

de edad y pueda tener hijos naturalmente (1), esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su naturaleza; de modo que si lo tiene por enfermedad, fuere ó daño, puede adoptar (2). Las mugeres no pueden, si no es en el caso de haber perdido algun hijo en batalla en servicio de la causa pública, y con otorgamiento del sumo imperante, y no de otra manera (3). Con la misma restriccion puede adoptar el que fue tutor al que fue su pupilo, si ya tiene veinte y cinco años, y de ninguna manera antes (4). Tampoco puede adoptarse por ninguno al liberto ageno (5).

9. La adopcion produce la patria potestad (6); en la arrogacion, siempre, y en la adopcion en especie cuando el adoptante es ascendiente del adoptado (7), mas no si no lo es (8), explicándose por estas leyes que son posteriores, el concepto de una anterior (9) que niega este efecto á la adopcion en especie. Si en el caso de ser el padre adoptivo ascendiente emancipare á su adoptado, volverá este al poder de su padre natural (10). Los adoptados por muger no entran en patria potestad de que estas son incapaces. Es tambien efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el tit. 4, núm. 12, y lo es igualmente el derecho de sucederse mutuamente en los términos que explicaremos al tratar de las sucesiones intestadas.

(1) L. 2 del mismo. — (2) L. 3 del mismo. — (3) L. 2 del mismo. — (4) L. 6, tit. 16, P. 4. — (5) L. 5 del mismo. — (6) L. 7, tit. 7, P. 4. — (7) L. 10, tit. 16, P. 4. — (8) L. 9, del mismo tit. y P. — (9) L. 7, tit. 7, P. 4. — (10) L. 10, tit. 16, P. 4.

TITULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADURIA.

1. En las Partidas se llama indistintamente *guarda* á la tutela y curaduría, y *guardador* al tutor y curador.
2. Qué es tutela.
3. De sus especies, y primero de la testamentaria.
4. Cuándo y con qué fuerza puede la madre dar tutor testamentario.
5. Cómo subsiste el que da el padre á su hijo natural.
6. Cómo pueden nombrarse.
7. De la tutela legítima, cuándo y á quiénes corresponde.
8. De la tutela *patronorum*.
9. De la tutela dativa.
10. Qué juez debe nombrar al tutor dativo.
11. Quiénes no pueden ser tutores.
12. Causas por que se acaba la tutela.
13. Obligaciones de los tutores.
14. La de afianzar comprende á los testamentarios, y aun á la madre y abuela.
15. Oficios del tutor para con la persona del pupilo, y dónde debe vivir.
16. Con respecto á los bienes debe demandar ó defender los de su pupilo.
17. Procurar su conservacion y aumento.
18. No puede empeñar ni enagenar sin decreto del juez los raices y muebles preciosos.
19. Pero si los demas, aunque él no puede comprarlos.
20. Debe dar cuentas fenecida la tutela, y sus bienes están hipotecados á las resultas.
21. Tiene derecho á que se le abone lo legítimamente gastado, y la décima de los frutos de los bienes del pupilo.
22. Qué es curaduría, y á quiénes debe darse curador.
23. El curador es siempre dativo: sus obligaciones, oficios y modos con que se acaba su encargo.
24. Nadie puede excusarse sin causa, de ser tutor ó curador.
25. Las causas pueden ser voluntarias ó necesarias. Las voluntarias son 1.º por privilegio.
26. 2.º Por impotencia.
27. 3.º Por peligro de la fama.
28. De las causas ó excusas necesarias.
29. Equivocacion de Asso y De Manuel.
30. Tiempo en que debe alegarse y decidirse la excusa.

32. Del tutor ó curador sospechoso. 34. Qué debe hacerse puesta la acusacion, y cuándo cesa.
33. Quiénes y ante quién pueden acusarlo.

1. Algunas veces los hombres libres que no están en la patria potestad, tienen sin embargo dependencia de otros, por carecer ellos de la edad que han fijado las leyes para que el hombre pueda obrar por sí solo. Esta dependencia es la que se llama *tutela y curaduría*, de donde se derivan *tutor y curador*, que es lo que el derecho de las Partidas designa con las palabras de *guarda y guardador*, pues las otras no se encuentran en ellas, sino alguna vez con relacion al idioma latino; distinguiéndose por las frases que añaden cuando hablan de tutela y tutor, y cuando de curaduría y curador.

2. La tutela se define por la ley (1): *guarda que es dada al huérfano libre, menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce*. De la palabra *libre* infiere Gregorio Lopez (2) que no puede estar bajo tutela el esclavo, ni el que está bajo la patria potestad. El tutor debe darse al menor que no ha llegado á la edad que expresa la definicion, aunque él no lo quiera, y se da para que cuide primeramente de su persona, y por consecuencia de sus bienes; por esto no se puede dar para una sola cosa ó pleito, si no es en el caso de que se moviese al menor pleito de servidumbre, para el cual se le nombraría tutor que defendiese su persona y bienes (3).

3. La tutela es de tres maneras, á saber: testamentaria, legitima y dativa. Testamentaria es: *la que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder* (4), y aunque la ley de Partida concede esta facultad de nombrar tutor al abuelo respecto del nieto,

(1) L. 1, tit. 16, P. 6. — (2) Greg. Lop. glos. 1 de d. 1. — (3) L. 1 cit. — (4) LL. 2 y 3, tit. 16, P. 6.

no tiene lugar por no estar en su potestad, supuesta la emancipacion que causa el matrimonio, segun la ley de la Recopilacion. El padre puede dar tutor no solo al hijo nacido, sino tambien al que está por nacer (1), que suelen llamarse *póstumos*, y se reputan nacidos para todo lo que puede serles provechoso, pero no para lo que les perjudique (2).

