

## TITULO IV.

## DE LA TUTELA Y CURADURIA.

## CAPITULO PRIMERO.

## De la tutela.

- |   |   |
|---|---|
| <p>1 Definicion de la tutela y curaduría, y quiénes estan bajo de una y otra.</p> <p>2* Casos en que los menores de veinte y cinco años no necesitan curador, y de la venia de edad.*</p> <p>3 Quiénes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad.</p> <p>4 Quiénes pueden ser nombrados tutores, y advertencias interesantes sobre este punto en las dos notas.</p> <p>5 Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo.</p> <p>6 Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente miéntras se mantienen viudas.</p> <p>7 Se entiende lo dicho en el párrafo anterior, aun cuando el marido difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela.</p> <p>8 De la tutela testamentaria.</p> <p>9 La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales, instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombra-</p> | <p>miento.</p> <p>10 El abuelo paterno puede dar tutor en los mismos términos á sus nietos, con tal que estos no hayan de recaer en la potestad de su padre.</p> <p>11 De la tutela legítima.</p> <p>12 Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre.</p> <p>13 Pena del pariente que no pida al juez nombre tutor al pupilo cuando este no lo tenga.</p> <p>14 De la tutela dativa.</p> <p>15 Quiénes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene?</p> <p>16* Juez en tutelas y curadurías de personas aforadas.*</p> <p>17 El juez debe discernir las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos, para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes.</p> |
|---|---|

1. Como los menores carecen de la experiencia y discernimiento necesarios para saber conducirse, dispusieron las leyes para su propia utilidad, por la del estado, y con el objeto de que siendo huérfanos de padre, no los engañasen ni perjudicasen los mayores, que se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y de sus bienes, á las que se dió el nombre de *tutores y curadores*: ordenando ademas que los tutores se diesen á los pupilos, y los curadores á los púberos ó adultos, y así dice la ley 1. tit. 16. part. 6. que la tutela *es guarda, que es dada é otorgada al huérfano libre me-*

*nor de catorce años, é á la huérfana menor de doce años, que non se puede nin sabé amparar.* Y curador, segun la ley 13 del mismo título y partida, es *aquel que dan por guardador á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco, seyendo en su acuerdo;* de que se deduce que la tutela es lo mismo que guarda y defensa, y tutor lo propio que defensor y guardador de huérfano pupilo, ó menor de catorce años: por lo que este debe recibir por tutor el que se le dé, aunque no lo pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes.<sup>1</sup> Y como el pupilo no puede obligarse civilmente ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan y le sean útiles, precediendo para ello las solemnidades legales. Pero el curador se da al huérfano púbero, y tambien á los fatuos, locos y desmemoriados, sin embargo de que estos sean mayores de veinte y cinco años, como lo dice dicha ley 13, á los que se deben agregar los pródigos declarados, que por su prodigalidad y desordenada conducta son reputados por locos (a); y así el cuidado del curador se dirige principalmente á la custodia y administracion de los bienes del púbero, y accesoria ó secundariamente á la de su persona. Igualmente se nombran curadores ó defensores á los bienes de los ausentes mucho tiempo de su patria, cuyo paradero se ignora; á los de los cautivos; á los del difunto, cuando está yacente ó sin aceptar su herencia; y á los de otros.<sup>2</sup> \*Antiguamente los indios eran tambien reputados como menores de veinte y cinco años, aunque hubiesen pasado de esa edad; pero hoy se ha declarado expresamente, que supuesto que son iguales á todos los demas ciudadanos, han salido del estado de minoridad.<sup>3\*</sup>

2. \*Hay asimismo algunos casos en que los menores de veinte y cinco años no necesitan curador como si fuesen mayores. El primero se verifica en el casado que ha entrado en los diez y ocho años, de que hablamos ya en otra parte.<sup>4</sup> El segundo tiene lugar en los que han obtenido venia ó dispensa de edad para administrar por sí mismos sus bienes. Como esta habilitacion no es mas que la dispensa de una ley, toca al legislador;<sup>5</sup> y por eso en la república se concede por los congresos general y particulares, segun la vecindad del pretendiente. Para conseguirla se requería la edad de veinte años en el varon y de diez y ocho en la muger; que el primero compareciese por sí mismo, aunque la segunda podia hacerlo por procurador, y acreditar con informacion judicial la ap-

1 L. 1. tit. 16. part. 6.

(a) Vease el n. 49 del cap. 2. tit. 1. de este libro.

2 L. 12. tit. 2. part. 3. Garcia *De expensis* cap. 20.

TOM. I.

