

ta la emancipacion que contiene, para usar de ella; estima la merced que su padre acaba de haberle, por la qual le tributa las debidas gracias; se da por entrado de los expresados bienes y títulos de su pertenencia; y de ellos formaliza á su favor el resguardo correspondiente; y ambos así lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos N. N., vecinos de esta villa. Y el enuciado señor juez aprueba esta emancipacion, ha por insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que incluye, y á todo y á lo que en su virtud practique el emancipado, interpone su autoridad y judicial decreto: manda que se le den al interesado las copias y testimonios que pidiere, y tambien lo firma, de que doy fe. De la extension de esta escritura trata la ley 93 tit. 18 part. 3.

*Si el padre no da bienes algunos á su hijo, se ha de omitir la donacion que contiene la escritura anterior, la cláusula de constituto, y la entrega y recibo de ellos y sus títulos con la insinuacion. Si en premio de la emancipacion se reserva para sí algo del usufructo de sus bienes adventicios, se expresará y pondrá en lugar de la cláusula de donacion de usufructo. Si la licencia del superior no manda que el juez ordinario intervenga en la emancipacion, se omitirá su concurrencia, bien que no dañará. Y si la escritura se otorga ántes, se ha de expresar en ella que para usar el hijo de la emancipacion y que sea válida, se debera aprobar previamente por el superior, sin cuyo indispensable requisito ha de ser ineficaz, como dejo expuesto.*

*Si concurre alguna de las cuatro causas por que el padre puede ser compelido á emancipar á su hijo, dará pedimento este, exponiendo al juez la causa y la utilidad que se le sigue de ser emancipado; y pretendiendo se le reciba informacion de todo, y constando por ello su certeza, mandará el juez á su padre que lo emancipe; y si no quisiere, le apremiará á ello, y otorgará la escritura, relacionando é insertando en ella los autos, omitiendo la cláusula de que lo emancipa de su espontánea voluntad, porque es compelido, y lo demas que queda prevenido en la nota anterior segun ocurra; y puesta la aceptacion, interpondrá el juez su aprobacion como en la escritura precedente se ha hecho; y para esta emancipacion me parece que no es precisa la venia del superior, porque se hace de justicia, por favor de la libertad y utilidad del emancipado, y la otra por mera gracia, en la que puede haber dolo y resultar perjuicio, por cuya razon quisiera la ley que el superior tomase conocimiento de las emancipaciones gratuitas.*

## CAPITULO VI.

*De la tutela y curaduría.*

## PARTE TEÓRICA.

**L**A ley, protectora de la seguridad de las personas y bienes de los ciudadanos, ha criado una autoridad familiar que en falta de la paterna vele sobre la persona y bienes del huérfano ó huérfanos que no han llegado á la pubertad, constituyéndole en lugar del padre, y queriendo á imitacion de la naturaleza que esta persona en quien deposita tanta confianza, sea elegida de entre las que tienen con los huérfanos mas estrechas relaciones de amor, terneza é interes, prefiriendo los parientes mas allegados á los mas remotos. Tales son los tutores. Despues seguiremos á tratar expresamente de los curadores, cuyas calidades y obligaciones son en mucha parte iguales á los de los tutores.

*Tutela tanto quiere decir, segun la ley 1 tit. 16 part. 6, como guarda que es dada y otorgada al huérfano menor de catorce años, y á la huérfana menor de doce<sup>1</sup>. Tal guarda como esta otorga el derecho á los guardadores sobre las cabezas de los menores, aunque no la demanden ni la quieran ellos; si fuere movido pleito contra algun mozo de*

(1) La tutela, segun derecho romano, puede definirse, una fuerza y potestad existente en una persona libre, para proteger á aquel que no puede defenderse por razon de su edad, dada y permitida por el derecho civil.

esta edad, bien le puede dar el juez un guardador que le ampare sus derechos y sus bienes, y no debe serle puesto para una cosa ó un pleito señalado tan solamente.

