

mo sistema esas absurdas y monstruosas distinciones que coartando toda libertad á los indios, los suponian faltos de raciocinio y aun menos que hombres, constituyendolos siempre en estado de minoridad. Esta disposicion de la legislacion española sin duda tuvo por objeto el bien estar de los naturales, y dimanò seguramente de la compasion y temor de que por la fuerza ò engaño se les quitasen sus propiedades. Estas son las disposiciones favorables de la antigua legislacion àcia los indios: calculemos por ellas mismas los hechos que las motivarian, y la intencion del legislador; y yendo aun mas lejos, deduzcamos finalmente que tal seria lo que encerraba el espíritu de conquista, y lo que tendia à la opresion y despotismo si esto era lo favorable y arreglado à justicia.

TITULO XXIV.

De las fianzas que deben dar los tutores y curadores.

HASTA aqui hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Siguen ahora algunas cosas que son comunes

à los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las excusas y el crimen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean facilmente defraudados de sus créditos, no obstante hay muchos casos en que no se puede admitir otra sino la fideiussoria. Tales el de los tutores y curadores, à los que no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduria, es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, porque es indeterminada la cantidad à que puede ascender el daño que el tutor ó curador cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen v. g. cinco mil pesos, y despues al tiempo de las cuentas se advirtiese un descubierto de diez mil, habria sido inútil al pupilo la caucion pignoraticia. Son pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

Con lo dicho se viene facilmente en conocimiento de la razon porqué se han inventado estas fianzas. La primera, porque aunque el tutor se dá principalmente para la persona, no obstante administra los bienes del pupilo y el curador se dá principalmente para las cosas. Siendo pues, regla general que todos los que administran cosas ajenas deben dar cuentas y afianzar, se sigue que es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion. A esto se añade la especial comiseracion de que sean dignos los huérfanos, porque importa á la república que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro, tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podria conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

Pero como no todos indistintamente estén obligados á ello, se hace preciso investigar cuales son los que deben prestar esta caucion, y cuales no. Sobre este punto establecemos un axioma general, del cual

se deducen algunas conclusiones especiales. Este es que *todos los tutores y curadores en quienes cabe alguna sospecha, están obligados á afianzar*. Se hará claro este axioma teniendo presente el fin de esta caucion, el cual segun ya hemos notado, es el de que los bienes del pupilo estén seguros asi de la malicia como de la negligencia del administrador: luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo ó le cause daño en sus bienes, cesando la causa, debe tambien cesar el efecto que es la fianza. De este axioma inferimos. 1.º Quienes no dan fianzas. 2.º Los que están obligados á darlas.

No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamentos sean ó no confirmados por el juez. (1) La razon es; porque el padre por el hecho mismo de nombrarlos da una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que dá por tutor á su hijo y de que está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el

(1) L. 9. tit. 16. y en ella Greg. Lopez núm. 5.

cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano. No teniendo, pues, lugar en estos sospecha alguna, según nuestro axioma, deben estar libres de la obligacion de afianzar.

Por el contrario se infiere: que estan obligados á dar fianzas: 1.º todos los legítimos aunque sean la madre y abuela. (1) La razon es, porque estos ni son nombrados por el testador ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes sino por parientes mas cercanos: porque tanto en ellos tiene lugar cualquiera sospecha, y conforme á nuestro axioma deben afianzar. 2.º Todos los curadores y tutores dados por los jueces ordinarios, (2) asi porque no suelen tomarse todos los informes necesarios acerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para escimirlos de las fianzas. La práctica es, que aun á los que se dan por los tribunales supremos se les mande afianzar, si no es

(1) Ll. 94. y 95, tit. 18. P. 3. y 9. tit. 16 P. 6.

(2) Arg. de la l. 12. tit. 16. P. 6.

que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se le dispense esta formalidad. 3.º Tambien estan obligados á afianzar aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion; (1) porque se presume que no se ofrecerian si no esperáran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo dà lugar á sospecha: luego debe afianzar.