3 Circular de 11 de enero de 1821.

4 Vease el n. 55. cap. 3. tit. 2. de este libro.

5 Aut. 26. tit. 5. lib. 3. R., ó ley 7. tit. 5. lib. 10. N.



titud para manejar sus bienes sin necesidad de curador:¹ entre nosotros no ha fijado todavía ninguna ley las condiciones para ello, y por lo mismo juzgamos entretanto muy conducente se observen las referidas. Conseguida esta gracia, es necesario que el que la obtuvo se presente con ella al juez de su domicilio, para que le conste estar habilitado ó dispensado. Verificado esto, queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos, y comerciar del modo que quiera quedando eficazmente obligado. Pero no obstante la venia conservan los menores el beneficio de restitucion, en opinion de Alvarez,² aunque nosotros juzgamos lo contrario; porque si así fuese, los que contraen con el menor habilitado se podrian decir engañados con la autoridad del soberano, segun se expresa una ley romana.³ Sin embargo, como solo estan habilitados para la administracion de sus bienes, no podrán venderlos, ni gravar los raices sin decreto del juez, ni hacer otras cosas que solo se permiten á los mayores de veinte y cinco años.⁴\*

3. Los que tienen facultad legal para testar, pueden aunque sean menores, nombrar en su testamento ú otra última disposicion legítima, ó contrato en sanidad, á los sujetos que les parezca y no tengan prohibicion, ya sean libres ó siervos, por tutores de sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos, que esten en su poder. Careciendo de ellos, pueden darlos tambien á los huérfanos extraños que instituyen herederos, si no los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles para todo, y no para una cosa sola, simplemente ó con condicion, por tiempo determinado ó sin prefinirlo, y con señales claras, que no se dude quien es el nombrado, ni se equivoque ni confunda con otro del propio nombre y apellido, pues si llegasen á confundirse, ninguno de ellos podrá ejercer la tutela. Nombrando el testador por tutor de sus hijos á su siervo, no solo lo será, sino que por este nombramiento queda libre, no obstante que no le conceda expresamente la libertad; nada de lo cual sucederá al siervo ageno que sea nombrado⁵. Pero de cualquiera de los modos expresados que sea hecho, se ha de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, y este puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y excesivos á lo que segun su esfera puede gastar en su educacion y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar

1 Escolano de Arrieta Pract. del consejo tom. 1. cap. 98. L. 2. Cod. *De his qui veniam aetatis*, y aut. 34. tit. 19. l. 2. R., ó nota 2. tit. 5. lib. 10. N.  
2 *Instituciones* lib. 1. tit. 23. citando las LL. 5. tit. 11. part. 5. y 207. del Estilo.

3 L. 1. Cod. *eod.*

4 LL. 3 y 4. Cod. *eod.*

5 LL. 1, 3, 6, 7 y 8. tit. 16. part. 6. gl. 1. en dicha ley 3. Gutier. *De tutel.* part. 1. caps. 6, 10, 11 y 23.

cuenta de su producto, como así se practica en la corte, y con dicha consignacion se discierne el cargo á los nombrados.

4. Así como todos los que son capaces de testar pueden nombrar tutores; pueden serlo del mismo modo todos, excepto los siguientes: 1.º el menor de veinte y cinco años (a) (lo cual se entiende aunque esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro); y por consiguiente la madre del huérfano, si no los tiene, pues mientras los cumple, debe el juez proveer á este de curador que administre sus bienes: 2.º el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo, desmemoriado, y prodigo declarado: (b) 3.º los deudores y acreedores del pupilo, á ménos que los nombre el mismo testador, ó sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela: 4.º el que administra rentas nacionales, interin no esté solvente de su administracion: 5.º el accidentado habitual, é impedido de ejercer la tutela: 6.º los obispos, los monges y demas religiosos profesos y los clérigos seculares; pero á estos solo se prohibe serlo de los extraños, mas no de sus parientes. Si lo son de estos, han de acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses desde que sepan el nombramiento, á aceptar y jurar la tutela. Tampoco pueden ser tutores el excomulgado de excomunion mayor, el que mudó su condicion, v. gr. si de rico vino á pobre, pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarlo el juez, y el fiador del deudor del pupilo.³

5. El oficio de tutor y curador es público y personal; y como las mugeres carecen regularmente del juicio, reflexion, constancia y experiencia que los hombres, las prohibió el derecho ser tutoras, excepto á la madre y abuela del pupilo, á las cuales lo permite por el entrañable y cordial afecto que profesan naturalmente á sus hijos y nietos: porque respecto que estos han de heredarlas, presumen cuidarán mejor que los demas consanguíneos y extraños,

(a) Conforme á las leyes 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 1. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real, podian ser tutores los que hubiesen cumplido veinte años; pero advierten Asso y Manuel (*Instituc.* l. 2. t. 2. § 4.) que estas leyes no rigen; pues como vemos las ha derogado la costumbre.—E.

1 L. fin. Cod. *De legitim. tutorib.* Gutier. dicha part. 1. cap. 7. n. 27. hasta el fin. Lara *Compendium vitae homin.* cap. 19. n. fin.

(b) Los referidos no pueden ser dados tutores por el juez, pero si nombrados en testamento; en cuyo caso aunque inmediatamente que lo son no administran, sino que se da al pupilo un curador interino; no obstante es válido su nombramiento, y se les debe conceder la ad-

ministracion luego que llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio, ó el oido y habla. (Alvarez *Instituc.* lib. 1. tit. 14., Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. part. 6. n. 5. y la ley 7. id. id). De manera que en este punto mas facultades conceden las leyes al testador que nombra tutor en su testamento, que al juez que le da de oficio; la razon de tal diversidad la da el autor en el n. 14 de este titulo.—E.

2 LL. 4 y 14. tit. 16 y 2. al fin. tit. 17. part. 6. Authent. *Minoris debitor.* Cod. *Qui dare tutor. vel curator.* Olea *De cession jur.* cit. 2. q. 6. n. 8.

3 Gutier. dicha part. 1. cap. 20. ns. 6, 23, 27 y 29.

4 L. 1. Cod. *Quando mulier tutel. offic. fungi poss.*



de sus personas y bienes; cuyo permiso, aunque sean nombradas en el testamento, se entiende y es con tal que se obliguen á no volverse á casar mientras tengan la tutela, y renuncien las leyes que prohíben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos <sup>1</sup>, de cuyas leyes se tratará en su lugar. El padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, excepto que les nombre tutor en su testamento, por cuyo solo medio la puede privar de la tutela <sup>2</sup>. Tampoco puede gravar al tutor que da á su hijo, á que administre sus bienes con el consejo de persona determinada, á ménos que nombre también á la madre por tutora, porque no le puede disminuir la potestad que la ley le concede <sup>3</sup>.

6. Esta tutela de la madre y abuela dura solamente ínterin se conservan viudas; pues si se casan segunda vez, entre las penas que por esto las estan impuestas, lo es una la de que pierdan al instante que se casen, no solo la tutela legítima, sino la testamentaria, porque en ambas versa identidad de razon <sup>4</sup>: y así es nulo todo cuanto practiquen como tales tutoras, porque ya no lo son. Esto procede en tanto grado, que sin embargo de ser dura y muy sensible la separacion de los hijos de la compañía de sus padres <sup>5</sup>, ya sea ó no sospechosa la madre ó abuela, se debe sacar no obstante de su poder al pupilo y sus bienes; y son responsables no solo los de ellas sino los del marido con quien respectivamente casen (aunque este no los obligue expresamente), á los desfalcos que por la mala versacion y administracion padezcan los del pupilo; pues el derecho desconfia mucho de la muger que se vuelve á casar: porque suele amar tanto al nuevo marido, que por complacerle se presume que no solo le dará los bienes de sus hijos, sino que olvidándolos enteramente, y degenerando en madrastra, consentirá su muerte <sup>6</sup>, como repetidas veces lo acreditó la experiencia. Si estando viudas dicen al juez que quieren casarse, y le hacen que provea dé tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela, aunque despues de dada á otro muden de parecer y no se casen <sup>7</sup>; ni tampoco aunque casándose enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es cuando sus hijos no tienen tutor ó no lo pueden tener, ó no es idóneo, y no de otra suerte <sup>8</sup>, en cuyo caso las podrá reelegir el juez.

1 L. 4. tit. 16. part. 6.

2 Lara, dicho cap. 19. n. 16.

3 L. *Titium et Maevium*. 48. ff. *De adminis. trat. tutor.*

4 L. 5. tit. 16. part. 6. Gutier. dicha part. 1. cap. 9. n. 16.

5 L. *Possessionum divisiones*, 11. Cod. *Com. munia utriusque judicii*.

6 L. 19 al fin. tit. 16. part. 6. y 3. tit. 7.

lib. 3. del Fuero Real, y ley 1. Cod. *Ubi pupillus educari debeat*. Lara, dicho cap. 19. ns. 24 y 25.

7 Baez *De decim. tutor.* cap. 4. n. 52. Gutier. dicha part. 1. y cap. 9. n. 1.

8 Gutier. ibi ns. 26 y 27. Rojas Almansa *De incompatibilit. disp.* 3. q. 10. n. 57. Lara ibi n. 39.

7. Esto se observa aun cuando el difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela; porque en detrimento de tercero, que son los mismos hijos á quienes las leyes quisieron defender, carece de potestad el marido para hacer que su voluntad prevalezca contra lo que justamente estas ordenan <sup>1</sup>: por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo mas cercano en grado de consanguinidad, que sea idóneo, en caso de no haber otro nombrado por el padre del pupilo. Lo propio sucederá si la aceptó y luego se casó <sup>2</sup>; pero si habiéndola aceptado acude al juez diciendo que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, en este caso será tutor dativo y preferirá al legítimo <sup>3</sup>; y este tutor dativo aun cuando case con ella despues, no perderá la tutela, porque el padrastro bien puede tenerla, si es útil á su hijastro. Lo mismo procederá nombrándolo la madre en dicho caso, ó cuando lo consienten los tutores testamentarios ó parientes del pupilo, ó el menor púbero capaz le elige por su curador de su motu propio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que cuando le nombró <sup>4</sup>. Para con el padre nada de lo expuesto milita: y así aunque se vuelva á casar, no pierde la tutela y administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal, su ánimo es mas estable y constante que el de la madre, y no está sujeto á esta como ella á él <sup>5</sup>.

8 La tutela es de tres maneras: testamentaria, legítima y dativa (\*), y de las mismas tres son por consiguiente los tutores que pueden tener los huérfanos <sup>6</sup>. Se llama testamentaria la que en testamento ó en otra última disposicion legítima y perfecta da el testador al impúbero ó pupilo <sup>7</sup>; pues no siendo legítima la disposicion, es menester que el juez confirme el nombramiento para que sea válida, y esta tutela es preferente á las otras dos <sup>8</sup>. El padre puede dar puramente á tiempo ó dia cierto, ó con condicion concerniente, ó no al acto, uno ó mas tutores consanguíneos ó extraños, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los herede, ya esten ó no en su poder,

1 Gomez en la ley 15 de Toro, n. 11. al fin. Acev. en la 3. tit. 1. lib. 5. R. n. 5. Matienzo en esta gl. 2. n. 9.

2 L. 2. Cod. *Qui petant tutores*.

3 Gom. ibi n. 12. Matienzo ibi n. 11. Gutier. ibi n. 21. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 16. gl. 3.

4 L. fin. Cod. *De contrario judicio tutel.* Gutier. part. 1. cap. 3. n. 78 al 82.

5 L. *Generaliter*. Cod. *De secund. nupt.* y ley fin. Cod. *De bon. matern.* Gutier. dicho cap. 9. n. 22. Matienzo ibi n. 10. LL. 2 y 4 al fin. tit. 16. part. 6.

\* Sería mas propio usar de las palabras *legal y judicial* para designar las especies de tu-

tela conocidas por los juriscultos con los nombres de legítima y dativa. Legal es lo que está autorizado por la ley, lo que dimana de ella: legítimo lo que no es contra la ley. Aun tengo por mas impropia la voz *dativa*, pues ni siquiera es castellana. Sin embargo seguire la nomenclatura del autor en este y otros casos en que convendria variarla, por no apartarme del uso comun.

6 L. 2. tit. 16. part. 6.

7 El tit. ff. *De testam. tutel.*

8 L. 2. Cod. *De confirm. tutor.* Bas. *Theat. jurisprud.* part. 1. cap. 32. n. 5. Valenz. consil. 35. ns. 3 y 4.



y á los póstumos, sino tambien á los naturales que instituye herederos, ó á quienes lega algunos bienes y á los extraños que instituye, porque el que nombra al pupilo por heredero, se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales y extraños, para poder ejercer la tutela, debe ser confirmado por el juez<sup>1</sup>: de lo que se deduce que siendo legítimos los hijos, no es necesaria esta confirmacion, y que sin ella podrá usar el oficio de tutor el que nombra el padre, sin que en su ejercicio se le deba poner impedimento por este defecto, porque ninguna ley ordena la confirmacion judicial en dicho caso, como en todos los demas; bien que lo mejor es que lo confirme, á ménos que el testador les confiera la facultad de administrar sin dicha confirmacion, en cuyo caso no será necesaria. Si nombra á la madre y á un extraño juntamente, ambos serán tutores<sup>2</sup>; pero al hijo espurio no puede darle tutor en su última disposicion, ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo<sup>3</sup>; ni tampoco al natural, cuando nada le deja<sup>4</sup>. Advierto sin embargo: lo primero, que cuando el padre natural nombra tutor á los hijos que no estan en su dominio, aunque se lo da inútilmente, debe no obstante ser confirmado por el juez sin inquisicion, excepto que haya causa para no confirmarlo<sup>5</sup>. Lo segundo, que no puede gravar al tutor de su hijo á que administre con consejo de otro, excepto que nombre tambien á este por contutor<sup>6</sup>; porque carece de facultad para disminuirle la potestad que una vez electo le confiere la ley, é impedir que la disposicion de esta surta su efecto en favor de otro.