Segun la ley 2 tit. y part. dichos, estos guardadores pueden ser establecidos en tres maneras. La primera, cuando el padre establece guardador á su hijo en su testamento, que llaman en latin *tutor testamentarius*, que quiere tanto decir como *guardador que es dado en testamento de otro*. La segunda, cuando el padre no deja guardador al hijo en su testamento, y tiene parientes; porque entónces las leyes otorgan que sea guardador del huérfano el que es mas cercano pariente; y este es dicho en latin *tutor legitimus*, que quiere tanto decir como *guardador que es dado por ley y por derecho*. La tercera, cuando el padre no deja guardador á su hijo, ni tiene pariente cercano que lo guarde, ó si lo tiene, es embargado de manera, que no lo puede, ó no lo quiere guardar; y entónces el juez de aquel lugar le da por guardador á algun hombre bueno y leal; y en latin dicen á este guardador *tutor dativus*, que quiere tanto decir como *guardador que es dado por albedrio del juez*.

El abuelo ó padre pueden dar guardador á su hijo ó á su nieto que estuviere en su poder y que fuere menor de edad, como queda dicho; y esto se puede hacer á los que son nacidos, como á los que son en el vientre de su madre.

Lo que se dijo de los nietos, se entiende que el abuelo les puede dar guardador en su testamento, si despues de su muerte no quedare el nieto en poder de su padre; y el nieto á quien fuere dado este guardador, debe estar en poder de él con te-

dos sus bienes hasta que el mozo haya cumplido catorce años y la moza doce. Ley 3 tit. y partida ya citados.

La ley 4 siguiente dice tambien, que el que fuere dado por guardador de huérfanos, no ha de ser mudo, sordo, desmemoriado, pródigo, ni de malas maneras. Debe ser mayor de veinte y cinco años, varon y no muger, salvo si fuere madre ó abuela que fuere dada por guardador de ellos.

La madre que hace testamento en que estableciere por herederos á sus hijos que no hubieren padres, dice la ley 6, bien les puede establecer guardador de él; y en la ley 4 tit. 5 de la misma part. se ordena que los tutores no deben enagenar las cosas de los huérfanos, salvo siendo á provecho de estos y con otorgamiento del juez, no pudiendo los mismos tutores comprar cosa alguna de las que fueren de aquel que tienen á su custodia, salvo con otorgamiento del juez; porque si se hallare engañado el menor por razon de tal compra, puédela deshacer despues que fuere la edad cumplida, y hasta cuatro años mas.

*Curadores*, dice la ley 13 tit. 16 part. 6, *son llamados en latin aquellos que se dan por guardadores á los mayores de catorce años, menores de veinte y cinco, y que se hailan en su acuerdo; y aun los que fueren mayores siendo locos ó desmemoriados*; pero los que son en su acuerdo no pueden

(1) El Sr. Comes, en su Arte de la Notaría, ha definido al curador en estos términos: *aquel que es dado por el juez ó por la ley á los hijos; esto es, liberi, que están en la pubertad, á veces contra su voluntad, así como tambien á los mayores de veinte y cinco años, furiosos, mudos, pródigos, enfermos perpetuos, por causa de alguna cosa, á alguno que esté en el vientre de su*

ser apremiados que reciban tales guardadores si no quieren, salvo si hicieren demanda á alguno en juicio, ú otro la hiciere á ellos; porque entónces los juzgadores les pueden dar tales guardadores como estos. El curador no debe ser dejado en el testamento; pero si fuere puesto, y el juzgador entendiere que es á provecho del mozo, débelo confirmar.

No pueden ser guardadores<sup>1</sup>, segun la ley 14 tit. 16 part. 6, los obispos ni los monges, ni otros religiosos. Los clérigos seglares, aunque sean sacerdotes, pueden ser guardadores de sus parientes huérfanos, por razon del parentesco que tienen con ellos; pero deben acudir ante el juez ordinario del lugar dentro de quatro meses desde que supieren que aquel su pariente murió y dejó hijos sin guardador, y entónces deben decir ante él como quisieren ser guardadores de los huérfanos que fueron hijos de su pariente; y despues que esto hubieren hecho, pueden tomar los mozos en su guarda, y aliñar y procurar los bienes de ellos. Los que fueren deudores de los mozos no pueden ser guardadores de ellos, salvo si establecieron los padres en sus testamentos que los guardaren. No puede ser guardador de huérfanos el que fuere obligado al rey, ó le hubiere de dar cuentas por razon de rentas y administraciones. No puede ser guardador de huérfanos el caballero mientras viviere fuera de su casa sirviendo al rey ú á otro su señor en

*madre, á los bienes de un ausente é indifeso, y á las obras públicas, á veces con caucion idónea y siempre prestando la caucion juratoria.*

(1) Bajo el nombre de guardador se comprende siempre el tutor y curador.

servicio de caballería. No puede ser guardador de mozos el que fuere mudo ó sordo, ni el que fuere ocasionado ú embargado de su persona, de manera que no pudiere entender ni trabajar en provecho de ellos.

Deben asimismo, segun la ley 9 tit. 16 part. 6, todos los tutores en quienes cabe alguna sospecha, afianzar el desempeño de su obligacion, exceptuándose de esta regla los testamentarios, sean ó no confirmados por el juez, porque la eleccion del testador los libra de toda sospecha; pero segun las leyes 94 y 95 tit. 18 part. 3, y la 9<sup>a</sup> ya citada del tit. 16 part. 6, y la ley 12 siguiente, están obligados á dar fianzas los tutores legitimos, aunque sean la madre y la abuela; porque siendo estos llamados por la ley, no por su mejor crédito, esto es, por ser parientes mas inmediatos, tiene lugar la sospecha; así como en general lo tiene contra todos los tutores y curadores dativos, excepto cuando son nombrados por los tribunales superiores; si estos los dispensaren de darlas por las recomendables circunstancias que en dichos guardadores hubiere. Y últimamente, están obligados á darlas, segun la ley 11 tit. 16 part. 6, los guardadores que se ofrecen por sí mismos á la administracion de los bienes; porque, como dice el Sr. Alvarez, se presume que no se ofrecerian sin esperanza de lucro; de donde se infiere, segun el autor citado, que *siendo la fianza una seguridad que resulta de obligarse á satisfacer por el principal los que llamamos fiadores*, y estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados que prometan satisfacer en falta suya todo el alcance que resulte á favor de los pupilos, cuando se rindan

las cuentas; y del mismo modo los daños que por culpa del guardador le sobrevinieren, que es el objeto de tales formalidades, segun las leyes que quedan citadas; y por lo mismo disponen, para precaver estos males, que no se disciernan la tutela ni la curaduría sin que el nombrado se obligue, y con juramento, á cumplir fiel y legalmente con sus deberes, procurando en todo el bien y la utilidad del huérfano, y evitarle quanto pueda ser en su perjuicio; y asimismo se halla dispuesto por la ley 99 tit. 18 part. 3, que los guardadores hagan inventario formal y específico de los bienes del menor, porque de otra suerte no podrian dar buenas cuentas, ni hacersele efectiva la responsabilidad en que hubieren podido incurrir.

El efecto que producen estas fianzas, segun las leyes 23 y 23 tit. 13 part. 5, y la 21 tit. 16 part. 6, son: la accion de tutela, sea contra los tutores, en cuyos bienes tiene tácita hipoteca el pupilo, y tambien contra sus herederos, para que le den cuentas y restituyan lo que le debieren: 2.º que con esta accion, conforme las leyes 94 tit. 18 part. 3, y 21 tit. 16 part. 6, si no consigue nada el pupilo de sus tutores, puede dirigirse contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar expresamente hipotecados en los mismos términos que los del tutor; y si los fiadores están insolventes y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, recaerá la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados; y segun Febrero, podrá el pupilo usar de su accion subsidiariamente contra el mismo juez, para que le resarza los daños que le ocasionó por su descuido en la recepcion de las fianzas.

