

tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una lei especial, y por lo mismo esta lei no se opone á las demas.

§. CCXLIV. El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario y los legitimos*. De él sacamos dos conclusiones: 1.^a Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor; mas no si el testamentario ó legitimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2.^a Que siempre que la tutela testamentaria está supendida ó se acaba, hai lugar á la dativa. Arriba hemos visto (§. 206 y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entretanto no se admite tutor legitimo, sino que el pretor nombra otro que la administre. Lo mismo sucede, si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuído, ó removido por sospechoso, pues en todos estos casos nombra tutor el magistrado, *L. 11. ff. De test. tut. §. 1, 2. Inst. h. t.*

§. CCXLV. Segun el tercer axioma, *la dacion ó nombramiento de tutor es un acto legitimo*. Siendo así pues que un acto legitimo no admite condicion ni dia (§. 70.), es claro, 1.^o que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo por ejemplo: serás tutor, si te graduares de doctor en leyes: 2.^o que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo: sé tutor durante un año, ó de aquí á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo: sé tutor, *L. 6, §. 1. ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado (§. 213.), *L. 8. §. 2. ff. De test. tut. §. 3. Inst. Qui test. tut. dare poss.*; y esto se funda en que el

nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legitimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiete la regla de la *L. 77. ff. De R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI. [*La lei 12, tit. 6. Part. 6.* da facultad para nombrar tutor al juez del domicilio del pupilo, al del lugar de su nacimiento, y al que lo es del lugar del domicilio del padre ó del en que tiene la mayor parte de los bienes, encargándoles lo hagan, tan luego como sean requeridos por los parientes ó amigos del huérfano ó por cualquiera otro del pueblo.]

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCXLVII y CCXLVIII. Hasta aquí hemos tratado de las varias especies de tutores: tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consisten principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L. 14. ff. De sponsal*. El tiempo que média entre el sétimo año y la pubertad, se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad*. Así pues,

el varón es infante hasta el año.	7
próximo á la infancia, hasta los.	10 $\frac{1}{2}$
próximo á la pubertad, hasta los.	14
púber, cumplidos los.	14
plenamente púber, cumplidos los.	18
y mayor de edad, cumplidos los.	25

La hembrá es infante hasta el año.	7
próxima á la infancia, hasta los.	9 $\frac{1}{2}$
próxima á la pubertad, hasta los.	12
púber, cumplidos los.	12
plenamente púber, cumplidos los.	14
y mayor de edad, cumplidos los.	25

Estos términos ó graduaciones de la edad, debe tenerlos muy presentes y no confundirlos el legista. Y viniendo ya á su aplicacion, fácilmente se echa de ver que es mayor la potestad del tutor sobre el pupilo infante, que sobre el próximo á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace en su nombre el tutor; por lo cual se dice que este *administra*, *L. 1. §. 2. ff. De administr. tutor.* Mas si el pupilo está próximo á la infancia ó á la pubertad, entónces puede hacerlo todo, con tal que sea á presencia y con el consentimiento del tutor, de quien se dice que entónces *interpone su autoridad*, *L. 9. ff. De acquir. hered.* Esto se verá mas claramente con ejemplos. El pupilo infante no puede contraer, admitir herencia, ni pagar, sino que el tutor hace todo esto en nombre del pupilo, y sin saberlo absolutamente este. Por el contrario el pupilo mayor de siete años puede contraer, admitir herencia y pagar, con tal que esté presente el tutor, y se haga con su *autoridad*. Con efecto, *actoritas* viene de *augendo*, porque el tutor aumenta y suple lo que falta en la persona del

pupilo; pero como el infante casi no es persona por falta de razon, obra el tutor en su nombre; al paso que el mayor de siete años, aunque en realidad es persona, es, digamoslo así, média persona por la debilidad de su juicio. Lo que falta pues á este, lo suple el tutor, y *aumenta* la persona de aquel, cuando está presente y presta su consentimiento; y por eso este consentimiento se llama *autoridad*. Esta es la razon por que en la *L. 32. §. 2. ff. De acquir. passess.* se dice que el juicio del pupilo es suplido por la autoridad del tutor; aunque en este pasaje parece que se toma en sentido lato la palabra *infante* por toda clase de pupilos.

§. CCXLIX. De estos principios se deduce la definicion de la *autoridad*, que es un *acto legítimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo que ha salido ya de la infancia, y por lo cual pudiera hacerse por su condicion*. Espliquemos por partes esta definicion. Decimos, 1º que es un *acto legítimo*, porque no podemos demostrarlo *á priori*, por no llamarse así en ningun pasaje del Derecho la autoridad del tutor, podemos hacerlo ver *á posteriori*. En efecto todo cuanto en la *L. 77. ff. De R. J.* se dice de los actos legítimos, conviene á la autoridad de los tutores. Esta no admite procurador, ni condicion, ni tampoco dia; por el contrario, al interponerse la autoridad, se requerian ciertas palabras solemnes, segun esplicámos en las *Ant. rom., l. 21. §. 3.* Luego habiendo todos los requisitos de los actos legítimos, no hai inconveniente en que digamos que la autoridad del tutor es un *acto legítimo*. Decimos, 2º *por el cual aprueba el tutor lo que hace el pupilo que ha salido ya de la infancia*; porque si el pupilo es todavía infante, nada hace por sí, segun dijimos en los párrafos anteriores, sino que entónces administra el tutor, y lo hace todo en nombre del pupilo; luego no interpone su autoridad. Decimos, 3º *por lo cua*

