que restare líquido, la décima, entendiendo por espensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap. 23.* entiende con razon por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en

(1) L. 7. solut matrim.

tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de espensas, ademas y ántes de percibir la décima; mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutiérrez. en *d. part. 3. cap. 2. nn. 19. 20.*

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes ajenos. No necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion. Ni para enajenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para la enajenacion. Ni está obligado á hacer inventario de ellos, sí solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap. 3. nn. 10. 69. 87. y siguientes*, en que esplica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley 24. tit. 13. P. 5.* que citamos abajo, *tit. 17. n. 6.*, prueba esta facultad en el padre de enajenar, sin hacer mención de decreto de juez, aunque no debe hacerlo.

## TÍTULO VIII.

### DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tít. 19. P. 6. y tít. 13. lib. 4. de la Nov. Rec. (1).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sea restitucion in integrum.
3. Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.
4. Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.
5. 6. y 7. Casos en que cesa la restitucion.
8. Tiempo de pedirse.
9. Compete tambien á las iglesias, ciudades y otros cuerpos.
10. 11. y 12. Y á otros espresados en estos números.

4 Nos parece bastar lo que hemos dicho de tutores y cu-

(1) Tít. 4. lib. 4.