4. La madre si hace testamento dejando por herederos á sus hijos, que no tengan padre, puede darles tutor en él (3); pero este no puede desempeñar su encargo sin ser confirmado antes por el juez, que debe prestar su otorgamiento (que es lo que se llama discernir el cargo), si no es que tenga impedimento legal para ello el nombrado. En este caso requería el derecho romano la inquisicion y examen de las circunstancias del tutor; y no exigiéndose por nuestras leyes, opina Gregorio Lopez (4) que mueve la cuestion, que si el menor no tiene mas bienes que los que le dejó la madre, no será necesario el examen de las circunstancias del tutor; pero sí, si tiene otros. Si la madre no instituye heredero al hijo, aunque le deje sus bienes por otro título, podrá el juez confirmar ó no al tutor que ella nombre, y solo valdrá confirmándose. Este requisito de la confirmacion se exige respecto de todo tutor nombrado por la madre, por carecer ella de la patria potestad (5).

5. Es igualmente necesaria la confirmacion del juez para el tutor nombrado por el padre á su hijo natural á quien instituya por heredero, ó por cualquier hombre á un extraño, si lo hace su heredero, y solo subsiste el nombramiento si se confirma (6).

6. Los tutores testamentarios pueden ser nombrados pura ó simplemente, para dia cierto, ó bajo de condicion, segun fuere la voluntad del testador (7),

(1) L. 3 cit. — (2) L. 3, tit. 23, P. 4. — (3) L. 6, tit. 16, P. 6. — (4) Greg. Lop. glos. 2 de la ley 16, tit. 16, P. 6. — (5) L. 3, t. y P. cit. — (6) L. 8, del mismo tit. y P. — (7) L. 8, tit. 16, P. 6.

quien debe nombrarlo de manera que pueda saberse ciertamente quien es; de modo que si nombrase á uno, y hubiese dos del mismo nombre, no pudiendo saberse ciertamente cual de ellos habia sido su intencion que lo fuese, ninguno lo seria (1).

7. En defecto de la tutela testamentaria entra la legitima, que es la que compete por beneficio de la ley sin intervencion de persona alguna. Como es regla general que habiendo tutor testamentario no se admiten los legitimos, si un padre muere sin haber hecho testamento, ó habiéndolo hecho sin nombrar tutor en él, ó habiéndolo nombrado, muriese este antes que el testador, seria tutor legitimo de sus hijos: primeramente la madre, no queriendo esta la abuela, y en defecto de ambas el pariente mas cercano, y habiendo muchos, lo serian todos (2); aunque en este caso para evitar disturbios, deben elegir entre sí quien ejerza la tutela, y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idoneo, y de mayor seguridad, y este será el tutor en efecto, y los demas, honorarios (3). Este llamamiento de los parientes á la tutela aunque segun el derecho romano, solo correspondia á los parientes por agnacion ó agnados, nombre que se da á los que lo son por parte del padre sin mezcla de muger, por lo que conservan el apellido, y no á los cognados, como se llama á los que son parientes por parte de madre ó con interposicion de alguna muger, segun el nuestro corresponde á unos y á otros, asi porque la ley (4) los llama indistintamente bajo el nombre de parientes, que los comprende á todos, como porque se funda en el axioma tomado de otra (5) que dice: *adonde corresponde el provecho de la herencia, allí debe ir la carga de la tutela*, y tiene tam-

(1) L. 7, vers. *Otrosi*, tit. y P. cit. — (2) L. 9, tit. y P. cit. — (3) L. 11, del tit. 16, P. 6. — (4) L. 9 del mismo. — (5) L. 10 del mismo.

bien lugar, segun advierte Gregorio Lopez (1), cuando muere el tutor testamentario despues del padre, y el hijo no ha dejado de ser pupilo.

8. Es especie de tutela legitima la que los romanos llamaron *tutela patronorum*, y que se halla establecida por la ley (2) que previene que el señor ó patrono sea tutor del esclavo que libertó, siendo menor de catorce años, como igualmente la del padre respecto del hijo emancipado antes de la pubertad, y la fiduciaria que ejercia el hermano mayor de veinticinco, respecto de su hermano emancipado menor de catorce, y despues de muerto el padre; mas ninguna de las tres puede tener fácilmente caso por la abolición de la esclavitud, y por la dificultad de emancipar á los hijos antes de la pubertad.

9. A falta de la tutela testamentaria y legitima sigue la dativa, llamada asi porque no se da en testamento ni por ley, sino por el juez. Ocurriendo esta falta, la madre y los parientes del pupilo, que deberian heredarlo si muriese sin testamento, deben pedir al juez le nombre tutor que sea abonado, y entienda que la tutela no es en su beneficio, sino en el del pupilo; y no pidiéndolo, pierden el derecho que tenian á heredarlo por intestado; pudiendo pedirlo entonces los amigos del pupilo ó cualquiera del pueblo; y si ninguno lo pidiere podrá darlo el juez de oficio (3).

10. Este nombramiento puede hacerse por el juez del domicilio del pupilo, ó por el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de los bienes, esté ó no presente el pupilo, y aun cuando lo contradiga (4). Si todos nombraren, en opinion de Gregorio Lopez (5), deberá subsistir el que fue nombrado primero, y si to-

(1) Greg. Lop. glos. 1 de la l. 9. — (2) L. 10, tit. 16, P. 6. — (3) L. 12, tit. 16, P. 6, y en ella Greg. Lop., n. 7. — (4) L. 2, tit. y P. cit. — (5) Greg. Lop. glos. 13 de la l. 12.

dos lo fueron á un tiempo, el del lugar del nacimiento. Aunque parece bien fundada su opinion en cuanto á la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le debe dar otro; no así en cuanto á la segunda, pues creemos deberá preferirse el nombrado por el juez del domicilio; así porque con este orden están escritos en la ley (1), como porque dándose el tutor para que cuide principalmente de la persona del pupilo, ninguno puede estar en mejor disposicion para nombrarle una persona acomodada á sus circunstancias que el juez de su domicilio, que se supone debe conocerlas mejor.