podiera hacerse peor su condicion. Luego veremos que el pupilo puede hacer mejor su condicion, aún sin la autoridad del tutor, mas no empeorarla. Por ejemplo, si alguien da una cosa al pupilo, esto es válido, aunque no esté presente el tutor, ni interponga su aprobacion; mas si el pupilo promete á otro cualquier cosa, ninguna obligacion nace de esta promesa, á no haber estado presente el tutor y haberlo autorizado. Decimos tambien, 4.^o *aprueba solemnemente*; pues hemos visto que la autoridad es un acto legítimo, y los actos legítimos se debian explicar solemnemente, segun queda dicho en el §. 70.

De la definicion de la autoridad se deducen tres axiomas: 1.^o la autoridad es un acto legítimo. 2.^o Es precisa siempre que hace algo que puede empeorar la condicion del pupilo. 3.^o El tutor suple con esta autoridad el juicio del pupilo. Tratemos de cada uno en particular.

§. CCL. El primer axioma es: *la autoridad es un acto legítimo.* De él se sacan dos consecuencias: 1.^a que cuando el tutor interponia su autoridad, debia estar presente al mismo negocio, §. 3. *Inst. h. t.* (1) Luego no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si hecha una cosa por el pupilo, la tuviese é. despues por válida y la confirmase, *L. 9. §. 5. h. t.*, pues que los actos legítimos no admitian procurador, y por tanto se debian explicar en propia persona, *L. 77. De R. J.* Dos leyes parece que están en oposicion con esta doctrina: 1.^o en la *L. 9. §. ult. ff. h. t.* se dice, *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consinta con autoridad del tutor,* Pero esta lei no repugna á lo que dejamos dicho, pues cualquier ausente

(1) Entre nosotros debe tambien el tutor interponer su autoridad por sí mismo, y no por otro ni por medio de carta, *L. 17. tit. 16. Part. 6.*; aunque no está decidido, si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo

puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y sí consentir delante y á presencia del pupilo. En suma, aquel con quien contrae el pupilo, puede estar ausente, pero el tutor, con cuya autoridad contrae el pupilo, debe estar presente. 2.^o Tambien pudiera objetarse la *L. 25. §. 4. ff. De adquir. vel omitt. hered.*, donde se dice espresamente que *puede interponerse la autoridad concludido ya el negocio (perfecto negotio)*, cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concludido ya este. Pareció esto de tanta consideracion al célebre jurisconsulto Jacobo Gotofredo, que en el *Coment.* á la *L. 29. ff. De R. J.* no duda enmendar el testo, y en lugar de *perfecto negotio* leer *profecto negotio* (adelantado ya el negocio). Pero no hai precision de un remedio tan violento. En efecto la autoridad sin duda debe interponerse concludido el negocio, pero no mucho tiempo despues de concludido, sino al instante que se concluye, v. gr. así que dice el pupilo: prometo ciento; al instante de haber hecho esta promesa, debe añadir el tutor: interpongo mi autoridad (*auctor fio*). 2.^a Que el tutor debe interponer su autoridad puramente, no bajo condicion; v. gr., no debe decir: consiento, si fuere útil á mi pupilo; sino puramente: consiento. La razon ya la dimos arriba, y es que un acto legítimo no admite condicion, *L. 123. ff. De R. J.*

§. CCLI y CCLII. El segundo axioma est *se necesita de la autoridad del tutor, siempre que pueda hacerse peor la condicion del pupilo* (1); porque hacer mejor su condicion bier podia el pupilo, aún sin la autoridad del tutor, pero

(1) « Otrósí, decimos que el mozo non puede facer pleito, nin pos-
tura con otro ningno, en que obligue ninguna cosa de sus bienes
« á ménos de otorgamiento de su guardador, é si lo ficiere á daño de
« sí, non debe valer. » *L. 17. tit. 16. Part. 6.*