Hemos visto ya de que principios se deduce la obligacion de dar fianzas y quienes la dan. Veamos ahora en que forma se deben dar. Por fianza entendemos, una seguridad que resulta de obligarse á satisfacer por el principal otros á quienes llamamos fiadores. De donde se infiere, que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados que prometan satisfacer en falta suya, asi todo el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia irroguen al pupilo. (2) Pero siendo me-

(1) L. 11. tit. 16. P. 6.

(2) L. 94. tit. 18. P. 3.

jor precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ó curaduria, sin que el nombrado se obligue interpuesta la religion de juramento á cumplir fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huérfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo (1) Asimismo que haga inventario formal y específico de todos los bienes muebles y raíces correspondientes al pupilo ó menor, porque de otra suerte no se le podría tomar cuentas ni hacerle efectiva la responsabilidad. (2)

El efecto que producen las fianzas que hemos dicho deben dar los tutores y curadores, es que concluida la tutela y curaduria resulten á favor del pupilo ó menor tres acciones para recobrar sus bienes. La 1.^a que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores en cuyos bienes tiene tácita hipoteca y contra sus herederos para que le den cuentas y restituyan lo ecisten-

(1) L. 9. tit. 16. P. 6.
(2) L. 99. tit. 18. P. 3.

te. (1) 2.^a Si con esta accion no consiguie de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar espresamente hipotecados para que le resarzan el daño ó pérdida causada por el tutor. (2) 3.^a Si los fiadores estan insolventes y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados, y se dá contra él la accion subsidiaria (3) para obligarlo á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en la recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, ni se debe esperar de ella mucha utilidad. 1.^o Porque siempre milita por el juez la presuncion de diligencia mientras que no se prueba lo contrario, y esta prueba es bastante difícil por lo comun. 2.^a Porque quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idóneos, y que despues que-

(1) Ll. 23. y 26. tit. 13. P. 5. y 21. tit. 16. P. 6.
(2) Ll. 94. tit. 18. P. 3. y 21. tit. 16. P. 6.
(3) Feb. de invent. lib. 1. cap. 1. § 2. núm. 77.

braron, lo que sucede frecuentemente.
3.º Porque aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito á los magistrados.

TITULO XXV.

De las excusas de los tutores y curadores.

Ademas de la obligacion de afianzar, es comun á los tutores y curadores la facultad de excusarse. Veremos pues en este titulo; 1.º porque se les concede que se excusen, y 2.º cuantas clases hay de excusas.

Se conceden á los tutores y curadores algunas excusas, porque segun hemos dicho ya, tanto la tutela como la curatela son un cargo público personal que están obligados á admitir todos los ciudadanos. A la manera pues, que hay justas causas que sirvan de excusa para no servir otros cargos públicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela.

Segun lo dicho, excusarse en nues-

tro derecho *es alegar una causa justa, por la cual no está alguno obligado ó no puede admitir el cargo que se le encomienda.* (1) De aqui se deduce facilmente de cuantas maneras son las excusas. Se dividen 1.º en voluntarias, que alegadas aprovechan, v. g. el número de hijos. Si esta causa se alega, servirá de excusa; pero si no, aun el padre de muchos hijos será obligado á recibir la tutela: y 2.º en necesarias, que aunque no se opongan impiden el ejercicio de la tutela: v. g. el pleito con el pupilo, del cual, si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

Las excusas voluntarias, se subdividen en tres especies. 1.ª En unas que se admiten por razon de privilegio. 2.ª En otras por razon de impotencia. 3.ª En otras por peligro de la fama.