11. No pueden ser tutores, el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, malgastador de sus bienes ó pródigo, el de malas costumbres, el menor de veinticinco años, y la muger (2). La prohibicion del menor solo es respecto de las tutelas legítima y dativa, pero no de la testamentaria que podrá tenerla para administrarla cuando sea mayor (3), y la de la muger no comprende á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, prometiendo ante el juez no casarse mientras dure la tutela, y renunciando la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar las mugeres por otro, ó como suele decirse, el beneficio del Senado-consulto Veleyano, que prohibió esta obligacion (4). La primera de estas condiciones se funda en la presuncion de que el amor del marido haria descuidar la persona y bienes del pupilo; y la segunda en la dificultad que tendrian para celebrar contratos aun cuando los necesitaran para la mejor administracion de la tutela. Si no obstante su promesa, casare la madre, el juez del lugar donde suceda, deberá quitarle los pupilos, y ponerlos al cuidado del pariente mas cercano, que sea de buena opinion y

(1) L. 12, tit. y P. cit. — (2) L. 4, tit. 16, P. 6. — (3) L. 7 del mismo. — (4) L. 4 cit.

no esté prohibido de ser tutor, quedando obligados al pago de lo que la madre debiere dar por haber administrado los bienes de los pupilos, no solo sus bienes propios, sino tambien los del marido que ha tomado (1).

12. Tampoco pueden ser tutores los obispos ni los monges (2); mas los eclesiásticos seculares pueden serlo de sus parientes; pero para ello deben ocurrir al juez del lugar dentro de cuatro meses contados desde que supieren la muerte del padre, que dejó hijos sin tutor, y exponer que quieren serlo. Los deudores del pupilo no pueden serlo, sino nombrados por el padre en el testamento, y de ningun modo los que estén obligados, ó tengan responsabilidad á las rentas públicas (3). El esclavo proprio puede serlo, si se le nombra por el testador, en cuyo caso se entiende que le da la libertad, y ejercerá la tutela desde luego, si tiene veinticinco años, y sino cuando los tenga, quedando libre desde el nombramiento; mas si se nombra al esclavo ageno, ni queda libre ni es tutor (4).

13. La tutela se acaba por varias causas que establece la ley (5), y son las siguientes: I. Por la pubertad de los pupilos, esto es, que los varones cumplan 14 años y 12 las mugeres. II. Por la muerte ó destierro del tutor ó del pupilo. III. Por la esclavitud de uno de los dos. IV. Si el tutor fue dado á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Por la adopcion del pupilo ó del tutor, siendo este legítimo. VI. Por excusa, y VII. Por remocion de la tutela por sospechoso. En cuanto al destierro de que habla el II modo, dice Gregorio Lopez (6) que debe entenderse del que los romanos llamaron *deportacion*. Mas esta como hemos dicho en el núm. 6

(1) L. 5, tit. 16, P. 6. — (2) L. 14, tit. y P. cit. — (3) L. 14, tit. 16, P. 6. — (4) L. 7, tit. y P. cit. — (5) L. 21 del mismo. — (6) Greg. Lop. glos. 21 de ellas.

del tit. 3, envolvía la perpetuidad, y la confiscacion de bienes, por lo que abolida la perpetuidad de las penas por la pragmática de 12 de marzo de 1771 (1) que fijó el *maximum* de un destierro en diez años, pudiéndosele agregar únicamente la calidad de retencion, y la confiscacion de bienes; por el artículo constitucional (2), creemos que no tiene lugar este modo de fenecerse la tutela, si no es por la infamia que irrogan las penas de presidio ó destierro (3), como tampoco el III abolida, como lo está, la esclavitud en la República. La expresion *so condicion* de que usa la ley en el IV parece significar *pendiente ó durante alguna condicion*, porque aunque esta interpretacion no esté muy conforme con aquellas dos palabras, es la mas racional, pues la de *hasta cierta condicion*, la resiste la otra palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V modo se entiende solamente respecto de la tutela legitima, á la que perdian el derecho los parientes, si eran adoptados por otro (4). Los modos VI y VII que son la excusa y la remocion, como que demandan mayor explicacion, y son comunes á tutores y curadores, reservamos hablar de ellos para cuando hayamos explicado lo relativo á curadurias.

14. Para encargarse de la administracion de la tutela debe el tutor dar fiadores abonados que se obliguen á satisfacer en falta suya, así el alcance que re-

(1) L. 6, tit. 40, lib. 12 de la N. — (2) Art. 147. — (3) Arg. de la l. 7, tit. 6, P. 7.

(4) Alvarez despues de haber explicado las tres pérdidas de cabeza, á saber: la máxima que se opondrá al estado de libertad, la media al de ciudad, y la mínima al de familia, en la que se incurre por la arrogacion, asienta que ninguna de ellas hace perder á los parientes el derecho á la tutela, y con respecto á la última dice: que no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo por ser cargo público respecto de los cuales se reputa por padre de familia segun la ley 4, tit. 16, P. 6. Alvarez páginas 273 y 297 del tom. 1º de la edicion de Guatemala de 1818.

sulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños, que por su culpa ó negligencia se irroguen al pupilo. Debe ademas jurar que cumplirá fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huérfano, guardando lealmente su persona y cosas, y evitando todo lo que pueda ser en su perjuicio (1). Debe por último hacer un formal y específico inventario de todos los bienes muebles ó raices, correspondientes al pupilo; de modo que no haciéndolo, se le puede remover por sospechoso, á menos que alegue causa bastante para no haberlo hecho; en cuyo caso no se le removerá, pero si se le mandará que lo haga luego (2). De esta palabra *luego* que usa la ley, infiere Gutierrez (3) citando á otros, que debe hacerlo luego que pueda, sin gozar del tiempo que se concede á los herederos. Y es de tanta fuerza este inventario, que no se permite al tutor dar prueba en contra (4). Mas si no tuviere bienes el pupilo, deberá manifestarlo así el tutor ante el juez, y esta manifestacion le servirá de inventario (5).

