

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. Infíérese 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;

en este caso serán tutores los herederos del quinto, que son el sexto y sétimo, con tal que sean mayores de edad y aptos para la tutela. Por qué razon? Porque muertos el cuarto y quinto, quedan próximos agnados; y así es como debe entenderse la *L. 26. §. 4. ff. De tut.* y la *L. 46. ff. Famil. ercisc.*

§. CCLIX. Tambien se acaba la tutela por la capitis-diminucion, pues como se comparaba con la muerte, segun hemos visto arriba (§. 225.), *L. 209. ff. De R. J.*, los juriconsultos atribuían á la capitis-diminucion el mismo efecto que produce la muerte, y acabándose la tutela por muerte, creyeron que tambien se acababa por la capitis-diminucion. Pero debe notarse la diferencia que hai entre la capitis-diminucion del *pupilo* y la del *tutor*, pues capite-minuído el pupilo, se acaba la tutela, bien haya sufrido la capitis-diminucion máxima, bien la média, bien la mínima. Mas el tutor pierde la tutela por la capitis diminucion máxima y la média, y no por la mínima. §. 4, 3, 4. *Inst. h. t.* La razon es la siguiente: si el pupilo sufre la capitis-diminucion máxima, se hace siervo; si sufre la média, se hace extranjero; y si la mínima, se hace hijo de familia por arrogacion: y ni el siervo puede estar bajo tutela, por ser esta una potestad sobre una cabeza libre (§. 203.), ni el extranjero, porque la tutela es un derecho propio de los ciudadanos romanos (§. 207.), ni el hijo de familia, porque está bajo la patria potestad, y al que tiene padre, no se le da tutor (§. 207.) Mas el que el tutor, por haber sufrido la capitis-diminucion máxima ó mé-

dia, pierda la tutela, se funda en que ni el siervo ni el extranjero pueden ser tutores, como incapazes de cargos públicos (§. 205.) Pero la capitis-diminucion mínima no perjudica al tutor, porque puede serlo un hijo de familia, que en los cargos públicos es reputado por padre de familia, *L. 9. ff. De his qui sui vel alieni.* Es verdad que por Derecho antiguo habia una escepcion en los tutores legítimos, quienes, sufriendo la capitis-diminucion mínima, eran tambien privados de la tutela, por ser el fundamento de esta el derecho de agnacion, el cual se perdía por cualquiera capitis-diminucion (§. 222.) Mas como en el Derecho nuevo, por la *Nov. 448. c. 445*, se hacen tambien tutores los cognados, y no se pierde la cognacion por la capitis-diminucion mínima (§. 224.), se sigue que hoi cesa la escepcion, y queda universal la regla de que *el tutor que sufre la mínima capitis-diminucion, no por eso pierde la tutela.*

§. CCLX. El tercer modo de acabarse la tutela es la *pubertad*, puesto que la tutela se da porque el pupilo *no puede defenderse á si mismo por su edad* (1). Pero esta razon cesa siendo ya de perfecta edad ó púber; luego tambien acaba la tutela. Pregúntase, cuándo llega uno á la pubertad? En este punto discordaron las

(1) « Durar debe el oficio de los guardadores, fasta que los « huérfanos sean de edad de catorce años, si fueren varones, é « si fueren mujeres, fasta que sean de doce. » La *lei 17. tit. 16. Part. 6.* esplica la obligacion que incumbe al tutor de dar cuentas concluida la tutela.

