

la de los *padres*, que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L. 3. §. ult. ff. De legit. tut.* Mas ¿por qué no sería mejor decir, que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre, no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos constituidos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela (§. 203.). Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y así pueden estar bajo tutela; y en efecto lo están bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV y CCXXXV. El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Más arriba (§. 195.) esplicámos, que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las veces se hacia por el mismo padre. Siendo así que el que manumite, se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien, *donde está la utilidad de la herencia, debe igualmente estar el cargo de la tutela* (§. 249.): por consecuencia la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre; que es lo que queríamos demostrar. Así discurrían los antiguos jurisconsultos, y así se fué introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI. [ En el dia son inamisibles la tutela de

los padres y la fiduciaria, por hallarse fundadas en el derecho de patronato que por la emancipacion retenia el padre. ]

## TÍTULO XIX.

## DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§. CCXXXVII y CCXXXVIII. La cuarta especie de tutela legítima es la *fiduciaria*, y debe observarse que este nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria, usando de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam frauder.* Cic. *De offic. lib. III. c. 43.* Este contrato de confianza solia tener lugar en la emancipacion de los hijos, pues el padre, vendiendo tres veces á su hijo, en la tercera venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le habia entregado, y entónces le manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Y estando dispuesto en la lei de las XII Tablas que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediesen abintestato, de aquí se seguia que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre, dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien esta la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta

tutela fiduciaria, que es la que, despues de la muerte del padre emancipante, corresponde á los hijos varones de perfecta edad sobre su hermano impúber emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

Advierto de paso que Ulpiano, *Fragm. lib. XI. §. 5.* llama *fiduciaria* á la tutela legítima de los padres, de que hemos hablado en el título anterior : de donde se infiere que Justiniano dió á la cuarta especie este nombre, que era antiguamente propio de la tercera. Mas en cuanto á si esto lo hizo Triboniano por error é ignorancia, como opinan algunos, ó de propósito, y por creer que esta denominacion convenia mejor á la cuarta especie, en verdad que no me atreveré á decirlo, y ménos no siendo inclinado á vituperar á Triboniano.

## TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL QUE SE DA POR LA LEI  
JULIA Y TICIA.

§. CCXXXIX y CCXL. Hasta aquí llevamos esplicadas dos especies de tutela la *testamentaria*, tit. 14 y la *legítima*, tit. 43 al 49. Falta la tercera, esto es, la *dativa*, llamada así, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la lei, sino *por el magistrado*. Definimos pues la dacion de tutor diciendo, que es *un acto legítimo por el cual, á falta de*

*tutores testamentarios y legítimos, se nombran otros con arreglo á la lei por el magistrado.* Lo que significa esta definicion, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen, que son tres : 1º *este tutor es nombrado por el magistrado, con arreglo á la lei*, es decir, segun la lei atilia, y la julia y ticia; pues entre los romanos no pertenecia al oficio de magistrado nombrar tutor, sino que esta facultad tan solamente se daba por lei especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podia nombrarlos. Así, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador; y sin embargo no podian nombrar tutores, sino únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la lei atilia. De aquí es que *la dacion de tutor se dice ser de jurisdiccion extraordinaria, L. 7. §. 4. ff. De offic. procons.*, porque no dimana del oficio del magistrado, sino de lei especial. 2º *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos* (1); porque al modo que no hai lugar á la tutela legítima sino faltando

(1) « Desamparado ficando el mozo que fuese menor de « catorce años, de guisa que su padre non le oviese dejado « guardador en su testamento, nin oviese pariente cercano « que lo quisiese guardar, entonce la madre é los otros parientes que heredaren á este mozo, si moriese sin testamento, « deben é pueden pedir al juez del lugar que le dé guardador « atal, que sea bueno, é rico, é que entienda que lo recibe mas « por pro del mozo que de sí mismo. » *L. 12. tit. 16. Part. 6.*

la testamentaria, así tampoco tiene lugar la dativa, cuando la hai testamentaria ó legítima. Luego esta tutela es subsidiaria. 3º *La dacion de tutor es acto legitimo*, pues así se llama espresamente en la *L. 77. ff. De R. J.* Qué cosa sea acto legitimo, ya lo esplicámos en el §. 70; esto es, un acto que se debia ejecutar solemnemente, y que no admitia pröcurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas, cuyas consecuencias vamos á manifestar.