15. La obligacion de afianzar conforme al derecho romano no comprendia á los tutores testamentarios, por la razon de que estaban calificados y aprobados por el testador, que se presumia habria nombrado sus mayores y mas fieles amigos; y esta exencion juzgan que debe regir Gregorio Lopez (6) y Gutierrez (7), que se apoyan ademas en que las leyes (8) que hablan de la obligacion de afianzar, solo mencionan á los tutores legitimos, aunque el mismo Gregorio Lopez añade por lo que hace á los dativos, que en la práctica á todos se les exige. Con respecto á la madre y abuela Asso y De Manuel (9) creen que no tienen obligacion de afianzar;

(1) L. 9, tit. 16, P. 6. — (2) L. 13, tit. y P. cit. — (3) Gutier., lib. de tutel., part. 2, cap. 1, n. 10. — (4) L. 120, tit. 18, P. 3. — (5) G. Lop. glos. 3 de la l. 99, tit. 18, P. 3. — (6) Greg. Lop. glos. 3 de la l. 9, tit. 16, P. 6. — (7) Gutier., lib. de tutel., part. 1, cap. 3, n. 1. — (8) LL. 9, tit. 16, P. 6 y 94, tit. 18, P. 3. — (9) Asso y De Manuel Instituc., lib. 1, cap. 3, vers. *Como*.

mas Gregorio Lopez (1) y Gutierrez (2) fundan lo contrario, satisfaciendo las razones en que se apoya la otra opinion.

16. Los officios del tutor miran á la persona primeramente, y despues á los bienes del pupilo. Con respecto á la persona debe cuidar lo primero de su educacion, procurando formarle buenas costumbres: que aprenda á leer y escribir, y que se instruya en aquellas ciencias ó artes que mas le convengan, atendidas sus circunstancias y riqueza (3). Lo segundo debe alimentarlo en los términos que el padre haya dispuesto en el testamento, ó en los que el juez dispusiere, comprendiéndose bajo el nombre de alimentos no solo la comida, vestido y habitacion, sino todos los demas gastos necesarios para la conveniente ilustracion del pupilo (4), y cuidando de que todos estos se hagan con los réditos y frutos, dejando salvas las fincas, *si se pudiere facer*, segun se explica la ley (5); sobre cuyas palabras dice Gregorio Lopez (6) que puede el tutor echar mano de las propiedades del huérfano, cuando no alcancen los réditos para alimentarlo, con cuya opinion se conforma Gutierrez (7), y Molina añade (8) que pueden los tutores, atendida la calidad de sus pupilos destinarlos á artes ú officios, ó á servir á otros para proporcionarles los alimentos, si de otro modo no los tienen. En cuanto á la habitacion ó casa en que haya de vivir el pupilo, será la que se hubiere señalado en el testamento, y si no se señaló, se podrá criar en la de la madre, si fuere de buena fama, y en su falta ó casándose esta, en donde determinare el juez; pero de ninguna manera en casa de aquel que pueda heredar sus

(1) Greg. Lop. glos. 8 de la l. 9, cit. — (2) Gutier., lib. de tutel., part. 1, cap. 12, n. 16. — (3) L. 16, tit. 16, P. 6. — (4) La misma. — (5) L. 20, tit. y P. cit. — (6) Greg. Lop. glos., 3 de esta ley. — (7) Gutier., lib. de tutel., part. 2, cap. 3, n. 10. — (8) Molin. de just. et jur. disp. 224, vers. *Quando minores*.

bienes (1). Y si el tutor entendiése que podria perjudicar al pupilo descubrir su riqueza ó pobreza, y para impedirlo creyese conveniente alimentarlo de su propio peculio, deberá hacerlo asi, y el pupilo cuando deje de serlo, deberá satisfacerle cuanto hubiere gastado, segun lo previene expresamente la ley (2), cuya doctrina opina Gutierrez (3) que tiene lugar no solo cuando el tutor tuvo justa causa para hacerlo asi, sino tambien cuando lo hizo por la negligencia de no acudir al juez.

17. Con respecto á los bienes del pupilo es officio y obligacion del tutor demandar en nombre del huérfano, ó defender su derecho en todo pleito que él promueva ó le promuevan; pudiendo hacerlo uno solo, si fueren varios los tutores, aun cuando los demas no estén presentes, y siendo el pupilo menor de siete años ó estando ausente; pues siendo mayor de esta edad podrá el huérfano mover por sí mismo el pleito, pero con otorgamiento de tutor, ó este en nombre de aquel estando ambos presentes. Asimismo debe prestar su otorgamiento á los contratos que hiciere su pupilo, siendo mayor de siete años, pues de otro modo no valdrán en lo que le fueren gravosos, pero sí en lo que le fueren útiles, debiendo prestar el otorgamiento el mismo tutor por sí, y no por apoderado ó carta (4). Si el pupilo es menor de siete años no puede contratar.

18. Debe tambien cuidar de la conservacion y aumento de los bienes del menor, reponiendo los edificios, cultivando los campos y promoviendo la cria de los ganados (5); y aunque en las leyes no se halla expresa la obligacion de emplear el dinero, los intérpretes (6) dicen, que debe hacerlo comprando fincas

(1) L. 19, tit. 16, P. 6. — (2) L. 20 del mismo. — (3) Gutier., lib. de tutel., part. 2, cap. 3, n. 10. — (4) L. 17, tit. 16, P. 6. — (5) L. 13, tit. y P. cit. — (6) Covar., l. 3 variar., cap. 2, n. 1; y Gutier., de tutel. part. 2, cap. 9.