antiguas sectas. Los proculeyanos creían que la pubertad debía estimarse por el estado y disposición del cuerpo: los sabinianos juzgaban que por los años, y según ellos, se requerían en los varones catorce, y doce en las hembras. Javoleno Prisco, tratando de conciliar estas dos sectas, quería que se atendiese á las dos cosas, al estado del cuerpo y á los años. Véase sobre esto á Ulpiano, *Fragment. tit. 2. §. 28.* y á Servio, *Schol. ad Virgil. Æneid. lib. 7. v. 93. et Eclog. 8. v. 34.* Justiniano cortó estas disputas en la *L. fin. C. Quando tut. esse desin.* y en el *pr. Inst. h. t.* confirmando la opinión de los sabinianos. Mas aunque el emperador obró bien en esto, parece que no entendió á los proculeyanos, pues dice ser indigna del pudor de su siglo la inspección ó reconocimiento indecoroso del cuerpo, por el cual creyeron los proculeyanos que se debía graduar la pubertad. Pero el *estado del cuerpo* por el que quería Próculo que se explorase la pubertad, no parece que significa la inspección de las partes vergonzosas, sino el estado exterior del cuerpo, v. gr. si sale la barba, si la voz se hace gruesa, etc. Esto es lo que los proculeyanos mandaban averiguar. Véanse las *Ant. rom. h. t.* Es verdad que Bynkershoeck, *Observ. lib. 3. c. 34.* y Gundlingio, *Gundlingian. Part. 24. diss. 7.* se esfuerzan en probar que antiguamente estaba absolutamente recibida, para la exploración de la pubertad, la inspección de las partes pudendas; pero todos los ejemplos que ponen, pertenecen á cuestiones nupciales, v. gr. si se trataba de si un esposo era apto para el

matrimonio, si podía juntarse con la hembra, etc.; en cuyos casos aún hoy manda el juez la inspección ó reconocimiento. Pero si la cuestión versaba sobre acabarse la tutela, no creo que jamás se haya hecho esta exploración de las partes genitales; y así en mi concepto no entendió el emperador á los proculeyanos. Como quiera que sea, hoy siempre se juzga de la pubertad por los años, y se reputan púberes los varones en siendo mayores de catorce, porque entonces han cumplido dos años climatéricos, y las hembras en siéndolo de los doce, pues una de esta edad parece apta para casarse:

*Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.*

§. CCLXI. El cuarto modo es, el *dia llegado* ó la *condición cumplida*. Pero este modo ya hemos dicho que solo pertenece á la tutela testamentaria, puesto que solo en testamento se puede nombrar tutor *in diem*, ó *sub conditione* (§. 243, 5); lo cual no sucede con el tutor nombrado por el pretor, como también se probó en el §. 245. Por consiguiente, si v. gr. el padre dijo en su testamento: sea Ticio tutor de mis hijos durante cinco años, ó sea tutor, si él no tuviere hijos; entonces pasados los cinco años, ó teniendo hijos el tutor, cesará la tutela, porque ya llegó el día, ó se verificó la condición.

§. CCLII. El quinto modo de acabarse la tutela son las *escusas*; y el sexto la *remoción del tutor sospechoso*, §. *últ. Inst. h. t.* Y aunque debiera ahora tratarse

de estos modos, por cuanto son comunes á tutores y curadores, pudiendo unos y otros ya *escusarse*, ya *ser removidos como sospechosos*, deja el emperador el tratar de ellos para los últimos títulos de este libro, y por eso nosotros seguiremos su método.

§. CCLXIII. Pasemos ahora á otra cuestion importante. Pregúntase, ¿qué es lo que incumbe al tutor, concluída la tutela? Resp. Dar cuentas, y restituir lo sobrante. Esto se deriva de la misma naturaleza de la tutela. El tutor se da primariamente á la persona y secundariamente á la cosa (§. 207.): el que administra cosas ajenas, está obligado á dar cueutas; luego tambien el tutor. Mas por Derecho romano no da estas cuentas hasta que se acaba la tutela, *L. 9. §. 4. ff. De tut. et rat. distrah.*, porque la administracion de las cosas no cesa ántes. Pero ¿qué sucederá si el tutor se resiste á dar cuentas? Entónces hai lugar á la accion *tutelæ*, que no se ha de confundir con las acciones *De suspectis tutoribus* y *De rationibus distrahendis*, pues se diferencian por el *tiempo* en que se deben instituir, y por el *fin* á que se dirigen. La accion *de suspectis tutoribus* se instituye *durante la tutela*, si el tutor no obra con fidelidad; la accion *tutelæ* se entabla *concluída la tutela, y no dadas aún las cuentas*; la accion *de distrahendis rationibus, dadas ya las cuentas*, pero dadas mal y fraudulentamente. El fin de la primera accion es que el tutor *sea removido*; el de la segunda, que *dé cuentas*; y el de la tercera, que las cuentas dadas por él *se examinen, y que si ha*

*ocultado algo, restituya el doble*. Por lo demas acerca de la accion *tutelæ* se debe observar, 1º que es *directa ó contraria*. La *directa* se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor ó sus herederos, para que se den las cuentas, y se restituya lo sobrante; la *contraria* la instituye el tutor, despues de concluída la tutela, contra el pupilo, para que le indemnice, v. gr. si el tutor ha hecho gastos en la hacienda del pupilo, si ha sufrido daño por la tutela sin culpa suya, etc.