Por privilegio se excusan. 1.º Los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legitimos, no espurios, vi-

(1) L. 1. y sig. tit. 17. P. 6.

vos ó muertos, en la guerra. Porque los que dan la vida por la pátria se tienen por vivos en la fama. (1) 2.º Los embajadores y otros ausentes por causa de la república, durante su ausencia; pero restituidos á su pátria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año contado desde el dia de su regreso no se les puede obligar á tomar otra. (2) 3.º Los jueces que estan en actual ejercicio; pero el que hubiese recibido la tutela antes de serlo no se puede despues excusar por esta razon. (3) 4.º Los maestros de gramatica, retórica, dialectica y medicina, que por mandado del rey enseñan en su patria ó fuera de ella. (4) 5.º Los doctores en leyes que son jueces ó consejeros y los caballeros y soldados que residen en la córte ó en otro lugar para utilidad del público. (5) 6.º Los recién casados, desde el dia que con-

(1) L. 2. tit. 17. P. 6.

(2) La misma l. 2.

(3) Dha. l. 2.

(4) L. 3. tit. 17. P. 6.

(5) Dha. l. 3.

trageron matrimonio hasta cuatro años despues. (1) Ultimamente tienen en España privilegio para excusarse de la tutela y curaduría todos los que tengan doce ó mas yeguas de vientre propias, ó tres caballos padres por tres años continuos. (2) Pero la abundancia de caballos que hay en la América no ha permitido que se estienda á ella este privilegio.

2. Por razon de impotencia se excusan todos aquellos que no están á proposito para administrar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad: de otra snerte su excusa sería necesaria, y ni en el caso de que condescudiesen serian admitidos. Tales causas son. 1.ª Tener actualmente tres tutelas. 2.ª La pobreza que obliga á vivir del trabajo personal. 3.ª La enfermedad, pero no cualquiera sino la crónica que no dá esperanza de sanidad, y hace al hombre inútil para el manejo aun de sus pro-

(1) L. 14. tit. 1 lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Céd. de 8 de sept. de 1739. art. 3. y L. 3. tit. 17. lib. 6. Rec. de Cast.

prios intereses. 4.^a Se escusan tambien los ignorantes de leer y escribir; porque son inhábiles para llevar cuentas con exactitud. Pero si la tutela fuese de fácil desempeño y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente el mayor de 70 años.

3. Por razón de peligro en la fama, se puede excusar el que movió pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario. El que tiene que demandar á este sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió. (1) Podría parecer esta causa opuesta á la caridad cristiana y que las leyes fomentan el ódio que condena la ley de Jesucristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede excusa a los nombrados en este caso por consultar á su fama. Porque si estos fuesen obligados á admitir la tutela, se creería fácilmente que iban á aprovecharse de la ocasión para vengar

(1) L. 2. tit. 17 P. 7.

su ódio en el pupilo. Para evitar pues, el deshonor que les podían causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se excusen si lo juzgan por conveniente. (1)

Hemos visto ya las excusas voluntarias que libran del cargo de la tutela si se alegan: siguen las necesarias, que aunque no se opongan sirven de impedimento para ejercerla. Tiene excusa necesaria 1.^o el loco, fatuo ó mentecato. El mudo, sordo, y ciego total. Porque aunque todos estos si son nombrados en testamento no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se da otro tutor (lo que tambien se verifica en los menores de 25 años) con todo, no son admitidos á la administracion de la tutela si no dejan de ser locos, sordos, ciegos ó menores; por que no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros, están en curátela. 2.^o El mismo género de excusa tiene el administrador de rentas reales. 3.^o

(1) Dha. ley 2. tit. 17. P. 6.

El soldado mientras está empleado en el servicio. 4.º El sacerdocio, y el estado religioso son tambien impedimentos para el ejercicio de la tutela. Pero á los clérigos seculares, excepto los obispos, solo se les prohibe ser tutores testamentarios y dativos, mas no legítimos. La razon de esta disposicion ha sido que los dedicados al culto divino, no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas por el manejo de negocios temporales. (1) Ultimamente por las leyes de Partida se escusaba necesariamente el marido de la curaduria de su muger menor; pero por derecho del dia no solo no está impedido, sino que espresamente se concede que sea administrador de sus bienes. (2)

Resta solamente explicar ante quienes y de que modo se deben proponer las escusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan con

(1) Ll. 4. y 14. tit. 16. P. 6. y 2. tit. 17. P. 6.