Considerándose la tutela y curatela como cargos públicos, nadie puede eximirse de ellos sin causa justa, exceptuándose los tutores legítimos. Segun la ley 1 y siguientes del tit. 17 part. 6, se entiende por *excusa el alegato de una causa suficiente, por la cual uno queda exento, ó no puede admitir el cargo que se le encomienda*. Dividense estas en voluntarias y necesarias, de todas las cuales se trata en el tit. 17 de la part. citada, y por los muchos autores que han escrito del derecho, á donde remitimos al que quiera instruirse por menor de ellas; y se pueden reasumir en las que son, á saber: 1.ª Por tener cinco hijos vivos, entre los cuales se encuentran los que perecieron en batalla. 2.ª Por ser recaudador de las rentas públicas: 3.ª por estar ausente por causa de la república: 4.ª por tener pleito sobre toda la heredad del huérfano ó sobre alguna partida grande de ella: 5.ª por tener tres tutelas ó una de muchos negocios: 6.ª por la pobreza: 7.ª por la enfermedad habitual: 8.ª por no saber leer ni escribir: 9.ª por la enemistad capital con el padre del mozo, sin que despues se hubiesen reconciliado: 10.ª si hubiese mediado pleito de servidumbre entre el padre del mozo y el nombrado guardador; 11.ª por ser mayor de setenta años: 12.ª por la milicia: 13.ª por ser maestro ó catedrático de alguna ciencia ó facultad, y por ser juez ó consejero: 14.ª por la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano para ser su curador: 15.ª por tener doce yeguas de vientre.

En recompensa de su trabajo tienen los guardadores derecho para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de los huérfanos, deducidas las expensas: entendiéndose por frutos los na-

turales, industriales y civiles, y por expensas, las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes. En el caso de que los guardadores sean muchos, puede dividirse la administracion por regiones, o ser preferido el que se obligue á cumplir por todos, ó se considere mejor.

Se acaban la tutela y curatela, cesando la causa por la cual se da una y otra: primero, por razon de la edad, y esta es en la tutela de catorce años el varon y de doce la hembra, y en la curatela por cumplir el huérfano, sea del sexo que fuere, veinte y cinco años; y en el loco ó desmemoriado, cuando este vuelve á su juicio y recupera su cabeza: segundo, por la muerte, destierro ó cautiverio, prohiamiento ó adopcion del tutor ó curador, ó del huérfano: tercero, por cumplirse el tiempo ó faltar la condicion del nombramiento, en caso de haber sido dada solo por cierto término ó bajo condicion: cuarta y última, por la remocion del guardador, como sospechoso, entendiéndose por tales, conforme la ley 1 tit. 18 part. 6, todos aquellos que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debidas; siendo de advertir que la accion contra el tutor sospechoso es popular, porque importa á la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos estén seguros, y al efecto extiende la facultad de acusar hasta á las mugeres, aunque por principios generales les está prohibido presentarse en juicio y acusar por otros.

(1) Algunos autores numeran entre estas causas la excusa que hubiere alegado el guardador para no admitir el cargo; pero en nuestro concepto no tiene lugar, porque lo que no comienza no puede finar.—E.

PARTE PRACTICA.

SEGUN LA CARTILLA REAL.

*Nombramiento y aceptacion de tutor ó curador.*

En tal parte, á los tantos &c., el señor D. &c., habiendo visto estos autos, mando se notifique á N. el nombramiento de tutor (ó de curador) que contiene la disposicion testamentaria del difunto N. que está en estos autos, el cual lo acepte y jure; y hecho, se le discernirá el cargo; y ejecutado, se pase con su asistencia y la de los demas interesados, en tal dia, á tal hora de la mañana, á hacer inventario de todos los bienes muebles, semovientes, raices, papeles y demas efectos que se encuentren pertenecientes á los herederos del dicho N., y que han quedado por su fallecimiento, así en la casa donde moraba, como en otras partes. A cuyas diligencias asistirá su merced. Y por este su auto así lo proveyó y firmó. D. N.—*Ante mí.*—N. escribano.

*Observacion.* Notificará el escribano este auto al tutor (ó curador), y en ella pondrá la aceptacion y juramento que dicho tutor (ó curador) hará, y se le discernirá el tal cargo por el juez. Tambien se notificará á los demas interesados la hora y el dia emplazado para hacer el inventario, y que acudan si quieren.

*Notificacion ó aceptacion, y juramento del tutor y curador.*

En tal parte, á tantos &c., el escribano infrascripto notifique el auto que antecede á N. en su persona, quien dijo acepta y aceptó el nombramiento de tutor (ó curador), que contiene la disposicion del último testamento de N. ya difunto, presentada en estos autos, de las personas y bienes de N. y N. menores; y juró á Dios nuestro Señor y por una señal de cruz, conforme á derecho, usar bien y fielmente de dicho oficio, administrando los bienes recayentes en dicha herencia, recaudando sus frutos, rentas y demas haberos de ella con el mayor cuidado, sin que padezcan por su negligencia el menor detrimento: que asimismo cuidará de la educacion, crianza y asilo de dichos menores, como á hijos suyos: que dará buena cuenta de todo lo que administrará, pagando los alcances de contado á quien los haya de haber, siempre que se los pida y mande: que seguirá todos y cualesquier pleitos que la dicha herencia tenga, ó en adelante