Acerca de esta accion debe observarse, 2º que la accion directa infama, si el tutor fuere condenado por dolo ó culpa lata, *L. 4. ff. De his qui not. infam.*, porque cuanto mayor es la confianza que se deposita en el que se da por tutor al pupilo, tanto mas torpe es el dolo con que aquel engaña á este; y así con razon se le marca con la nota de infame.

§. CCLXIV. [Las leyes de Partida admiten todos estos modos de acabarse la tutela; sin embargo parece que segun nuestras leyes, no debiera acabarse la tutela legítima por la adopcion del tutor, pues que no se estingue por ella el derecho de sucesion, ni establecen diferencia alguna entre agnados y cognados.]

## TÍTULO XXIII.

## DE LOS CURADORES.

§. CCLXV. Cuanto hasta aquí llevamos tratado, pertenece á la tutela: ahora hablaremos de la curaduría.

Los verbos latinos *curare* y *procurare* son sinónimos muchas veces, lo mismo que lo son tambien los nombres *curator* y *procurator*. Ahora pues *procurare* y *curare* es administrar negocios ajenos, ó encargarse de cuidar de los bienes de otro, segun se ve en Plauto, *Epidic. act. 1. scen. 2. v. 27* :

*Quod ad me attinuit, ego curavi quod mandasti mihi.*

*Mostell. act. 1. scen. 1. v. 24* :

*Hæcine mandavit tibi, cum peregre hinc iit senex?  
Hæcine modo hic rem curatam offendet suam?*

y en otros varios pasajes. Por lo cual Corn. van Bynkershoek, *Obs. 2, 20*, advirtió que los procuradores del César se llamaban tambien *curadores del César*. Véase igualmente la *L. 1. C. Si tut. vel. cur. inter.*

§. CCLXVI. De esta significacion de la palabra se deduce fácilmente la definicion del curador y de la curaduría. Por curaduría se entiende *la facultad de administrar los bienes y hacienda de aquellos que por si no pueden manejarlos*. Dícese, 1º *facultad*, no adquisitiva, cual es la del padre sobre los hijos, sino *directiva*, cual compete á todos los administradores de cosas ajenas. 2º *De administrar los bienes y hacienda*, porque así como el tutor defiende la persona del pupilo, y por eso la tutela es la fuerza y potestad para defender á aquel que por su edad no puede defenderse á sí, *L. 1. ff. De tut.*, del mismo modo la curadu-

ría es la potestad de administrar las *cosas ó bienes*. Finalmente 3º *de aquellos que por si no pueden manejarlas*. Luego los curadores se dan á aquellos, que si bien son personas plenas y perfectas, no pueden con todo por otro impedimento cuidar de sus cosas, como son los menores de edad, furiosos, pródigos, los que padecen enfermedad habitual, los ausentes, etc. (1)

§. CCLXVII. Por esta definicion se conoce cuál es la diferencia que média entre un tutor y un curador. 1º El tutor se da primariamente á la persona, y secundariamente á las cosas; y el curador se da primariamente á las cosas, y secundariamente á la persona (§. 207.), porque un pupilo es como média persona, y por eso es preciso que se integre y supla por el tutor y su autoridad; pero un púber es una persona plena y perfecta, y así no hai necesidad de que se agregue el suplemento del tutor. Mas por quanto un púber no siempre es padre de familia bueno y moderado, de aquí es que se le debe juntar un curador que zele sobre la administracion de los bienes, y procure primariamente que no sufran ningun daño, aunque secundariamente asista tambien á la persona. Hé aquí la primer diferencia, acerca de la cual se deben examinar las leyes alegadas, y así mismo repetirse lo que arriba dijimos (§. 207.).