(2) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda, deben alegar y probar sus escusas ante el juez competente; y como estas se proponen por modo de escepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras. (1) Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de cincuenta dias contados desde el en que tuviesen noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia. Pero si escediere de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de ellos. El espediente que se instruya acerca de la admision de la escusa, se debe finalizar dentro de cuatro meses contados desde el dia en que se comenzó; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se escusa, puede apelar al superior. (2)

(1) Arg. de la ley 9. tit. 3. P. 3. y L. 1. tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tit. 17. P. 6.

De los tutores y curadores sospechosos.

Se llaman *sospechosos*, todos aquellos tutores ó curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida.

(1) Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor disipándolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas ó gravándolas con censos, ya haga estas cosas por dolo ó por culpa, tenga ó no facultades con que restituir los daños que cause. (2) Porque así como la pobreza por si sola á ninguno hace sospechoso, si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, así tampoco las riquezas si no están acompañadas de buena conducta pueden por si solas remover la sospecha que ocasionan los indicios del mal proceder. Es verdad que podría juzgarse que un tutor

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

(2) Dha. ley 1.

rico no debe ser acusado como sospechoso, porque aunque administre mal los bienes ó los disipe tiene como resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos racionan de otra suerte y conforme á aquel principio constante en derecho, *satius est intacta jura servare quam vulnerata causa remedium querere*, tienen por mejor, que sea removido semejante tutor, que no esponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion. (2)

De lo dicho se infiere: que la accion de sospechoso, no es otra cosa que una acusacion *cuasi pública del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido y de que se le imponga la pena correspondiente*. (2) Esta acusacion puede intentarse ó civil ó criminalmente. En el primer caso conspira solo á que el tutor ó curador sea removido de la administracion dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados.

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

(2) Ll. 2. y 4. tit. 18. P. 6.

En el segundo, a que se le castigue con pena arbitraria.

Siendo cuasi pública la acusacion del tutor sospechoso se infiere claramente que puede hacerla cualquiera del pueblo. (1) No se llama así porque se trate del castigo de un delito que sea público en rigor (pues la malicia é infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la república, como la hacienda del pupilo: por lo que mas bien pertenece à las causas privadas) sino que tiene este nombre porque aunque no tengan interés inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos los del pueblo. La razon es: porque importa à la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos estén seguros, y al efecto estiende la facultad de acusar hasta las mugeres, aunque por principios generales de derecho les está prohibido presentarse en juicio por otros, y acusar. No obstante: hay algunas personas que están obligadas à acusar à los tutores sospecho-

(1) Dha. ley 2.

sos, de suerte que omitiendolo se harán dignas de reprehension. Tales son los parientes inmediatos y principalmente la madre del pupilo. (1) Pero no lo puede hacer el mismo pupilo; porque los impuberes no tienen persona legítima para presentarse en juicio ni por sí ni por otros. Mas siendo mayor de 14 años puede con consejo y aprobacion de sus parientes escusar à su curador. (2) Finalmente no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerle de oficio, luego que le conste de su mal proceder. (3)

Hemos visto quienes pueden acusar à los sospechosos: síguese decir quienes pueden ser acusados como tales. A esto responderemos segun lo dicho en la definicion, *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida*, ya sean testamentarios dativos y aun legítimos. Esta es la regla en to-

(1) L. 2. tit. 18. P. 6.

(2) Dha. ley 2.

(3) Ley 3.

da su generalidad: pero nuestro derecho especifica algunos casos en los cuales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1.º haber sido tutor ó curador de otros huerfanos y malversado sus bienes ó enseñadoles malas costumbres. 2.º Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes. 3.º Negar delante del juez que tienen como subministrarle los alimentos siendo falso. 4.º No haber hecho antes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho. 5.º No defender al pupilo y sus bienes asi en juicio como fuera de él; y 6.º tambien, esconderse y no querer parecer cuando supieren que los habian nombrado por tutores ó curadores. (1)

No es suficiente para impedir la remocion, que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tute-

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

la. (1) Porque segun dijimos ya, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la práctica no son removidos tan facilmente los tutores legitimos como los demas. La razon es; porque siendo estos los parientes mas próximos del pupilo, y haciendose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendria à redundar en el mismo pupilo, principalmente si su madre ó su tio se declarasen infames. Por tanto para evitar estos inconvenientes, no se suele remover al tutor legitimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legitimo no malverse los bienes, y se les conserve la fama.