ó entregándolo á algun comerciante con un interes moderado que puede percibir lícitamente (1), debiendo, segun ellos, ser condenado á satisfacer el perjuicio de no haber empleado el dinero; pero Ayora (2) dice que esto tiene lugar en la práctica cuando el daño es leve. El empleo del dinero deberá hacerse dentro de seis meses de haber recibido la tutela ó de dos despues de recibir el dinero, si ya estaba en el encargo, á menos que haya algun impedimento para ello.

19. El tutor no puede enagenar los bienes raices de su pupilo (3) reputándose por enagenacion el empeño (4), y aunque las leyes hablan expresamente de los bienes raices, sin embargo, como en una de ellas (5) se habla en general de los bienes, algunos autores opinan que tampoco pueden enagenarse los muebles preciosos útiles al huérfano, que puedan guardarse. Gregorio Lopez (6) y Gutierrez (7) fundados en que la ley (8) concede absolutamente la facultad de empeñar los bienes muebles, son de sentir que podrán empeñarse aun los preciosos, empleando en beneficio del pupilo el dinero del empeño. La prohibicion de enagenar debe entenderse haciéndola por sí solo el tutor sin decreto del juez; porque con él pueden hacerlo por grande necesidad ó utilidad del pupilo, como casarlo, ó á alguna de sus hermanas, ó pagar las deudas, ó alguna otra causa semejante, que la enagenacion haga inevitable; y el juez deberá dar su decreto, si ocurriere alguna de esas causas, debiendo hacerse la enagenacion en almoneda pública de treinta dias, y nunca de la casa que fue del padre ó abuelo, si se puede evitar (9).

(1) Cap. Per vestras, 7 de las Decretales, de donat. int. vir. et uxor. — (2) Ayora de Partit., part. 1, cap. 4. — (3) L. 18, tit. 16 y 60, tit. 18, P. 3. — (4) L. 8, tit. 13, P. 3. — (5) L. 4, tit. 3, P. 3. — (6) Gregor. Lop. glos. 3, de la ley 4, tit. 3 y 3 de la l. 8, tit. 13, P. 3. — (7) Gutier. de tutel., part. 2, cap. 21. — (8) L. 8, tit. 13, P. 3. — (9) LL. 18, tit. 16 y 60, tit. 18, P. 3.

20. Mas para la enagenacion ó empeño de los bienes muebles, que no sean preciosos, ni útiles al menor, no es necesario decreto del juez, cuidando siempre de que ceda en beneficio y utilidad de aquel (1). Aunque una ley de Partida (2) permitia al tutor comprar los bienes de su pupilo con ciertas solemnidades, está corregida por una de la Recopilacion (3) que prohibe al albacea, tutor ó curador, ó á cualquiera que administre bienes de otro, poder comprar alguno de ellos pública ni secretamente, y si lo hiciere, pudiéndose probar la compra, no valga y quede deshecha, obligándosele á devolver el cuatro tanto de su valor, que se aplicaba á las penas de cámara.

21. Por último, es obligacion del tutor dar cuentas de su administracion, fenecida la tutela, y entregar al menor ó su curador los bienes existentes; y si lo resiste, tiene el menor la accion de tutela, que es muy distinta de la de tutor sospechoso, que tiene por objeto remover al que lo es, y de la de revision de cuentas, que se dirige á examinar estas despues de dadas, pero mal y con fraude (4). A las resultas de las cuentas de la administracion del tutor están obligados con hipoteca legal todos sus bienes desde el dia que comenzó á usar de su oficio (5), y ademas los fiadores que dió, y sus herederos (6), de que infiere Gregorio Lopez (7) que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano.

22. El tutor por su parte tiene derecho á que se le abone en las cuentas lo que justa y legítimamente haya gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, y ademas en compensacion de su trabajo lo tiene para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de

(1) L. 8, tit. 13, P. 3. — (2) L. 4, tit. 5, P. 3. — (3) L. 23, tit. 11, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 12, lib. 10 de la N. — (4) LL. 21, tit. 16 y 4, tit. 17, P. 6. — (5) L. 23, tit. 13, P. 3. — (6) L. ult., tit. 16, P. 6. — (7) G. Lop. glos., 8 de esta ult.

estos (1). Como las leyes que conceden esta décima, dicen que ha de ser de los frutos, y por fruto en el sentido civil se entiende lo que sobra deducidas las expensas (2), funda Gutierrez (3) que primero deben sacarse las expensas, y del líquido la décima, entendiéndose por expensas las que se hubieren hecho por razon de los frutos, pero no las hechas por utilidad perpetua, ó mejora de la finca, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima. El mismo Gutierrez asienta (4) que por frutos se deben entender los naturales, industriales, y civiles. Si el tutor fuese labrador y trabajase con sus manos en tierras del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas, antes de percibir su décima; mas no si pretendiere que se le pague algo por haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto era propio de su oficio de tutor, como advierte el mismo Gutierrez.