no hacerla peor, *pr. Inst. h. t.* Mas ¿cuándo se dice que el pupilo hace mejor su condicion? y cuándo peor? Resp. *Mejora* su condicion el pupilo todas las veces que otro se le obliga; v. gr. cuando otro promete al pupilo, ó le dona, ó presta; y la *deteriora* ó hace peor, siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr. si el pupilo promete, dona ó presta á otro. De aquí se sacan dos consecuencias muy notables: (a) que el pupilo puede sin la autoridad del tutor admitir la estipulacion de otro, y adquirir con cualquier título lucrativo; porque de esta manera se obliga otro al pupilo, no este á otro. Luego al pupilo, en ausencia del tutor, se le puede prometer, dar; etc. (b) Que los contratos bilaterales hechos con un pupilo, *claudican*, es decir, que el otro queda obligado al pupilo, pero no lo queda el pupilo al otro, si no intervino la autoridad del tutor; por ejemplo, un comerciante vendió á un pupilo un reloj de oro por cien florines sin la autoridad del tutor: se lo dice á este el pupilo, y le parece bien el precio al tutor, que envía el dinero para pagarlo. Entre tanto, arrepentido de la venta el comerciante, dice que no quiere vender el reloj por los cien florines, pues no se considera obligado por el contrato hecho con el pupilo. Pregúntase, si en efecto le obliga dicho contrato? Sin duda alguna le obliga; pero si el comerciante quisiera obligar al pupilo á que pagase el precio, responderia muy bien el pupilo, que él no habia podido obligarse sin la autoridad del tutor. Y aunque pudiera parecer injusto que por un mismo contrato quede el comerciante obligado, y no lo quede el pupilo, no lo es en realidad, si se atiende á que debe culparse á sí mismo el que sin la autoridad del tutor contrae con un pupilo; y por lo mismo no debe llevar á mal el que este contrato claudique, y no sea obligatorio para ambas partes.

§ CCLIII. Se puede suscitar acerca de la admision de la

herencia la gran duda, de si exige tambien la autoridad del tutor. Pudiera parece superflua esta autoridad, porque el que admite una herencia, suele mejorar su condicion, y en este caso no se necesita de la autoridad del tutor, segun nuestra regla sentada en el §. 251. Sin embargo las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, *L. 9. §. 3. ff. h. t. §. 1. Inst. h. t. (1)*: por qué sera? Generalmente se dice que lo han prohibido las leyes, porque la admision de la herencia se hace peligrosa á causa de las deudas ocultas; pero esta razon no basta, si se atiende á que en el §. 2. *Inst. h. t.* se dice espresamente, que el pupilo no puede admitirla sin el tutor, *aunque la herencia sea lucrativa*. Luego otras deben ser las razones; y en efecto hai dos que se deben tener presentes: 1a. que la adiccion de la herencia es un cuasi contrato por el cual el que admite, se obliga á los legatarios y fideicomisarios á pagarles lo que se les dejó en el testamento, *L. 8. pr. ff. De acquir. her.*; y ya dijimos (§. 251.) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad del tutor. 2a. Que la admision de la herencia era un acto legítimo, *L. 77. ff. De R. J.*, y los actos legítimos no podian, sin la autoridad del tutor, ejecutarse por el pupilo, *L. 19. ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requeriria la autoridad del tutor; que es lo que nos habiamos propuesto demostrar.

§. CCLIV y CCLV. Del tercer axioma, *el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo*, se deduce: 1º que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya,

(1) Lo dispuesto por nuestras leyes viene á ser lo mismo, porque siendo cierto que el heredero que acepta una herencia, se obliga respecto de los acreedores, legatarios y fideicomisarios del difunto, y siéndole tambien que el pupilo no puede obligarse sin que medie la autoridad del tutor, *L. 17. tit. 16. Part. 6.*, debe inferirse que el pupilo no puede admitir la herencia sin esta autoridad. Véase dicha *L. 17.*

§ 3. *Inst. h. t.*; esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que medie entre él y el pupilo. La razon es esta : mientras el tutor suple el juicio del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo así, una sola y misma persona : una persona no puede contraer consigo misma ; luego tampoco el tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, 2º que el tutor no puede comprar del pupilo, *L. 43. §. 7. ff. De contr. empt.*, porque de esta manera interpondria el tutor su autoridad en una cosa suya ; lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hai sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L. 3. C. De contr. empt.*; y es la razon, porque allí no puede ser perjudicado el pupilo, por no fijarse el precio convencionalmente, sino por puja ; de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. 3º Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*, porque el pupilo que contesta un pleito, cuasi-contrae; el que cuasi-contrae, se obliga; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor, ni este interponerla en una cosa suya ; luego se debe nombrar otro que autorize; que es lo que se habia de demostrar. Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag. de Ulpiano, tit. 11. §. 24.*; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem*, por no acostumbrarse dar tutor al que ya le tiene.

§. CCLVI. [Por Derecho español la autoridad del tutor no es acto legítimo. Cuando el guardador tiene que contratar con el huérfano, se nombra un curador especial al efecto. Concluída la tutela, el tutor tiene derecho á la décima de los frutos de los bienes administrados ; pero si la renta fuere mui cuantiosa, se le señalará una retribucion moderada.]

TÍTULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos explicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela, pues hemos visto (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*, Este título es mui fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela, §. 303 ; luego si no hai necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII. Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ora muera el tutor, ora el pupilo, porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo no necesita el pupilo de que nadie le defienda en este mundo ; luego en ambos casos cesa la tutela. Infírese tambien, que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre era tutor, nombrado bien por el testador, bien por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Ademas hai otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y así lo que se elige, es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma;