

buenaconducta y méritos personales, real cédula de 19. de febrero de 1794. y otra de 1803. y la legitimacion por rescripto del Príncipe es mas ó ménos amplia para los efectos civiles, conforme á la voluntad del superior.

Si alguna hija natural casare con algun Juez mayor de Ciudad, ó Villa, cuyo oficio sea perpetuo, se hace legitima en el mismo hecho del matrimonio. Lo mismo sucede con el hijo natural, que se ofreciere el mismo al servicio del Rey II. 5. y 8. tit. 15. P. 4. Esta doctrina, de que el autor no hace mención, tal vez contándola entre las que no se practican, por razon de las circunstancias populares, y otros motivos que supone en el §. 3. me parece, que se debe saber, por la misma razon de variedad de circunstancias en nuestros pueblos, pues supuesto que no hay nada legitimamente contrario á la disposicion de dichas leyes, pueden servir en algunos casos, con arreglo á los principios de nuestra Jurisprudencia.

TITULO VII. DE LA TUTELA Y CURADORIA.

1. *Qué sea tutela.*
2. *Á quiénes se puede dar tutor, y á qué fin.*
3. 4. y 5. *Division de la tutela: y de la testamentaria.*
6. 7. 8. *Quiénes pueden ser dados tutores.*
9. *El tutor debe ser nombrado señaladamente.*
10. 11. *De la tutela legitima.*
12. *De la dativa.*
13. *Qué debe hacerse quando muchos Jueces dan tutor.*
14. *Modos de fenecer la tutela.*
15. 16. *De los Curadores, y si pueden darse en testamento.*
17. *Que sea excusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, ménos en la tutela legitima.*
18. 19. 20. 21. *Se refieren y explican varias excusas.*
22. *Descuido notable de Asso y de Manuel en este particular.*
23. *Tiempo para proponer la excusa, y para decidir la causa ó pleyto en su razon.*

24. *Qué sea tutor sospechoso; y se refieren varios que lo son.*
25. 26. *Quiénes pueden acusar: Qué tutores pueden ser acusados de sospechosos; y cuales sean los efectos de la acusacion.*
27. *De las obligaciones del tutor antes de entrar en la tutela.*
28. 29. *De la obligacion de afianzar los tutores; y qué alcanza á la madre y abuela.*
30. *Qué deba hacerse cuando son muchos los tutores.*
31. *Dónde debe ser educado el pupilo.*
32. 33. 34. *De las obligaciones del tutor en quanto á dar alimentos al pupilo, y mover las causas que conviniere á este.*
35. *Tiene el tutor obligacion de cuidar bien de los bienes del pupilo, y emplear el dinero sobrante.*
36. y 37. *Del modo en que puede el tutor enagenar las cosas del pupilo.*
38. *De la obligacion de los tutores, sus fiadores, y sucesores de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.*
39. *De la décima que se debe dar al tutor, y cómo debe sacarse.*
40. *Derechos del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.*

POr quanto de los hombres libres, que no están baxo la patria potestad de otros, unos están en tutela, otros en curadoria, y otros fuera de todo, y en asunto de tutelas y curadorias hay mucho que advertir, es preciso hablemos aquí de ello con alguna extension. Tutela en latin, dice la *ley 1. tit. 16. P. 6.* quiere decir tanto en romance, como: *Guarda que es dada al huérfano libre, menor de 14. años: e la huérfana menor de 12. años (1).* Y advertimos para proceder con mayor claridad, que en las leyes de las *Partidas* apenas se hallan los nombres, *tutela, curadoria, tutor, curador*, sino en su lugar, los generales de *guarda, y guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoria, tutores ó curadores: lo que no dexa de causar embarazo. Y para evitarle usaremos aquí de los citados especiales *tutela, &c.* como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la *Recopilacion*; y en alguna de las *Partidas*, aunque con relacion al idioma latino, como en la *ley 4. tit. 5. P. 5. y en d. l. 1.*

(1) §§. 1. y 3. *Instr. de tutela.*

2 Por la palabra *libre* de la definición, entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa 1. de dicha ley 1.* no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está baxo la patria potestad (1). Se dan tutores á los de la expresada edad, aunque no le quieran (2). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleyto del menor (3), salvo el caso en que se le moviese el pleyto de servidumbre, en el qual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleyto, *d. l. 1.*