23. Hemos explicado hasta aquí lo perteneciente á la tutela, vamos ahora á explicar lo que corresponde á la curaduría, que en el concepto de las leyes (5) es, *la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*. Por esta razon se dan curadores á los mayores de 14 años y menores de 25, y á los que habiendo cumplido esta edad, están impedidos para administrar sus bienes (6), como son los locos ó desmemoriados, los pródigos, mudos, sordos y demas que por enfermedad perpetua no pueden cuidar de sus cosas (7). Al menor de 25 años no se le da curador, si él no lo pide, pues no puede ser apremiado á recibirlo, si no es que haya sido nombrado en testa-

(1) LL. 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo, y 2 tit. 7, lib. 3, del Fuero Real. — (2) L. 4, tit. 14, P. 6 vers. *ca segun*. — (3) Gutier. de tutel., part. 3, cap. 27. — (4) Gutier., cap. 25. — (5) LL. 12 y 13, tit. 16, P. 6. — (6) L. 13, tit. 16, P. 6. — (7) Gregor. Lop. glos. 1 de esta ley 13.

mento y confirmado por el juez (1), y en el caso de tener que intervenir en juicio como actor, ó como reo, con la distincion de que si ha salido de la edad pupilar lo puede nombrar él, y lo confirmará el juez; pero si está en ella, no teniendo tutor, se lo nombra el juez; y de qui nace la distincion de *curador de bienes*, que es el que tiene la administracion de ellos, y *curador para pleitos*, que es el que se dá precisamente cuando se ofrece alguno al que es menor de edad; mas recibido una vez el curador, no se le puede dejar hasta cumplir 25 años (2). Hay algunos, que aunque no lo sean se reputan menores por las leyes, por la facilidad que tienen de ser engañados, y de esta clase son los indios, los cuales necesitan segun la ley (3) del decreto del juez para la enagenacion de sus bienes, no debiendo verificarse esta sino en almoneda pública, y ofreciéndoseles algun litigio, se previene que se les nombre curador (4). Estas disposiciones no rigen ya (5), en opinion de muchos por la calidad de ciudadanos y hombres libres declarada á los indigenas, lo mismo que á todos los mexicanos; mas á nuestro juicio no es muy fundada, pues aquellas no se dirigen á coartar la libertad en el ejercicio del derecho de propiedad, sino á precaverlos del engaño, de que son tan susceptibles, sin que la declaracion de la igualdad de derechos baste á libertarlos. Por el contrario hay otros, que sin haber salido de la menor edad no necesitan del curador; tales son el casado mayor de 18 años, de que hablamos en el tit. IV núm. 24, y el que tiene habilitacion ó dis-

(1) Gregor. Lop. glos. 5, de la misma, y Gutier. de tutel., part. 1, cap. 19, n. 30. — (2) Gregor. Lop. glos. 2, de la ley 13 y Gutier., part. 1, cap. 9, n. 18. — (3) L. 27, tit. 1, lib. 6 de la R. de Ind. — (4) L. 1, tit. 6, lib. 6 de la R. de Ind. — (5) Vease la circular del ministerio de gobernacion de ultramar de 11 de enero de 1821, inserta en el n. 38, del Noticiero general de Mexico del lunes 14 de mayo del mismo año.

pensa de edad. Para esta se requería la edad de 20 años en el varón y de 18 en la muger, y acreditar con información judicial la aptitud para administrar y manejar sus bienes sin necesidad de curador; aunque según escribe Arrieta (1), podía obtenerse la dispensa por mayor de 13 años, haciendo varios ocurros á las diversas autoridades de Madrid. En la República esta habilitación se concede por los congresos general y particulares de los estados, según la vecindad del pretendiente, y aunque no sabemos que haya alguna ley que fije las condiciones para poderse obtener, creemos muy conducente al objeto la información sobre aptitud.

24. La curaduría es puramente dativa; pero si fuere nombrado en testamento, y el juez lo creyere útil, lo debe confirmar (2). Las obligaciones del curador son las mismas que las del tutor en cuanto á afianzar, administrar y dar cuentas, y sus oficios se dirigen primeramente á los bienes, y secundariamente á la persona del menor; y los modos de acabarse la curaduría son los mismos que hemos dicho de la tutela, con la diferencia de que la edad para que acabe la curaduría es la de 25 años, y que el curador del mayor de edad cesa, si cesa la causa porque se le nombró, como si el loco recobra el juicio, ó el pródigo se hace de buenas costumbres.

25. Como las disposiciones de las leyes y doctrinas relativas á excusa ó remoción por sospechoso, comprenden de un mismo modo á los tutores que á los curadores, después de haber hablado en particular de estos, vamos á explicar lo correspondiente á estos dos puntos. La tutela y la curaduría se reputan como cargos públicos personales, y bajo de este concepto se dispensa á los que las desempeñan la protección de las leyes (3);

(1) Escolano de Arrieta: Practica del consejo, tom. I, cap. 98. — (2) L. 13, tit. 16, P. 6. — (3) LL. 41, tit. 16 y 20, tit. 23, P. 3.

por esta razón nadie puede eximirse de ellas, si no es que tenga justa causa para excusarse; pues como dice la ley de Partida (1): *escusanza es como mostrar alguna razón derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bienes*; mas esta causa para excusarse solo la necesitan los tutores testamentarios y dativos, y no los legítimos, en cuyo arbitrio está, según el tenor de las leyes (2), admitir ó no la tutela.