(1) « *Curatores* son llamados en latin aquellos que dan por « guardadores á los mayores de catorce años, é menores de « veinte y cinco años, seyendo en su acuerdo. É aún á los que « fuesen mayores, seyendo locos ó desmemoriados etc. » *L. 13. tit. 16. Part. 6.*

2º El tutor interpone su autoridad, porque aumenta, por decirlo así, la persona, y suple el defecto de la impubertad, *L. 32. §. 2. ff. De adqu. vel. amitt. poss.*; pero del curador, en razon de que nada falta á la persona de los púberes, no se dice que interpone su autoridad, sino su *consentimiento*. Así es que en las Pandectas el *tit. 8. lib. 26.* tiene por inscripcion: *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*; de suerte que la autoridad pertenece á los tutores, y el consentimiento á los curadores. 3º Al que tiene tutor, no se le puede dar otro tutor, v. gr. si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, pues entónces se nombra miéntras tanto un curador *ad litem*, porque el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya (*§. 254.*), *L. 27. ff. De test. tut. L. 21. §. ult. ff. De excus. L. 38. §. 8. ff. De administ. tut. L. 17. ff. De tut. L. 45. De tut. dat.*

§. CCLXVIII. Examinemos ahora de cuántos modos es la curaduría. Arriba dividimos la tutela en testamentaria, legítima y dativa (*§. 208 y 209.*): hai tambien las mismas especies de la curaduría? Resp. De ninguna manera: hai, es cierto, *curaduría legítima*, que se defiere á los próximos agnados ó cognados; y la hai *dativa*, que se confiere por el magistrado. Pero *testamentaria* no puede haberla absolutamente (1), porque

(1) En España el curador dado en testamento debe ser confirmado por el juez, si este creyere que tal curador será útil al menor, segun espresamente lo establece la *L. 13. tit. 16. Part. 6.*

1º la lei de las XII Tablas habia permitido á los padres *legar ó hacer testamento de su cosa* (*§. 208.*) Ulpian. *Fragm. tit. 41. §. 14.*; mas no acerca de la curaduría de su cosa. 2º Parecia un absurdo que el padre dispusiese de la curaduría para el tiempo, en que el mismo hijo podria hacer testamento. Al modo pues que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede instituir heredero al hijo para un tiempo, en que el mismo hijo puede testar y constituir heredero, *L. 44. ff. De vulg. et pupill. substit.*, así tambien puede dar tutor hasta el tiempo de la pubertad; mas no curador despues de ella, porque entónces el mismo hijo hace testamento; por lo cual no puede llegar hasta este punto la prevision paterna. Por consecuencia la curaduría es *legítima ó dativa*. *Legítima* es la que compete por la lei á los próximos agnados y cognados; y es la de los *furiosos ó pródigos*: *dativa* la que se defiere por el magistrado; y es la de los *menores ó impedidos por enfermedad, ó ausentes*; en lo cual hemos querido ocuparnos aquí, aunque debiéramos dejarlo para el *§. 273.*

1º La primera especie de curaduría legítima es la *curaduría de los furiosos*, pues por la lei de las XII Tablas se prevenia que fuesen curadores del furioso los próximos agnados y gentiles, *Cic. Quæs. tusc. lib. 3. c. 11.* Quiénes sean los agnados y quiénes los gentiles, no hai para qué repetirlo aquí, pues todo esto se ha explicado arriba en el *§. 220*, donde espusimos que agnados eran todos los del mismo cognombre, y genti-

les todos los del mismo nombre; por ejemplo todos los Cicerones eran agnados de Ciceron: todos los Tulios eran gentiles suyos: aquellos eran de la misma familia que él, y estos del mismo tronco ó raza. Por consiguiente al que se volvia loco, se le juntaba por curador el hermano; si no tenia hermano, el tio paterno; si tampoco habia tio paterno, otros mas remotos, del modo que explicámos arriba, cuando hablámos de la tutela legítima (§. 220 y 221.), donde tambien hemos observado que hoi por la *Nov. 118. c. 4.* no hai diferencia entre agnados y cognados, y que por consiguiente todos son llamados á la tutela. Hai algunos que niegan que la tutela del furioso sea hoi legítima, fundándose en la *L. 6. y L. 13. ff. De curat. furios.*, en que se dice que los magistrados dan curadores á los furiosos con conocimiento de causa. Si pues los nombran los magistrados, no serán tutores legítimos. Pero la respuesta está en la misma *L. 13.*, donde se añade, que el pretor no debe escluir fácilmente á los parientes que sean hábiles. Luego con razon se llama tambien legítima por Derecho nuevo esta curaduría, 1º porque viene de la lei de las XII Tablas, 2º porque compete á los mismos á quienes la lei concede la sucesion abintestato. Y el haber empezado por Derecho nuevo el magistrado á dar con conocimiento de causa curadores á los furiosos, provino de que muchas vezes los próximos cognados, ambicionando los bienes de alguno, decian que estaba loco, y con este pretesto invadian sus bienes como curadores legítimos. De lo cual se ve un ejemplo mui gra-