3 Tres son las especies de tutela, testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es: *La que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder, d. l. 2. l. 3. d. tit. 16. (4).* Y sobre el decir esto lo mismo del abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun la misma ley 3. dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siem-

(1) *Princ. eod.* (2) *L. 6. de tut. et cur. dar.* (3) *§. 4. Inst. qui testam. tut. dar. pos.* (4) *§. 3. Inst. de tutel.*

pre. Però sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l. 3. tit. 16. P. 6.* porque quando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *póstumos*, se reputan nacidos (1), pero no quando les seria perjudicial, *ley 3. tit. 23. P. 4.*

4 De la madre dice la *ley 6. de tit. 16.* que si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Però en seguida añade, que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado del Juez del Lugar donde son los bienes: cuyo Juez le debe confirmar, y otorgarle la tutela (á esto llaman los Prácticos *decernir*), sino es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes romanas, era necesaria en este caso la inquisicion ó exámen de las circunstancias del tutor (2). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la cuestion Greg. Lop. en su *glosa 2. si*

(1) *§. 4. Inst. eod. l. 7. de stat. hom.*
 (2) *L. 2. de confir. tut.*

será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley 6.*, que si la madre no instituyera heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dexara alguna cosa, podria el Juez confirmarle si quisiese, y de este modo, y no de otro valdria. El no valer ningun nombramiento de tutor, hecho por la madre, sin la subsiguiente confirmacion del Juez, es por no tener patria potestad: de la cual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley 3. de. tit. 16.*

5 De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento instituyéndole heredero, ó cualquier á un extraño, en los mismos términos, debe el Juez confirmarlo; y así y no de otra suerte será tutor, *l. 8. tit. 16. P. 4.* Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente á cierto tiempo, ó baxo de condicion, segun fuese la voluntad del testador, *d. l. 8. (1).*

6 Pueden ser dados tutores los que no

(1) *§. 3. Inst. qui test. tut. dar pos.*

están prohibidos; y los que están, son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25. años, y la muger, *l. 4. d. tit. 16.* Pero en la *glosa 5. de esta ley* dice Greg. Lop., que la prohibicion del menor debe solo entenderse en las tutelas legitima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá tenerla para administrarla quando fuere mayor. Y es de admirar, que para apoyar esta doctrina no haya echado mano de la *ley 7. del mismo título 16.* que la prueba expresamente: bien que lo advirtió en la *glosa 2. de esta misma ley 7.* Y en cuanto á mugeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el Juez del Lugar donde son ellos, que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otro las mugeres, ó como suele decirse, el beneficio del senadoconsulto Velejano, que prohibió esta obligacion de las mugeres, *d. l. 4.* que añade la razon de estas dos condiciones, diciendo ser la

de la primera, porque casándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque si no hiciesen la expresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela, y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el Juez del Lugar en que esto sucediere sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y no esté prohibido ser tutor. Y si hallare, que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5. de tit. 16.*

7. Ademas de los que acabamos de expresar, cuenta la *ley 14. de dicho titulo 16.* por prohibidos á los Obispos y Monjes. Y de los Sacerdotes y demas Clérigos seculares dice, que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el

Juez del Lugar dentro de quatro meses despues que supieren la muerte de su pariente, que dexó hijos sin guardador, y decir á este el que quieren serlo de los hijos que lo fuéron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice, que no pueden serlo, sino es que el padre en su testamento les nombrase. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al Rey por razon de que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

8. Entre los que están prohibidos de ser tutores no cuentan las citadas *leyes 4. y 16.* á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7. dicho tit. 16. P. 6.* en la manera siguiente: Si el testador nombra tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25. años: y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dexase por tutor á un esclavo ageno, no valdria, ni seria tutor.

(1) *Nov. 123. cap. 5.*
Tom. I. 21

9. Y debe advertirse, que cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera, que se pueda saber ciertamente qual es. Si acaeciese pues, que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, sino pudiese saberse ciertamente qual de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria. *d. l. 7. vers. Otrosí.*

10. En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado muriese este antes que el testador, seria tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado, lo serían todos. *l. 9. tit. 16. P. 6.* Y en su *glosa 1.* advierte muy bien Greg. Lop. seria lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y sino la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad. *d. l. 9.* Llámase legítima esta tutela, porque compete

por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11. La ley 10. del mismo título 16. aprueba la legítima tutela que los romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14. años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud, apenas podrá suceder este caso.