26. En ellas se enumeran las causas que se reputan justas, y para proceder en su enumeración con algún orden, nos parece conveniente el que adopta Álvarez en sus *Instituciones del Derecho Real*. Las excusas se dividen en voluntarias, que es necesario alegar para que eximan del cargo, y necesarias, que aunque no se opongan, impiden el ejercicio de él. Las voluntarias proceden de tres principios, que son el privilegio, la impotencia, y el peligro de la fama. Por razón de privilegio tienen excusa (3): 1º los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legítimos y no espurios, vivos ó muertos en la guerra: 2º los embajadores y ausentes por causa de la república, de quienes dice la ley *ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte que fuese muy lueñe; ó fuese allá por servicio, ó por pró comunal de la tierra en que vice*; cuyo tenor no deja duda que se dirige á los empleados que hemos dicho, y así lo reconocen Gregorio Lopez (4) y Gutierrez (5), que como veremos, les habían apropiado otro lugar de la misma ley. Estos después de su regreso deben reasumir la tutela que tenían antes de su viage, mas no se les puede obligar á tomarla nueva hasta después de un año (6): 3º los

(1) Lib. 1, tit. 17, P. 6. — (2) L. 2, vers. *La tercera*, y ley 12 en el principio, tit. 16, P. 6. — (3) L. 2, tit. 17, P. 6. — (4) Greg. Lop. glos. 9 de la ley 2. — (5) Gutier., de tutel., part. 1, cap. 21, n. 6. — (6) L. 2, tit. 17, P. 6.

jueces que estan en actual ejercicio; pero el que habia recibido la tutela antes de serlo, no se puede excusar despues por esta razon (1): 4º los maestros de gramática, retórica, dialéctica y medicina, que enseñan por nombramiento del gobierno, en su patria ó fuera de ella, y los doctores en leyes, que son jueces ó consejeros (2): 5º los recién casados desde el dia en que contrajeron matrimonio hasta cuatro años despues (3).

27. De la impotencia nacen las excusas siguientes: 1ª el tener tres tutelas actualmente (4), sobre lo cual advierte Gutierrez (5) adoptando las doctrinas del derecho romano, que las tutelas han de ser reales y no afectadas; que no se reputan tutelas las fianzas de ellas, y que una sola podria ser bastante excusa, si fuese tan complicada y llena de negocios, que equivalga á muchas: 2ª la pobreza (6): 3ª la enfermedad, siendo tal que impida cuidar del huérfano (7): 4ª no saber leer ni escribir (8), y 5ª tener setenta años cumplidos (9).

28. Por el peligro de la fama se excusa 1º el que hubiese movido pleito sobre servidumbre al padre del pupilo, ó al contrario (10): 2º el que tiene que demandar al huérfano sobre su herencia, ó parte de ella (11): 3º el que tuvo enemistad capital con el padre del pupilo y no se reconcilió (12).

29. Las excusas necesarias son las que tienen 1º el loco, fátuo, sordo, mudo, ó ciego total, los que si son nombrados en testamento, no son removidos, pero no entran en la administracion, si no se les quita el impedimento (13): 2º el administrador de rentas, que la ley llama del rey, y añade: *ó su mensagero*; de cuyas

(1) La misma. — (2) L. 3, del mismo tit. y P. — (3) L. 14, tit. 1, lib. 5 de la R., ó 7, tit. 2, lib. 10 de la N. — (4) L. 2, tit. 17, P. 6. — (5) Gutier., de tutel., part. 1, cap. 21, n. 8. — (6) Ley 2 citada. — (7) La misma. — (8) La misma. — (9) La misma. — (10) La misma. — (11) La misma. — (12) L. 2, tit. 17, P. 6. — (13) La misma.

palabras infirieron Gregorio Lopez (1) y Gutierrez (2) que aqui se hablaba de los embajadores, cuando esa palabra no significa en el Diccionario de la Academia, y en el Tesoro de la lengua castellana de Cobarruvias, sino al que lleva despacho ó recado á otro, y en este sentido la toman varias leyes (3); por lo que es visto que aqui se habla de los recaudadores ó cobradores de rentas subordinados al administrador, como lo indica el pronombre *su*, que se le añade: 3º el soldado mientras está empleado en el servicio; pues la ley (4) dice: el sercaballero que estuviere en corte del rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pró comunal de la tierra, que explican en este sentido Gregorio Lopez y Gutierrez (5): 4º el que ha sido tutor de un huérfano para ser su curador: 5º el eclesiástico secular ó regular, este para toda clase de tutelas, y aquel para la testamentaria y dativa, pues la legitima la pueden tener, menos los obispos (6). La ley de Partida (7) pone tambien por excusa necesaria la del marido para ser tutor ó curador de su muger, que fuese menor; mas por otra posterior (8) está derogada aquella, y prevenido que el marido que haya entrado en los diez y ocho años, tenga la administracion de sus bienes y de los de su muger, sin necesidad de venia. Estas excusas necesarias mas bien son prohibiciones.

30. Asso y De Manuel (9) fundados en una ley de la Recopilacion (10) asientan que las excusas de pobreza,

(1) Greg. Lop. glos. 3, de la ley 2. — (2) Gutier. de tutel., part. 1, cap. 21, num. 4 y 5. — (3) LL. 10, tit. 31, P. 2 y 13, tit. 29, P. 3. — (4) L. 3, tit. 17, P. 6. — (5) Por el art. 3, tit. 1, tratado 8, de la ordenanza general del ejército esta excusa es voluntaria, no necesaria. — (6) LL. 4 y 14, tit. 16 y 2, tit. 17, P. 6. — (7) L. 3, tit. 17, P. 6. — (8) L. 14, tit. 1, lib. 5 de la R., ó 7, tit. 2, lib. 10 de la N. — (9) Asso y De Manuel Instituciones de Castilla, lib. 1, cap. 4, vers. *Se excusan*. — (10) L. 21, tit. 14, lib. 6 de la R., ó 12, tit. 18, lib. 6 de la N.

enfermedad, no saber leer ni escribir, ó ser mayor de setenta años, no comprendian á los pecheros, ó gente que se llamaba del estado llano; mas ciertamente es equivocacion, pues por esa ley solo se derogaron los privilegios y exenciones personales, que les estaban concedidas; mas de ningún modo las disposiciones comunes, y asi lo indica en su conclusion diciendo: *y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos que por los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de las tales cargas y oficios.*