tuviere, así demandando como defendiendo en todas instancias, que para ello tomará parecer de un abogado de ciencia y conciencia; y que si por su culpa resultare algún perjuicio á la citada herencia y sus menores, lo pagará de sus propios bienes: para cuyo cumplimiento obligó su persona y bienes habidos y por haber; y dió poder á las justicias de S. M. y en especial á las de tal parte, sometiéndose á su jurisdicción y á sus bienes, renunció su domicilio, otro fuero que de nuevo ganare, la l. y *Si convenerit de jurisdictione omnium judicum*, para que lo apra- mien, como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y por él consentida. Así lo otorgó en dicho día, siendo testigos N. N., vecinos, &c. Y el otorgante lo firmó. N.—Ante mí.— N. escribano.

*Auto de discernimiento de tutor ó curador.*

En tal parte &c., el señor D. N. habiendo visto estos autos y diligencias que anteceden, dijo: que discernia y discernió el oficio y cargo de tutor [ó curador] de las personas y bienes de N. N. menores, como la disposición testamentaria del difunto N. contiene; y que le daba y dió el poder que en derecho se requiere para que administre y rija todos los bienes, derechos, acciones y demás efectos recayentes en dicha herencia, y que le pertenezca por cualquier título. Siendo también de su cargo cuidar de la educación, crianza católica y aliño de dichos menores; otorgando cartas de pago, finiquitos y lastos de lo que percibiere y cobrare tocante á la referida tutela [ó cura]; y no siendo el entrego ante escribano que de fe de ello, lo confiese, y renuncie la excepción de la *non numerata pecunia*, leyes de la entrega y prueba de su recibo; otorgando asimismo otras cualesquiera escrituras de arrendamiento y demás que convengan á la citada herencia, con las cláusulas que se necesitare; y para que siga todos los pleitos que dicha herencia tenga y en adelante tuviere, así demandando como defendiendo, sin limitación alguna con libre y general administración, pues para todo incidente y dependiente á ello interponia é interpuso su merced su autoridad y judicial decreto, cuanto pueda y en derecho debe. Y lo firmó.—D. N.—Ante mí.—N. escribano.

*Otro formulario de discernimiento.*

En tal parte &c. el señor N. habiendo visto estos autos, dijo: que discerniere el oficio y cargo de tutor [ó curador] de las personas y bienes de N. N. menores, de la manera que previene la

última disposición del difunto N., que se halla en estos autos, fojas tantas, dándole, como le daba el poder que ha menester y en derecho se requiere, porque siga el pleito ó pleitos que dichos menores tienen, ó en adelante tuviere, demandando ó defendiendo criminal ó civilmente, pareciendo en juicio ante quien pueda y deba, haciendo los pedimentos, demandas, querrelas, acusaciones, requerimientos, protestas, alegaciones, defensas, recusaciones, presentando testigos, probanzas; pidiendo beneficios de restitución, interponiendo apelaciones, siguiéndolas, y todo lo demás que los dichos menores harían teniendo edad, sin limitación. Asimismo para que pida, reciba y cobre cualesquiera cuantías que se debieren á los referidos menores, otorgando cartas de pago con libre y general administración, cuidando igualmente de los intereses, buena educación y aliño de sus menores. Y á todo ello, y lo incidente y dependiente, interponia é interpuso su autoridad y judicial decreto. Y lo firmó. D. N.—Ante mí.—N. escribano.

SEGUN EL FEBRERO MEGICANO.

*Forma de extender los autos de tutela y curadaria de bienes.*

FEDIMENTO.