9. La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos, y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarlo el juez, no teniendo prohibicion de serlo y siendo en lo demas idóneo, con tal que los instituya sus herederos; pues si únicamente los instituye por legatarios, no se lo deberá nombrar, y si se lo nombra, será habido por tutor testamentario en el solo caso de confirmarlo el juez, y no de otra suerte<sup>7</sup>. Si el padre y la madre naturales dan respectivamente tutor distinto á su hijo, y ambos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administracion de los bienes que el que le nombró dejó al hijo; y si concurren á un tiempo, administrará el nombrado primero, y no el que lo sea en segundo lugar, porque al que lo tiene no se le debe dar<sup>8</sup>. En cuanto á los abuelos maternos y de-

1 LL. 3 y 8. tit. 16. part. 6. ley Pater. ff. De testament. tutel. ley fin. Cod. De confirm. tutor. Gutier. dicha part. 1. cap. 3. n. fin. y cap. 11. ns. 1 y 5. Lara, dicho cap. 19. ns. 19, 20, 52 y 53.  
2 Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. part. 6. gl. 9. Gutier. part. 1. dicha, cap. 8. n. 20.  
3 Greg. Lop. en la ley 8. tit. 16. part. 6. gl. 1. al fin. Gutier. dicho cap. 11. n. 2.

4 L. Naturales. 7. ff. De confirm. tutor. Gutier. part. 1. De tutel. cap. 4. n. 15.  
5 L. 1. y ley Fflio. 6. ff. De confirm. tutor. Gutier. dicha part. 1. cap. 3. n. 17.  
6 L. Titium et Maevium. 48. ff. De administration. tutor.  
7 L. 6. tit. 16. part. 6.  
8 Angel en la ley fin. Cod. De confirm. tutor. Gutier. part. 1. y cap. 4. dichos, n. 17.

mas ascendientes por esta línea, se observará lo que queda expuesto acerca de la madre<sup>1</sup>.

10. El abuelo paterao puede dar tutor en los propios términos á sus nietos nacidos y póstumos, con tal que no hayan de recaer en el dominio de su padre<sup>2</sup>. Puede tambien el testador que carece de ascendientes y descendientes legítimos, dar tutor de cualquiera de los modos expresados en el párrafo 2.º, á los pupilos extraños huérfanos de padre, que instituye herederos, si no lo tienen; pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede usar la tutela, sin que preceda discernimiento ó confirmacion del juez, como dejo expuesto<sup>3</sup>; y lo mismo sucede al nombrado por el padre en codicilo<sup>4</sup>, cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos, sino solamente para autorizarle y darle facultad cumplida y perfecta, á fin de que evacue plenamente su encargo, y no se le oponga la excepcion de ilegitimidad de persona.

11. Tutela legítima se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentaria<sup>5</sup>: de modo que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo, no obstante que viva la madre del pupilo<sup>6</sup>; pues puede preterirla y excluirla el testador, si deja tutor á sus hijos, y no en otros términos. De que se deduce que la madre viuda podrá excluir al abuelo, y elegir á un extraño por tutor de sus hijos, sin que el abuelo pueda agraviarse de la pretericion y exclusion. Los parientes consanguíneos mas cercanos del pupilo por ambas líneas, tienen derecho á serlo cuando su padre ó madre no le dejaron persona señalada que le cuidase, ó esta no quiso serlo, y no hay mas nombradas, ó la que lo fué murió, se ausentó, ó faltó por otro motivo, y no en otros términos<sup>7</sup>; y así esta tutela sigue en dichos casos las reglas de la sucesion. Infiérese de esto, que la madre sin embargo de que sea espuria, aunque no es preferida á los tutores testamentarios, ya sean parientes del pupilo ó extraños, pero sí al abuelo y abuela paternos, y á todos los demas consanguíneos, y como mas allegada si quiere ser tutora de sus hijos huérfanos, será admitida ántes que todos, con tal que siendo espurios, no procedan de dañado ayuntamiento por su parte<sup>8</sup>. No queriendo admitir la tutela la madre, ó habiendo fallecido esta, ha de entrar la abuela, si

1 Gutier. ibi. n. 11.

2 L. 3. tit. 16. part. 6. ley. 1. ff. De testam. tutel. y §. Permissum. Institut. De tutel. Esta facultad cesará hoy, como advierte Sala, supuesto que los nietos no estan en la potestad del abuelo, segun se dijo en el n. 7. del cap. 1. t. 2. E.  
3 L. 8. tit. 16. part. 6. Gutier. cap. 4. dicha n. 12 y sig. y cap. 11. n. fin.