§. CCXLI y CCXLII. Primer axioma : *este tutor es nombrado por el magistrado con arreglo á la lei*; luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta tutela. En efecto las hai, y son dos; la lei atilia, y la julia y ticia. Veamos en qué tiempo fué hecha la *primera*. Ya en el año de la fundacion de Roma 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la lei atilia, como refiere Tit. Livio, *lib. XXXIX. c. 9*; luego nuestra lei es anterior á aquel año. Debiendo pues ser cierto Atilio el autor de esta lei, y no apareciendo ántes de aquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fundacion de Roma, segun el mismo Livio, *lib. 9. c. 30*, es verosímil que esta lei fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda* lei fué establecida muchos siglos despues, en el año 728 de la fundacion de Roma, y trae su denominacion de Julio César Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes, y que descubrió el

docto Henr. Vales., de la Compañía de Jesus, en sus notas *ad Excerpta peiresciana*, p. 61. Por lo demas estas leyes se diferencian, 1º en que la primera trata de los tutores que se debian dar en Roma, y la segunda de los que se habian de dar en las provincias. 2º En que la primera manda que los tutores sean nombrados por los pretores y la mayor parte de los tribunos de la plebe; y la segunda que lo sean por los presidentes de las provincias, *pr. Inst. h. t.* 3º En que los tutores nombrados por el pretor en la ciudad de Roma, segun la primera lei, se llamaban atilianos; y los nombrados en conformidad á la segunda, se llamaban julianos-ticianos, segun se ve en la rúbrica de este título. Á escepcion de estos magistrados nadie podia nombrar tutores hasta el tiempo de Augusto; pero sus sucesores introdujeron muchas mudanzas por varias de sus constituciones. Efectivamente, 1º siendo Claudio emperador, como dice Sueton. *Claud. c. 25.*, se habia dispuesto por un senado-consulta, que en adelante no fuesen los pretores y tribunos de la plebe, sino los cónsules, los que hubiesen de nombrar tutores á los pupilos; y que esto debian hacerlo con inquisicion, es decir, averiguando ó informándose diligentemente, así de las costumbres como de la capacidad del tutor, §. 3. *sig. Instit. h. t.*; lo cual segun Plinio, *Epist. IX. 43*, todavía se observaba así en tiempo de Trajano. 2º En el de Marco Antonino empezó á nombrarse un pretor *tutelar*, cuya única atribucion era dar tutores, y conocer de las causas tutelares, §. 4. *Inst. h. t.* Jul. Capi-

tol. *in vita M. Antonini imp. c. 40.* 3º Poco despues, en el reinado de Severo, parece que se habia introducido la costumbre de que los pretores nombrasen tutores en la ciudad de Roma; los prefectos del pretorio á cien millas en contorno, y fuera de Italia en las provincias los magistrados municipales con órden de los presidentes, §. 3. 4. *Inst. h. t.* 4º Finalmente, el derecho de nombrar tutores se concedió á los magistrados municipales, á los obispos y al presidente de Alejandría.

§. CCXLIII. Del primer axioma se infiere que *la dacion de tutor no podia encargarse á otro.* Porque es de saber que en otros casos cualquier magistrado podia delegar á otro su jurisdiccion; v. gr. si el pretor se veía precisado á ausentarse de la ciudad, podia encargar su jurisdiccion á otro colega. Así tambien el presidente de una provincia, por quanto no podia estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. lib. 4.* hai el título *De offic. ejus, cui mandata est jurisdicctio.* Se pregunta pues, ¿si la dacion de tutor podia tambien encomendarla el magistrado? En la *L. 8. pr. ff. h. t.* se dice que no podia. Pues por qué? Por dos razones: 1.º porque la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del officio del magistrado, sino de una lei especial, y todo lo que dimana de lei especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L. 4. pr. ff. De off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2.º Porque la dacion de tutor es un

acto legítimo, y la naturaleza de los actos legítimos es tal que no admiten procurador, *L. 77. de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L. 45. ff. De off. procons.*, en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo así que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sino delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual recibian el derecho de nombrar tutores por una lei y constitucion especial del emperador M. Antonino, *L. 4. §. 4. ff. h. t.* Luego si nombraban tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una lei especial, y por lo mismo esta lei no se opondrá á las demas.