María Fernández, viuda de Antonio Alvarez, vecino que fué de esta villa, ante vd. como mas haya lugar, digo: Que el expresado mi marido falleció tal día, bajo del testamento que otorgó ante F., escribano nacional y público, en el que instituyó por sus herederos á José y Antonio Alvarez, nuestros hijos, procreados en nuestro matrimonio, que se hallan en edad pupilar, y por una de sus cláusulas me nombró por tutora y curadora de las personas y bienes de ambos, relevada de fianzas, según se acredita del testimonio que presento: en cuya atención, á vd. suplico se sirva haberlo por presentado, y por lo que resulta de la cláusula en él inserta, discernirme el cargo de tal tutora y curadora con la expresada relevación, y mandar se me dé el testimonio competente de dicho discernimiento para mi resguardo; pues es justicia que pido, y para ello &c.—*María Fernández.*

AUTO. Por presentado el testimonio que se refiere, y por lo que de él resulta, se aprueba el nombramiento con relevación de fianza hecho por Antonio Alvarez, en esta parte de tutora y curadora de los bienes de José y Antonio Alvarez, menores, hijos de ambos: notifíquese la, acepto, jure y se obligue, y hecho

so traiga para discernirla el cargo. El Sr. D. F., juez de esta villa de tal, lo mando, á tantos &c.—Media firma del juez.

*Notificacion, aceptacion, juramento y obligacion de la curadora.*

En tal parte, á tantos de tal mes y año, yo el escribano hice notorio el auto anterior á Maria Fernandez en él contenida en su persona, y enterada dijo: Acepta el cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez, sus hijos menores, procreados en su matrimonio con Antonio Alvarez su difunto marido; y bajo del juramento que hizo por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, se obliga á usarlo bien y fielmente, y á que cuidará, educará y enseñará á dichos sus hijos, y administrará sus bienes como debe, arrendando los raices á las personas por los tiempos y precios que les sean mas útiles y ventajosos, y los defenderá en todos los pleitos que se le muevan ó necesiten promover con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares, practicando en su razon las diligencias conducentes; y para la mejor direccion y acierto, tomará parecer y consejos de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele, á fin de que ningun daño se irroque á los menores, ni á sus bienes por su culpa, omision ó negligencia: tendrá libro de cuenta y razon de su administracion, para darla con pago siempre que se le mande: y hará todo lo demas á que un buen tutor ó curador de bienes está obligado, y lo mismo que los menores practicarían por sí mismos, si tuvieran la edad competente para gobernarse: á todo lo cual se obliga con sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, da amplio poder al señor juez que es y fuere de esta villa, y á los demas señores jueces que de esta causa deban conocer conforme á derecho, para que á todo la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, por tal lo recibe; renuncia las leyes y fueros de su favor; y así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos fulano, fulano y fulano, vecinos de esta villa.

*La fórmula de esta diligencia la trae la ley 95 tit. 18 part. 3, y en conformidad á ella y á lo dicho en el número 5 del cap. 1 del tit. 4 lib. 1 (1), han de ponerse otras dos cláusulas que por*

(1) Lo que se dice en el lugar citado, es lo siguiente: Como las mugeres carecen regularmente del juicio, reflexion, constancia y experiencia que los hombres, las prohibió el derecho ser

*oído sin duda omitió el autor, á saber: promesa jurada de no pasar la madre á segundas nupcias mientras tuviere en su guarda á los hijos, y renuncia de las leyes que la prohiben obligarse por otro ó el beneficio del Senado-consulta Veleyano.*

*Si el tutor ó curador de bienes fuese electo de oficio del juez, ó el curador propuesto por los menores púberos, debe afianzar ó satisfaccion del mismo juez. De las fianzas que presenta el tutor ó curador, conviene dar traslado al curador ad litem si lo hay, para que oyéndolo el juez, las apruebe, y no quede en descubierto el escribano; pues de recibirlas este sin preceder dicho requisito, puede quedar responsable; porque es visto recibirlas por su cuenta y riesgo; y de practicarse lo expuesto le quedan el juez y el curador para pleitos, bien que el derecho impone solamente la responsabilidad al juez; pero lo que abunda no daña. Prevengo lo primero, que las fianzas se han de proponer por pedimento, y obligarse el fiador en la aceptacion ó juramento, ó en instrumento separado. Y lo segundo, que en la obligacion anterior no puse la renunciacion de las leyes del emperador Justiniano, Senado-consulta Veleyano, Toro, Madrid, Partida y otras que los escribanos ignorantes ponen en todos los contratos de mugeres indistintamente; porque no vienen al caso, ni favorecen á la muger libre y capaz que por sí misma se gobierna, y constituye la obligacion por su hecho propio como principal, siéndolo realmente: lo cual advierto al escribano para que no incurra en errores, como hasta ahora lo han hecho todos.*