4 L. Testamento. 3. ff. Testamentaria tutel. Parlad. different. 14. n. 14.  
5 El tit. ff. De legitim. tutorib.  
6 Gutier. part. 1. De tutel. cap. 2. n. 6.  
7 Gutier. ibi n. 7. y cap. 12. n. 4.  
8 Gom. en la ley 14 de Toro, n. 10 y sig. Gutier. De tutel. part. 1. cap. 8. ns. 9 al 11.



la quiere: y por falta ó voluntad de ambas, debe serlo el pariente que segun la inmediacion de grado tenga derecho á heredarle<sup>1</sup>.

12. Todos los parientes pueden ser compelidos (a) á admitir la tutela, excepto la madre y abuela, y la de esta se llama *anómala*, irregular y extraordinaria, porque es permisiva, y no coactiva como la de los demas consanguíneos, y por eso se diferencian los dos. Así es que, cuando el pupilo tiene muchos parientes trasversales, iguales en grado, que carecen de legitima excusa para no admitir la tutela, todos serán tutores y administrarán sus bienes; pero para evitar disturbios entre ellos, deberán elegir entre sí cuál ha de ejercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes, y en su defecto nombrar el juez al que de ellos contemple mas idóneo y dé mayores seguridades, y aquel á quien toque la suerte ó que fuere electo, será el tutor; y lo propio se observará siendo testamentarios, por lo que administrará uno, y los demas se tendrán por honorarios<sup>2</sup>. Adviértase que entre los consanguíneos trasversales no se debe atender á la predileccion de líneas, sino á la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados ni cognados para este caso; y así son admitidos todos omnimoda é indistintamente, siendo mayores de veinte y cinco años, idóneos, seguros, y sin prohibicion legal de ser tutores<sup>3</sup>: bien que concurriendo abuelo y abuela maternos, ejercerán la tutela igualmente; si fueren madre y abuelo paterno, preferirá aquella á este; y concurriendo padre y abuela paterna ó materna, será preferido el padre, el cual, si es natural, preferirá igualmente á la madre natural<sup>4</sup>.

13. No queriendo el pariente, á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legitima excusa para ello, y no pidiendo al juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo que provea á este de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuncia y omision se siga al pupilo, aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus bienes si aquel fallece ántes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de esta, y tambien el derecho á la sustitucion pupilar directa, mas no á la oblicua ó fideicomisaria,

1 LL. 4 y 9. tit. 16. part. 6. y ley *Si plures*. ff. *De legitim. tutorib.* Gutier. dicho cap. 8. n. 4 al 9. y n. 18. Lara *Compend. vitae homin.* cap. 19. ns. 14 y 15.  
(a) Creemos que se equivoca el autor cuando asienta que los tutores legitimos pueden ser compelidos á aceptar la tutela. Las leyes que se han citado y hablan de tutela legitima, se expresan en tales términos, que es indispensable concluir con Sala, que está en arbitrio de ellos admitirla ó no, y que por lo mismo ni aun

necesitan excusas.—E.

2 L. 11. tit. 16. part. 6. et ibi. gl. 1. Authent. *De haeredibus ab intestato ventitib.* cap. fin. collat. 9. Gutier. cap. 8. y n. 18. dichos, y cap. 14. per tot. Lara ibi n. 18. Parlad. differ. 99. n. 7. Montan. *De tutel.* cap. 15. n. 8.  
3 Authent. *De haeredibus*. cit. cap. *Ex his*, y Authent. *Sicut*. Cod. *De legitim. tutorib.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 2. n. 15.  
4 Lara dicho cap. 19. n. 17. Gutier. cap. 8. dicho n. 12 al 16.

y lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar bien sus bienes<sup>1</sup>.