cioso en Plauto, *Menæch. act. V. scen. II. v. 75. y sigg.*, en donde una mujer y su padre tienen á Sósicles por loco, siendo así que estaba mui sano, y le mandan llevar al médico, para que le cure, cuando estaba mas cuerdo que el mismo médico. Pues para que no se jugase de esta suerte con la sencillez de otros, prometió el pretor admitir á los agnados á la curaduría de los furiosos; pero esto con conocimiento de causa, á saber, si le consta claramente que está loco aquel cuya curaduría pretenden. Por lo demas notaré de paso, que de aqui tuvo origen entre los latinos el elegante proverbio, *ad agnatos et gentiles remittendus*, de que usaban para significar, que uno no estaba en su juicio.

§. CCLXIX. 2º Sigue otra especie de curaduría legítima, á saber, la de los *pródigos*, los cuales estaban bajo la curaduría de los agnados y cognados lo mismo que los furiosos, porque tambien se decia de ellos que hacian un uso irracional de sus cosas, *L. 12. §. 2. ff. De tut. dat.* Por lo cual debe repetirse aquí lo que dijimos en el §. 268. Esta curaduría viene tambien de las XII Tablas, no porque en estas se hiciese mencion de ella, sino porque los juriscultos la hacian derivar de su testo por interpretacion estensiva, pues creían que para la economía ninguna diferencia mediaba entre un pródigo y un loco. Dándose pues curador á los furiosos, por malgastar sus cosas, habia motivos para darse tambien á los pródigos, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho.* Solo pues falta explicar, quiénes son los pródigos. Debe

hacerse distincion entre pródigos en sentido jurídico y pródigos en sentido moral. Se llaman *moralmente pródigos* todos aquellos que en sus gastos no tienen moderacion ni término, y consumen así sus bienes. Pero nosotros no tomamos en este sentido la palabra pródigo, porque si hubiesen de tomar curadores todos los pródigos de este género, era muy de temer que no se hallasen curadores para tantos como los necesitan. Pero *jurídicamente pródigos* se llaman aquellos, á quienes el pretor prohibió la administracion ó manejo de sus bienes; pues cuando el pretor con conocimiento de causa hallaba que alguno era pródigo, daba un decreto, cuya elegantísima forma nos conservó Paulo *Recep.*, *sent. lib. 3. tit. 44. §. 7.*, que era esta: pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos, y reduces á la indigencia tus hijos, te prohibo su administracion y manejo: *Quando tu bona paterna avitae nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Hecho esto, al instante quedaba el pródigo bajo la curaduría de los agnados y gentiles.

§. CCLXX y CCLXXI. De las especies de *curaduría dativa*, la primera es la *curaduría de menores*. ¿Pues que acaso la lei de las XII Tablas habia mandado que á estos se les diesen curadores? De ninguna manera; y esto por dos razones: 1ª Porque en el tiempo en que se formaron las XII Tablas, era severa y recta la disciplina de los romanos, y tan honrados y morigerados los jóvenes, que no necesitaban de curadores; lo cual