*Discernimiento de la tutela y curaduría de bienes.*

En tal parte á tantos de tal mes y año, el señor D. F., juez &c., habiendo visto la aceptacion, juramento y obligacion precedentes, dijo: Discernia y discierne á Maria Fernandez, viuda de Antonio Alvarez, el oficio y cargo de tutora y curadora de las personas y bienes de José y Antonio Alvarez, sus hijos, y la confiere amplio poder para que mientras subsista viuda,

tutoras, excepto á la madre y abuela del pupilo, á las cuales lo permite por el entrañable y cordial afecto que naturalmente profesan á sus hijos y nietos; pero este 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 prohiben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios pecuniarios á sus hijos ó nietos.—E.

los gobierne, alimente, eduque, y enseñe, poniéndolos con maestros que lo practiquen en lo que por si no pueda instruirlos; administre sus bienes, arrendando los raices á las personas, por los tiempos, precios y con los pactos que estipularo y sean útiles y cómodos á los referidos menores, y fenecidos unos arrendamientos, haga otros de nuevo, conservando á los inquilinos y colonos, ó despojándolos siempre que haya causa legal para ello, y formalice las escrituras de arrendamiento y su prorogacion con las cláusulas y estabildades congruentes: para que pida y tome cuentas á los que deban darlas á los menores, las que estando arregladas consienta y apruebe, y si contuvieron agravios, los exponga y aclare hasta que queden sin el mas leve: para que perciba y cobre del erario público y de sus tesoreros y demas personas, todas las cantidades de pesos, aceites, vinos, lana, seda y otras especies y semillas que toquen á los menores, y deban percibir por escrituras, arrendamientos, vales, cuentas, transacciones, compromisos, sentencias, letras, sueldos, cesiones, lastos y por otra cualquier causa, motivo ó razon, sin reservacion ni limitacion, aunque aqui no se exprese; y de lo que percibiere y cobrare, formalice á favor de ellos recibes, cartas de pago y demas resguardos que los convingan, lastos á los que pagaren por otros, como sus fiadores ó mancomunados: para que otorgue redenciones y subrogaciones de los censos que pertenezcan á los menores, percibiendo sus capitales y volviéndolos á imponer sobre fincas libres productivas, seguras y saneadas, de modo que no perezcan: para que defienda á los expresados menores y á sus bienes en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que tengan y en lo sucesivo se les ofrezcan, con cualesquiera personas y comunidades eclesiásticas y seculares de todos estados y dignidades, siendo actores ó demandados, á cuyo fin comparezca en juicio y presente pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos, pidiendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remates de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones, juramentos y presentando alegatos, oposiciones, consentimientos, apartamientos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, apartamientos de peritos para ellas y para otras cosas, y reconocimientos que se ofrezcan: forme artículos ó introduzca recursos, los que prosiga ó se aparte de su prosecucion: decline jurisdiccion de los jueces incompetentes: acuse rebeldias: pretenda y goce ó renuncie terminos y prorogaciones de ellos: redarguya de falsos civil;

críminalmente los instrumentos que produjeran los colitigantes; tache y contradiga todo lo que por estos se presentare, dijere y alegare: concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas, consienta las favorables y apele y suplique de las gravosas y perjudiciales: gane provisiones sobre cartas paulinas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan: y últimamente haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que conduzcan hasta conseguir plenamente cuanto solicite á beneficio de los enunciados menores; y ejecutorie con ejecucion de ella y las que estos, si fueren mayores, practicarían por si sin excepcion; y en lo que su consejo no haste, lo tomará de letrados y personas de ciencia y conciencia que sepan dársele; y tendrá libro de cuenta y razon con cargo y data, para darla siempre que se le pida; pues para todo lo expresado y lo incidente y anexo, le confiere el prenotado señor juez el mas amplio y eficaz poder con libre, franca y general administracion, y facultad de que pueda sustituir por su cuenta y riesgo esta curaduria, ó en virtud de ella conferir poderes especiales para las cosas en que por si misma no pueda intervenir, revocar los sustitutos y apoderados, y elegir otros las veces que quisiere, y á todo cuanto practique por si ó por medio de sus apoderados y sustitutos en utilidad de los nominados sus hijos: interpone S. S. la autoridad de su oficio cuanto puede y ha lugar en derecho, á fin de que tenga mayor validacion; y manda que de este discernimiento se la den los testimonios que pida, y que estos autos se protocolicen en los registros de mi el presente escribano, y lo firma, de que doy fe.—Firma entera del juez.