14. Tutela *dativa* es la que á falta de la legitima y de la testamentaria da el juez al pupilo, para que no padezca detrimento en su persona y bienes, y así solo ha lugar en dicho caso<sup>2</sup>; pero ha de ser dada simplemente, y no con condicion que no concierne al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria<sup>3</sup>; y la razon es, porque el acto legitimo no admite dia ni condicion, y el hecho del testador en lo que esté defectuoso puede ser suplido por el juez; pero el de este nadie lo puede suplir sino él mismo, por lo que se requiere que lo ejecute pura y perfectamente<sup>4</sup>. Mas si la condicion es anexa al mismo acto de dar la tutela, v. gr. *Si el tutor se obligare á administrar como debe, si afianzare la tutela con toda seguridad &c.*; se puede poner el juez en el nombramiento, porque esta no es verdadera condicion, sino prevencion que le hace para que practique lo que se le dice, y que de no practicarlo, no se le discernirá la tutela<sup>5</sup>.

15. Los parientes mas cercanos del pupilo deben pedir al juez que le provea de tutor cuando no le tiene, como queda expuesto. En defecto de parientes, pueden pedírselo los amigos del pupilo, ó él mismo, y por el de unos y otros cualquiera del pueblo en que éste viva ó nació, ó su padre, ó de aquel en que tiene la mayor parte de sus bienes, ya esté presente ó ausente, y aunque lo contradiga. Y si nadie lo pide, y el juez conoce que está desamparado, puede nombrárselo de oficio en virtud de la potestad que le concede el derecho; y fuera de los tres jueces referidos, ningun otro puede dárselo. Pero si todos se lo nombraren, prevalecerá al nombramiento del que constare haberlo hecho primero; y no pudiendo indagarse cual fué, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano<sup>6</sup>. La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaria. Se advierte que la tutela se puede discernir en dia de precepto, cuando por la ley no se requiere que se confirme con inquisicion ó conocimiento de causa, y en caso de necesidad aunque se requiera este<sup>7</sup>.

1 L. 12. tit. 16. part. 6. Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 16. n. 32. Gom. en la 15. de Toro n. 18. Vello en la 16. n. 27. Parlad. ibi n. 8.  
2 LL. 2 y 12. tit. 16. part. 6. y el tit. ff. *De tutor. et curator.*  
3 L. *Muto*. 6. § *Sub conditione* ff. *De tutor.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 11. dicho n. 6.  
4 L. *Actus legitimus*. ff. *De regul. jur.* Gutier. ibi n. 7.

5 Decio en dicha ley *Actus legitimus*. ns. 8 y 9. Gutier. ibi n. 8.  
6 Dicha ley 12. tit. 16. part. 6. Greg. Lop. en ella gl. 11, 12 y 13. Gutier. part. 1. cap. 16 *De tutel.* n. 2 al 31. y n. 136. al 140 Véase á Sala *Ilust. al der. lib.* 1. tit. 7. n. 10.  
7 *Qui habet. § Quolibet*. ff. *De tutel.* Lara dicho cap. 19. n. 72. L. 35. al princ. tit. 2. part. 3.



16. \*La tutela y curaduría legítima de menores legos que se da al clérigo tutor, ha de ser discernida ante el juez secular, y la cuenta de ella se ha de dar ante él mismo<sup>1</sup>. Igualmente, la tutela ó curaduría de menores clérigos, que se da al lego tutor ó curador, se ha de discernir, y dar cuenta de ella ante el eclesiástico<sup>2</sup>: lo cual se entiende siendo la tutela ó curaduría de personas y bienes; porque si es *ad litem*, se discernirá por el juez ante quien se litigue, ya sea el menor clérigo ya lego<sup>3</sup>. Del mismo modo debe discurrirse en tutelas y curadurías de militares.\*

17. El juez debe discernir ó confirmar las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes, sin que se les oponga la excepcion de ilegitimidad de persona, y no mediando este previo requisito, nada deben hacer, y si lo hacen no valdrá; bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios<sup>4</sup>. Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legítimos, por la razon expuesta en el párrafo 8, ó para el caso en que el testador ordenó en su testamento ó en otra disposicion válida, que sin decreto judicial pudiese el tutor mezclarse en la administracion; pues en este caso lo podrá practicar sin él, porque el testador puede mandarlo así<sup>5</sup>, y su arreglada voluntad se tiene por ley<sup>6</sup>, y debe observarse si no es contra esta, y no en otros términos. Es de advertir: lo primero, que aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa á cada uno por entero, ya sean testamentarios legítimos ó dativos: y así cuando no está dividida, basta la autoridad de uno en cualquier acto ó negocio, y lo mismo sucede con los curadores *ad litem* para la defensa de algun pleito; mas cuando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion<sup>7</sup>. Y lo segundo, que sin embargo de que el testador los releve de dar cuenta, si administran de propia autoridad sin discernimiento del juez, deberán darla, y no surtirá efecto la relevacion, porque esta se entiende cuando tienen la administracion válida y les compete de derecho, que es cuando la confirma el juez, y no ántes ni de otra suerte<sup>8</sup>.