12. A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados así, porque son dados por el Juez. Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes, que heredarían al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al Juez del Lugar le dé tutor, que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y sino le pidieren, pierden el derecho que tenían de heredarle, si muriese sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlo los amigos del mozo, ó cualquier otro del pueblo; y el Juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500.

(1) *Princ. Inst. de Atilian. tut.*

maravedis (de oro debe entenderse, segun el valor que en otra parte explicaremos): mas si valieren ménos, bien podrá mandarlo á otro Juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el Juez del domicilio del mozo, sino tambien el del Lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradixera, l. 2. tit. 16.

13. Y si todos los Jueces que lo pueden dar, dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lop. en la glosa 13. de dicha l. 12. que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el Juez del origen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, porque al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el Juez del domicilio, fundados en dos razones. La una, por este el órden en que están escritos en esta ley 12. Y la otra, porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias

tiene el Juez del domicilio mas proporción para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo Grande, deben las Audiencias remitir al Rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, l. 14. tit. 5. lib. 2. de la Recop.

14. La ley 21. d. tit. 16. refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I. Por cumplir el huérfano los 14. años, si fuere varon, ó los los 12. si fuere hembra (1). II. Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III. Por la esclavitud de uno de los dos (3). IV. Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos, que son llamados legítimos. VI. Si se excusase el tutor por causa legítima. VII. Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lop. en la glosa 2. d. l. 21. entenderse por la palabra desterramiento, el que llamáron los roma-

(1) Princ. Inst. quib. mod. tut. finit.

(2) §§. 3. et 4. eod. (3) d. §. 4.

nos *deportacion*, y hemos explicado en el *tit. 3. n.6.* Sobre el IV. que en lo que dice la *ley so condicion*, quiso significar, *pendiente ó durante alguna condicion*. Vemos lo resiste algo la expresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Sino es que digamos, que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el derecho romano (1): pero esto lo impide la palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V. en cuanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legitima, es conforme al derecho romano, que puso Justiniano en sus Instituciones (2), segun el cual la tutela legitima de los parientes, solo competia á los que lo eran por agnacion, y la perdia el tutor por su adopcion. Nos persuadimos que los Compositores del libro de las *Partidas*, lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados (3), y que nuestra *ley 9. tit. 16. P. 4.* llama á la tutela á los parientes baxo el nombre general y natu-

(1) §. 2. *cod.* (2) §. 3. *cod.*(3) *Novel. 118. cap. 5.*

ral de *parientes*, extensivo no ménos á cognados que á agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Celebraríamos ver quien discurriese mejor, para conformarnos desde luego con su dictámen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido; y cognados los que son por parte de madre, ó alguna hembra.

15. *Fenecida* la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14. años hasta los 25. y tambien á los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, *mentecatos*, 7. 13. *de tit. 16.* Y como el darse á estos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lop. en la *tañetosa 1.ª de esta ley*, que tambien debense darse á los *prodigos*, *muídos*, *sordos*, y demas que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas, segun lo dispuso el derecho romano (1). Asso y de Manuel en sus Instituciones del derecho civil de Castilla, pag. 11. vers. *Muchas* atribuyéron á Greg. Lop. haber dicho en la

(1) §§. 3. et 4. *Inst. de curata.*

glosa 2. de la ley 2. d. tit. 16. que no habia curadoría legítima para los furiosos, cuando allí dixo lo contrario.

16 Los que están en su acuerdo, dice *d. l. 13.* esto es, los menores de 25. años, á quienes por la sola falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, sino los quisieren; sino es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (1). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25. años, *Greg. Lop. en la glosa 2. de dicha l. 13. Gutier. de tutel. part. 1. cap. 9. n. 18.*; pero acordamos lo que diximos en el *tit. 4. n. 28. al fin.* No puede el curador ser dado en testamento; pero si fuere dado, y entendiere el Juez ser útil al menor, débelo confirmar, *d. l. 13. (2).* Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien *Greg. Lop. en la glosa 5. de d. ley 13. y Gutier. de tutel. part. 1. cap. 19. n. 30.* Dicha *ley 13.* habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun,* en que dice, que al huérfano que ha guardador, no le