empezó á ser de otra manera en tiempos posteriores, cuando se hubo introducido el lujo. 2ª Porque en razon de que solo los locos y pródigos tenían curadores, la curaduría parecia en cierto modo ignominiosa; y por eso no querian los antiguos legisladores ofender la delicadeza y pundonorosa honradez de los jóvenes, tratándoles como á los pródigos y locos. De esta ignominia, que segun acabamos de decir, era inherente á la curaduría, se hallan señales en la *L. 2. ff. Si à par. quis manum.*, donde se dice ser *cosa inicua que los hombres de bien no tengan la libre administracion de sus cosas*. Pero andando el tiempo se creyó necesario al bien de la república, el que se atendiese al socorro de los menores, en consideracion á que por su poca edad podian fácilmente engañarse y ser engañados. Por esta razon se promulgó la lei *lætoria*, anterior á los tiempos de Plauto, que en su comedia intitulada *Pseudolus* ó el Embustero, *act. 4. scen. 3. v. 68*, la llama *quinavicennaria*, esto es, que exigia veinte y cinco años para poder manejar los bienes. Por esta lei 1ª se fijaron los años de la mayor edad, de suerte que se tuviese por mayores á los que pasasen de veinte y cinco, *L. 2. C. theod. De donat.* 2ª Se introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum* á favor de los menores perjudicados por contrato ó cualquier otro negocio, *Plaut. Rud. act. 5. sc. 3. v. 25.*, *Prisciano, lib. 8. p. 794 y lib. 48. p. 4464.* 3ª Tambien se estableció que á los menores de veinte y cinco años, que lo pidiesen (pues el hacerles tomar curador contra su vo-



luntad, se tenia por ignominioso), se les diesen curadores con conocimiento de causa. Sin embargo aún así no parecía haberse mirado bastante por los menores, porque (a) no á todos se daba curador, sino á los que le pedian; (b) no se daba curador sino con conocimiento de causa. Por estas razones estableció el emperador Marco Antonino, 1º que todos los menores recibiesen curadores, 2º y que esto fuese además sin conocimiento de causa. Véase á *Jul. Capitol.* en la *vida de M. Antonino*, c. 10., cuyo pasaje interpretamos en nuestros *Elementos* en el escolio de este párrafo. Desde aquel tiempo pues todos los menores de edad tuvieron tutores.

§. CCLXXII. Mas aquí se ofrece una duda no pequeña, porque según la constitucion del emperador Marco Antonino, todos reciben curadores, y sin embargo Justiniano, §. 2. *Inst. h. t.* dice espresamente, que no le reciben los que no le quieren, sino los que le piden; lo cual tambien se halla en la *L. 43. §. 2. ff. De tut. et cur. dat. L. 2. §. pen. et ult. ff. Qui pet. tut. et cur.* Á esto respondo, que ambas cosas son compatibles: en efecto no se da curador sino á los menores que le piden y desean; pero M. Antonino inventó un buen medio para obligar á los jóvenes á que le pidiesen, porque ni reciben la administracion de sus bienes, ni la tutela se considera acabada hasta tanto que piden curadores, *L. 4. §. ult. ff. De minor. L. 33. §. 4. L. 28. §. 4. L. 31. ff. De admin. tut.* Si pues los jóvenes quieren librarse de estar bajo de tutela (lo cual

sin duda quieren todos), deben pedir curadores (1). De esta manera se da solo curador á los que le piden, y sin embargo se da á todos. Esto se debe tener muy presente, porque Revardo, *lib. 4. Var. c. 12.*, Tomasio *in. annot. ad Inst.* y otros reprenden ásperamente á Triboniano, por haber escrito que los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad: ¡como si fuera probable que Triboniano ignorase en tanto grado el Derecho de su tiempo, que no supiese si se daban ó no curadores á todos los menores! Cómo! ¿lo que hoy no ignora el mas estúpido de los curiales, diremos que era desconocido á Triboniano?

§. CCLXXIII y CCLXXIV. El §. 273 ya queda explicado arriba en el 268. Resta solamente examinar, 1º quién nombra los curadores; 2º cómo acaba la curaduría; 3º qué accion se da contra los curadores acabada la curaduría; 4º qué cosa sea actor, y en qué se diferencia del curador.