1 Curia filip. p. 1. § 5. n. 32.

2 Greg. Lop. en la gl. 1. de la l. t. 16. p. 6.

3 Curia filip. lug. cit.

4 LL. 4, 6 y 8. tit. 16. part. 6. ley 4. ff. *De authorit. tutor.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 5. n. 6. Lara, dicho cap. 19. ns. 52 y 53.

5 L. *Cui eorum.* et ibi gl. 1. ff. *De postulad.* Gutier. dicho cap. 5. n. 7. al 10.

6 Cap. *Ultima voluntas.* 13. q. 2. *Authent. De nuptiis.* cap. 2. vers. *Disponat::*

7 L. *Testand.* 13. Cod. *De testam.* Gutier. part. 1. *De tutel.* cap. 8. n. 94.

8 L. *Tutela legitim.* § *Si duo.* y ley *Si plures.* ff. *De legitim. tutor.* Gom. en la 3ª de Toro. Lara n. 6. cap. 24. n. 38.

9 Ruin. consil. 70. n. 7. vol. 4. Gutier. part. 13. *De tutel.* cap. 1. n. 48.

## CAPITULO II.

## De la curaduría.

- 1 ¿A qué personas se da el curador, y para qué efecto?
- 2 La curaduría legítima no la establece el derecho sino para el furioso ó el mentecato.
- 3 En los pleitos y actos judiciales ha de intervenir indispensablemente curador.

4 Lo dicho en el párrafo anterior no milita en las causas espirituales y beneficiales \*por derecho común canónico; pero debemos creerlo derogado por la disposicion contraria del tercer concilio mejicano.\*

1 La curaduría es la guarda que se da al varon mayor de catorce años, y á la hembra de doce, que no tienen curador (pues al que lo tiene no se debe dar otro sin causa), la que se da al pupilo intencionalmente en el único caso de ausencia, ó de temporal incapacidad, ó impedimento del tutor legítimo ó testamentario que es nombrado solo. Igualmente se da á los mayores de veinte y cinco años que son locos ó desmemoriados, y á los pródigos declarados, que por su prodigalidad y falta de *sindéresis* se graduan de locos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos<sup>1</sup>. Se diferencia la *tutela* de la *curaduría*: 1.º en que, el tutor se da al pupilo solamente; y el curador á este, al que no lo es, y á otros que quedan referidos al fin del párrafo primero del capítulo anterior: 2.º en que el tutor se da principalmente para la custodia de la persona del pupilo, y en segundo lugar para la de sus bienes, lo cual es al contrario en el curador: 3.º en que el tutor se da al pupilo, ya lo quiera ó no; pero el curador no se da al púbero si no lo quiere, á méros que sea para pleitos: 4.º en que el tutor es de tres clases, testamentario, legítimo y dativo; pero el curador es solamente dativo, excepto para el furioso (a): 5.º en que el tutor se da en testamento; pero el curador regularmente no<sup>2</sup>: y 6.º en que el curador se puede dar para un acto ó cosa sola<sup>3</sup>; pero el tutor se ha de dar para todo, y no para cierta cosa<sup>4</sup>, excepto para la aceptacion de herencia, lo cual es especial en este caso<sup>5</sup>. Y

1 L. 13. tit. 16. part. 6. Princip. *Instit. De curator.* LL. 15, 16. ff. *De tutor. et curator. dat.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 19. n. 1 al 6.

(a) Véase á Alvarez, lib. 1. tit. 23. de sus *Instituciones de derecho*, que defiende no ser legítima sino dativa la curatela del furioso; Gregorio Lopez sin embargo en la gl. 2. de la l. 2. tit. 16. part. 6. lleva la opinion del autor, y aunque no cita ninguna ley podrá acaso apoyarse en

la 45 tit. 6. part. 1. vers. *E esso mismo seria.* —E.

2 Glos. magna en la ley *Ventri.* 20. ff. *De tutorib. et curator. dat.*

3 L. *Non tantum.* ff. *De tutor. et curator. dat.* Baez. *De decim. tutor.* cap. 17. n. 3.

4 L. 1. tit. 16. part. 6.

5 L. *Cum in una.* 17. § *Tutor.* ff. *De apellationib.* Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 19. ns. 9 y 10.