El fin de esta acusacion se deduce tambien de la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion y para que à arbitrio del juez paguen los daños que hayan causado

(1) Dha. ley 1.

al pupilo. (1) El orden que en esto se debe observar es, que luego que se entabla la acusacion y se contesta el pleito por el tutor, se le prohíbe la administracion, á lo cual llaman los prácticos *suspension*. No se remueve pues desde el principio, porque esta es ya una pena por la cual no debe comenzar, sino que se le suspende, esto es, se le prohíbe la administracion, y se nombra al pupilo un curador interino. (2) Se sigue despues el conocimiento de la causa de la cual aparece, ó que no ha obrado mal y entonces se alza la suspension al tutor y se le absuelve, ó que no ha administrado con fidelidad, y en este caso se le remueve con infamia ó sin ella. Será removido con infamia, si se le prueba dolo ó culpa lata, y sin infamia si solo culpa leve. (3) De este modo se procede por lo regular. Otras veces es castigado el tutor extraordinariamente: esto se verifica cuan-

(1) L. 4. tit. 18. P. 6.

(2) Ley 3.

(3) Ley 4.

do aparece del proceso algun delito de mucha gravedad, v. g. que hubiese maquinado contra la vida del pupilo, y entonces se le impondrá la pena correspondiente. Esta acusacion se debe hacer ante el juez del lugar en que el menor tiene sus bienes, ó ante los tribunales supremos de las audiencias por gozar los huerfanos del privilegio llamado *caso de corte*. (1)

Finalmente cesa ó se acaba esta acusacion. 1.º Por muerte del reo, cuando la causa no se ha sentenciado. La razon es, porque este juicio tiene por objeto la remocion del tutor con infamia y asi se intenta para que se le imponga la pena; y como esta no puede imponerse á un muerto si no es en los casos espresos en derecho, por tanto no se continúa la causa si muere el tutor acusado de sospechoso. Es verdad que se deben resarcir al pupilo los daños que se le hayan causado por la mala administracion del difunto; pero estos los puede repetir con la accion de tutela que

(1) Ll. 20. tit. 23. P. 3. y 2. tit. 18. P. 6.

tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de estos (1) como dijimos arriba. 2.º Espira tambien la acusacion cuando se concluya el tiempo de la tutela antes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no ejerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela para obligar al que fué su tutor á que le restituya todos los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, ya sean estos ocasionados por dolo, culpa lata ó leve cometida en el desempeño de su cargo.

ADICION.

Por la actual legislacion y establecimiento de los tribunales en diversas instancias, ha quedado derogado el llamado caso de córte.

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

INDICE

DE LO CONTENIDO

EN ESTE TOMO.

<i>Advertencia del editor.....</i>	
<i>Prólogo del autor.....</i>	
<i>Compéndio de la historia del derecho de España.....</i>	PAG. 1
<i>Adicion.....</i>	16
TIT. I. <i>De la justicia y del derecho..</i>	19
I.ª parte. <i>De la justicia y sus divisiones.....</i>	<i>id.</i>
II.ª parte. <i>Del derecho ó de la jurisprudencia.....</i>	32
<i>Adicion.....</i>	45
TIT. II. <i>Del derecho natural de gentes y civil.....</i>	46
<i>Adicion.....</i>	64
TIT. III. <i>Del derecho de las personas.</i>	65
§. I. <i>Del estado de libertad.....</i>	68
§. II. <i>Del estado de ciudad.....</i>	82
§. III. <i>Del estado de familia.....</i>	89
<i>Adicion.....</i>	<i>id.</i>