(1) §. 2. *Inst. de curat.* (2) §. 1. *eod.*

deben dar otro: cuya doctrina con las excepciones que allí la siguen, ya la entienden los mismos Lopez y Gutierrez del tutor, como tambien lo estableció el derecho romano, sentando la famosa regla: *Habenti tutorem tutor dari non potest* (1). Los modos de acabarse la curadoría son los mismos por que fenece la tutela; con las diferencias. que la edad es la de 25. años, y que tambien se acaba si el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres (*). Consideramos tambien oportuno notar aquí. Que los mayores de 20. años pueden pedir en el Consejo la dispensa para poder administrar sus bienes, sin licencia ni autoridad de Curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M. que suele conformarse y concederla. En virtud de esta vénia, puede el que la ob-

(1) §. 5. *eod.*

(*) Este párrafo se le habia pasado al autor ponerlo aquí como su respectivo lugar, y lo habia puesto al fin de la obra.

tuvo hacer y otorgar cualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier actos que le convengan judicial ó extrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia: como tambien tomar cuentas con pago de cualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán darsela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raices de su hacienda, sin autoridad ni Decreto de la Justicia, hasta que hayan cumplido los 25. años. Así lo trae en el *tomo 1. cap. 98. de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fué su secretario, y explica latamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que si el pretendiente es mayor de 13. años, puede obtener de la Cámara la dispensa de los 18. hasta los 20. y con cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida vénia. Hablan de ella los *Autos acordados 92. tit. 4. lib. 2. 34. tit. 19. d. lib. 2. y 26. tit. 5. lib. 3.*

17 Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competirles la tutela, de-

xan de ser tutores, ó porque se excusan, ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas, que quanto diremos de tutores, queremos se entienda tambien de curadores. Siendo la tutela un oficio, que aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respectos, mereciendo la Real proteccion los que están en ella, *l. 41. tit. 18. P. 3. l. 20. tit. 23. P. 3.* no es de estrañar necesiten de justa causa los que quieran excusarse de administrarla. *Excusanza* dice la *ley 1. tit. 17. P. 6.* es como: *Monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenuto de recibir en guarda a él, nin á sus bienes.* Es pues preciso para conseguirla, tener alguna razon derecha, ó justa causa. Solo advertimos en este particular, que á nuestro dictámen, no necesitan de causa alguna para excusarse los tutores legitimos, atendidas la *ley 2. vers. La tercera,* y la *ley 12. en el principio del tit. 16. P. 6.* que lo dexan á su arbitrio; y de consiguiente, que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

18 En la *ley 2. de dicho tit. 17. P. 6.*

se refieren varias de estas justas causas, que son: I. En tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del Rey (1). II. El ser recaudador de las rentas del Rey (2), ó ser su mensagero; y el haber de juzgar y cumplir la justicia por obra. Y añade la misma ley, que ninguno de estos puede excusarse de la tutela que hubiese recibido ántes de tener su oficio (3). Cuya añadida, y lo que vamos á ver sobre la excusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg. Lop. y á Gutier. que creyeron, aquel en la glosa 5. de d. l. y este en su lib. de tutel. par. 1. cap. 21. nu. 4. et 5. significarse al ausente por causa de la República, por la voz *Mensagero*: la cual segun D. Sebastian Covarrubias en su tesoro de la lengua castellana, y el diccionario de la misma de la Real Academia Española, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron las leyes

(1) *Princ. Inst. de excus.* (2) §. 1. cod. (3) d. §. 1.

10. tit. 31. P. 2. y la ley 13. tit. 29. P. 3.; por todo lo cual juzgamos, que su *Mensagero* en d. l. 2. tanto vale, como llevador de recados, ó cobrador de los Recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*. Confrontan esta excusa con el texto romano que habla de la siguiente.

19 III. excusa es, *ir en servicio del Rey por su mandado a alguna parte, que fuese muy leuñe; o fuese allá por servicio, o por pró comunal de la tierra en que vive.* Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la República; y con efecto, el mismo Lop. en la glosa 9. y Gutierrez en el n. 6. la confrontan tambien con la que las leyes romanas concedieron á estos ausentes (1). Y lo acaba de convencer el que á estos tales, dan nuestra ley 2. que puedan separarse de la tutela que ántes tenían, encargándola á otro durante su ausencia: y que vueltos tengan un año de vacacion ó excusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV. excusa es, si acaeciese algun pleyto granado de nue-

(1) §. 2. cod.