1º Todos los que nombran tutores, nombran tambien curadores. Así pues en la ciudad nombraban curadores el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, y en las provincias los presidentes. Despues tambien otros magistrados recibieron por lei especial esta facultad, como dijimos en el §. 242. Tambien es claro que todos los que pueden ser tutores, pueden ser nom-

(1) Entre nosotros es costumbre que los pidan ellos mismos, siempre que no le tengan nombrado en testamento; porque entonces será este confirmado por el juez, según queda dicho en la nota anterior.

brados curadores; y por esto lo pueden ser los hijos de familia, con tal que sean mayores de edad. Pero el que es tutor, ¿podrá ser obligado á tomar tambien la curaduría? En el §. 48. *Instit. De excus. tut.* se dice que no puede; y la razon es, porque no parece razonable gravar á un amigo con dos cargas, cuando la remuneracion no es correspondiente.

§. CCLXXV. II.º Á la pregunta de *cómo se acaba la curaduría?* se responde fácilmente. 1.º Por parte de aquel á quien se da curador, se acaba la curaduría asi que cesa la causa por que se da. Por ejemplo, cesando la prodigalidad, la enfermedad, la minoridad, cesa la curaduría de los pródigos, enfermos, menores, pues *cesando la causa, cesa el efecto.* 2.º Por parte del curador se acaba la curaduría, (a) por escusa, v. gr. si el curador prueba que por estar ausente de la república, no puede atender á la curaduría; (b) por remocion, á saber, si el curador no desempeña con fidelidad la curaduría, y es removido por esto como sospechoso. Pero de esto hablaremos en el penúltimo y último título.

§. CCLXXVI. III.º No es ménos fácil comprender cuál es la *accion que compete contra el curador acabada ya la curaduría.* Le compete la *accion de tutela*, que esplicámos arriba en el §. 263, no la *directa*, sino la *útil*. Así como acabada la tutela pone el pupilo su accion contra el tutor, para que dé cuentas y restituya lo sobrante, y por el contrario el tutor contra el pupilo para que le resarza los daños, *L. 1. pr. seq. ff. De tut. et rat. distrah.*; de igual modo, con-

cluida la curaduría, interpone el menor accion contra el curador, para que dé cuentas y devuelva lo restante; y por el contrario el curador contra el menor, cuyas cosas administró, para obtener la indemnizacion, *L. 3. C. De arbitr. tut.* Esto es fácil de entender: lo único que todavía merece nuestro exámen, es la razon por que esta accion se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo, se llama *directa*? Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la lei, se llaman *directas*; las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretacion, por cuanto no se derivan de las palabras sino de la *razon de la lei*, se llaman *útiles*; y finalmente las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la lei, llevan el nombre de *acciones in factum*. De esto hai un notable ejemplo en el §. *últ. Inst. De L. aquil.*, donde se esplica la accion de la lei *aquila directa, útil é in factum*. Así que, como las leyes de la XII Tablas hicieron mencion de la *accion de tutela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los jurisconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho*; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela*.

§. CCLXXVII. IV.º Resta manifestar, *qué cosa sea actor*. Actor significa algunas vezes la persona que entabla una accion en juicio; pero aquí se toma esta pa-

labra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador*; porque así como el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da comision para ello á un *procurador*; del mismo modo el tutor ó el curador las da á un *actor*, §. *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque ¿qué importa que usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hai grandísima diferencia: 1º el procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituido por el dueño, *L. 1. ff. De procur.*: es así que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actor. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocablos; el dueño nombra *procurador*; una universidad, *sindico*; y el tutor ó curador, *actor*. 2º El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño*; pero el actor *necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador, y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII. [Aunque una lei de Partida declara incapaz al marido para ejercer la curaduría de su mujer, la *L. 7. tit. 2. lib. 10. Nov. Recop.* da facultad al marido, mayor de diez y ocho años, para administrar sus bienes y los de su mujer.]

## TÍTULO XXIV.

## DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título, la *escusacion*, materia del siguiente, y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos 1º qué cosa sean fianzas, §. 279; 2º por qué las dan los tutores, §. 280; 3º quiénes las dan, §. 281 hasta el 283, y 4º cuáles sean los efectos de estas fianzas, §. 284 y 285.

*Afianzar* á veces se toma en sentido general, á veces en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L. 61. ff. De V. S. L. 49. ff. De solut.* Más especialmente se entiende por fianza la caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras veces, *L. 59. ff. últ. §. mand.* Y en el sentido *especialísimo* fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L. 1. ff. Qui satisd. coguntur.* Aquí se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria*, y esto por dos razones: 1º porque esta caucion es preto-