\* El discernimiento de la tutela ó curaduria de bienes, es un poder que el juez confiere al curador ó tutor para gobernar ó cuidar de las personas de los menores y sus bienes, y defenderles en juicio; y así es mucho mas que el curador ad litem, que solo es para los pleitos, y habiendo curador de bienes, es superfluo el para pleitos, si no es que sea en los casos en que aquel es interesado con el menor; v. gr. en la particion de bienes hereditarios, ó en los de cuentas de su encargo y mala versacion de él, si no hay otro tutor ó curador de bienes, y en otros semejantes; pues entónces es preciso que el menor tenga quien le defienda, porque el tutor ó curador de bienes es porte y colitigante con este, y no puede hacer por él contra sí; pero para todo lo demas puede verificarlo y sustituir la curaduria ó dar poder á quien en su nombre lo practique todo, sin necesidad de



gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador para pleitos, excepto en los casos expresados, como dejo expuesto. Los autos de esta curaduría deben protocolarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y puede tener tracto sucesivo, por los que en su virtud se formalicen, al modo que la curaduría para pleitos queda con ellos por limitarse á lo judicial.

Si el menor posee algun oficio, v. gr. de escribano, procurador &c., que por su menor edad no puede ejercer, se ha de conceder facultad al tutor ó curador de bienes para que durante ella nombre quien los sirva; pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas por estar impedidos de servirlos. Si goza patronatos eclesiásticos y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe; pues la que haga sin este, no sirve; porque en cumpliendo los siete años puede hacerla por sí, comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas benéficas y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin consentimiento; porque los tutores no se dan á los menores para los negocios espirituales y eclesiásticos, ni en esto dependen de ellos.

## CAPITULO VII.

### De los Testamentos.

#### PARTE TEÓRICA.

LA materia de *últimas voluntades*, dice el señor Comes, en su Arte de la Notaría, es de las mas difíciles del derecho. Siendo muchas veces oscuro lo que haya entendido, ó querido el testador con lo que dejó escrito, su voluntad se congetura mas bien que no se colige á beneficio de argumentos de probabilidad. Acontece tambien con frecuencia que lo que se dispuso bien por el testador, se entienda mal por los que sobreviven,

y es objeto de opiniones muy diversas y encontradas. Esta oscuridad de las disposiciones testamentarias embaraza no solo al comun de las gentes, sino tambien a los inteligentes en la jurisprudencia, juzgando de diversa manera sobre las cuestiones, y negando unos lo que afirman otros."

"Todo esto se ha dicho para que se conozca la necesidad de que el escribano evite con el mayor cuidado y esmero en los *testamentos*, todas aquellas cosas que pueda nunca producir una inteligencia imperfecta ó una interpretacion dudosa. Su objeto debe ser expresar los genuinos y verdaderos sentimientos del testador, de modo que aparezca tan clara y abiertamente como sea dable lo que pensó y lo que quiso. Aunque la voluntad del testador sea oscura, siempre se ha de interpretar benignamente, en tanto que se sostenga, y valga mientras que sea posible de alguna manera. Así se dice de ordinario que las voluntades de los testadores se han de interpretar muy plenamente; y que en cuanto á esto se ha de proceder de un modo muy singular en materia de *últimas voluntades*." Este es el objeto de que va á tratarse en este capítulo.

El *testamento* puede definirse, segun el derecho romano: *la justa expresion de nuestra voluntad sobre aquello que queremos que se haga despues de nuestra muerte, con institucion de heredero*. Por que entre los romanos no era válido el testamento sin esta circunstancia. Jason á rub. D, de leg. 1 núm. 14, y la L. Nemo potest en el mismo, núm. 14 al fin. Segun la ley 1. tit. 1. Part. 6 es un *testimonio en que se encierra ó se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él*