§. CCXLIV. El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario y los legítimos.* De él sacamos dos conclusiones: 1.º Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor; mas no si el testamentario ó legítimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2.º 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 legítimo, sino que el pretor nombra otro que la administre.

Lo mismo sucede, si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuido, ó removido por sospechoso, pues en todos estos casos nombra tutor el magistrado, *L. 44. 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 asi 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 graduas 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 (§. 243.), *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 consiguiente la regla de la *L. 77. ff. De R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI. [La *lei 42, 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 huérfa- no ó por cualquiera otro del pueblo.]

## TÍTULO XXI.

## DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCLVII 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. 44. 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 varon 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 hembra es infante hasta el año. . . . .	7
próxima á la infancia, hasta los. . .	9 $\frac{1}{2}$

próxima á la pubertad, hasta los. . .	42
púber, cumplidos los. . . . .	42
plenamente púber, cumplidos los. . .	44
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. 4. §. 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 *adquir. 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, *auctoritas* 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, digámoslo 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 *adquir. possess*. 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 legitimo 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 peor su condicion*. Espliquemos por partes esta definicion. Decimos, 1.º que es *un acto legitimo*, porque aunque 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 legitimos, 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 legitimos, no hai inconveniente en que digamos que la autoridad del tutor es un *acto legitimo*. 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, según 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 cual pudiera 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 álguien 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 también, 4º *aprueba solemnemente*; pues hemos visto que la autoridad es un acto legítimo, y los actos legítimos se debían explicar solemnemente, según queda dicho en el §. 70.

De la definicion de la autoridad se deducen tres axiomas: 1º la autoridad es un acto legítimo. 2º Es precisa siempre que se hace algo que puede empeorar la condicion del pupilo. 3º 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: 1º que cuando el tutor interponia su autoridad, debía estar presente al mismo negocio, §. 3. *Inst. h. t.* (1) Luego

(1) Entre nosotros debe también el tutor interponer su au-

no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si hecha una cosa por el pupilo, la tuviese él despues por válida y la confirmase, *L. 9. §. 5. h. t.*, pues que los actos legítimos no admitian procurador, y por tanto se debían explicar en propia persona, *L. 77. De R. J.* Dos leyes parece que están en oposicion con esta doctrina: 1º en la *L. 9. §. ult. ff. h. t.* se dice, *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consienta con autoridad del tutor*. Pero esta lei no repugna á lo que dejamos dicho, pues cualquier ausente puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y si 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. 2º También pudiera objetarse la *L. 25. §. 4. ff. De adquir. vel omitt. hered.*, donde se dice espresamente que *puede interponerse la autoridad concluido ya el negocio (perfecto negotio)*, cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concluido 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*

toridad 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.

*negotio* (adelantado ya el negocio). Pero no hai precision de un remedio tan violento. En efecto la autoridad sin duda debe interponerse concluido el negocio, pero no mucho tiempo despues de concluido, 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.º 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. 423. ff. *De R. J.*

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

(1) « Otrosí, decimos que el mozo non puede facer pleito, « nin postura con otro ninguno, 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.*

ta á otro. De aquí se sacan dos consecuencias mui 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 pague el precio, responderia mui 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 culpase 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 parecer 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. §. 4. Inst. h. t. (1)*: por qué será? 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 1.ª que la adiccion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual el que admite, se obliga á los legatarios y fidei-comisarios á pagarles lo que se les dejó en el testamento, *L. 8. pr. ff. De adquir. her.*; y ya dijimos (§. 251.) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad del tutor. 2.ª Que la admision de la herencia era un acto legitimo, *L. 77. ff. De R. J.*, y los ac-

(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 siéndolo 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.*

tos legítimos no podian, sin la autoridad del tutor, ejecutarse por el pupilo, *L. 49. ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requeria la autoridad del tutor; que es lo que nos habíamos 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, §. 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: miéntras 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. 5. 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 interponer-

la 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, *lit.* 44. §. 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. Concluida 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.]

### TITULO XXII.

#### DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos esplicadas 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,

§. 203; 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 defiénda en este mundo; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese 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; luego la tutela no pasa á los herederos. Se esceptúa no obstante la tutela legítima, la cual pasa á los herederos, si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *fig. 17 de la lámina II*, el primero, impúber, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuarto y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado (§. 221.) Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren ántes de la pubertad del primero;