31. La excusa debe alegarse dentro de cincuenta dias contados desde que se supo el nombramiento de tutor ó curador, si la persona en quien reayó, residia en el lugar en que se hizo el nombramiento, ó á una distancia que no pase de cien millas; mas si excediere de ellas tendrá un dia mas de término por cada veinte millas, y treinta dias mas despues (1). Estas son las disposiciones de la ley, idénticas con las del derecho romano, cuyos intérpretes dicen, que en este último caso debe hacerse la computacion de modo que el que está á una distancia que exceda de las cien millas, no tenga menos de los cincuenta dias, como podrá suceder; y entonces seria de peor condicion que el mas cercano; y aunque ni Gregorio Lopez ni Gutierrez traen esta doctrina, ella es tan conforme á la equidad, que podrá seguirse en la práctica. El artículo sobre si vale ó no la excusa, debe decidirse dentro de cuatro meses contados desde el dia en que empezaron los cincuenta para alegarla (2), aunque Alvarez quiere que se cuenten desde el dia en que comenzó el artículo (3); y sintiéndose agraviado en la sentencia el que se excusa, puede apelar de ella.

32. Segun la ley (4) se reputa sospechoso el tutor ó

(1) L. 4, tit. 17, P. 6. — (2) La misma. — (3) Alvarez Instituc. de Derecho Real, lib. 1, tit. 25 al fin. — (4) L. 1, tit. 18, P. 6.

curador, *que es de tales maneras que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres*, y explicando mas esta idea señala las causas que inducen la sospecha, y por las cuales debe ser removido el tutor, sea testamentario, legitimo ó dativo, y el curador, y son: I. Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñádole malas costumbres. II. Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo, ó de sus parientes. III. Negar delante del juez que tienen con que suministrarle los alimentos, siendo falso. IV. No haber hecho antes de comenzar la administracion de los bienes, el inventario que previenen las leyes. V. No defender al pupilo y sus bienes, asi en juicio, como fuera de él. VI. Ocultarse y no querer comparecer, sabiendo que habian sido nombrados tutor ó curador. Habiendo alguna de estas causas se deberá remover como sospechoso al tutor ó curador, aun cuando sea rico, y ofrezca fiador de que cuidara de los bienes del menor; asi como por solo ser pobre, si es de buenas costumbres, no se le puede remover.

33. Esta acusacion contra el sospechoso la puede hacer cualquiera del pueblo, que conociendo el daño que se hace al menor, se mueva á ello por piedad, sea hombre ó muger; pero están obligados á hacerlo la madre, la abuela, la ama que crió al pupilo, y sus parientes inmediatos (1). El huérfano siendo menor de catorce años, no puede acusar de sospechoso á su tutor; mas si es mayor puede hacerlo con consejo de sus parientes. La acusacion puede intentarse contra el que solo está nombrado, y así puede hacerse contra el tutor del que está por nacer. Debe hacerse ante el juez del lugar donde el huérfano tiene sus bienes, si allí está el tutor, y el mismo juez puede proceder de oficio,

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

aunque no haya quien acuse, si le constase el mal proceder del tutor.

34. Puesta la acusacion y contestada por el tutor, se le suspende en el ejercicio de su encargo, nombrando al pupilo un curador interino que cuide de él y de sus bienes (1) hasta la conclusion del pleito. Si de él resultare que no ha obrado mal, se alza la suspension y se absuelve al acusado; mas si resulta que no ha obrado bien, se le remueve con infamia, si se le ha probado dolo, ó culpa lata, pagando al huérfano el daño que le hizo al arbitrio del juez, y sin ella, si solo se le probó culpa leve (2). Esta acusacion cesa por la muerte del tutor ó curador, ó por acabarse la tutela, ó curaduría antes de la sentencia, quedando en ambos casos al menor la accion de tutela, que comprende tambien al curador (3), y por la cual el menor puede obligar á su tutor ó curador á dar cuentas, y estos á su vez al pupilo á que satisfaga lo que resulte deber por el tiempo de la administracion.

TITULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

- | | |
|--|---|
| 1. Qué sea restitucion <i>in integrum</i> . | 6. Si subsiste la declaracion de no tener lugar, cuando no lo hay á la suplicacion. |
| 2. En qué cosas tiene lugar. | |
| 3. Cómo se ha de conceder. | 7, 8, 9, 10. Quiénes gozan del beneficio de la restitucion á mas de los menores. |
| 4. Casos en que se niega. | |
| 5. Cómo tiene lugar sobre pruebas en juicio. | |

1. La debilidad del juicio de los menores, por la que son engañados las mas veces, y la necesidad que

(1) L. 3, tit. y P. cit. — (2) L. 4, tit. 18, P. 6. — (3) L. 21 tit. 16, P. 6.

tienen de que sus cosas se administren por otros, que no ponen siempre el mayor cuidado en ellas, es la causa del beneficio que las leyes les conceden con el nombre de Restitucion *in integrum* ó por entero (1), que en las Partidas (2) se define: *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor*.

2. Ya hemos dicho que este es el que no tiene 25 años cumplidos, y para gozar del beneficio debe probar que es menor, y que ha recibido daño por su debilidad, ó por culpa de su tutor ó curador, ó por engaño de otro (3), sea en actos judiciales, ó sea en extrajudiciales de cualquiera naturaleza (4), y aun cuando haya intervenido decreto del juez (5). Tiene lugar tambien para desamparar el menor la herencia en que hubiese ya entrado; mas deberá hacerlo con noticia de los acreedores de ella, para que sepan las causas porque lo hace; y viendo el juez que en realidad le era dañosa, la otorga, poniendo antes en seguridad todas las cosas pertenecientes á ella (6). En orden á prescripciones dispone la ley (7) que las de 20 ó menos años no corran contra los menores, sino en el caso de que hayan empezado contra sus mayores, y entonces tiene lugar la restitucion, solo en cuanto al tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; mas las de mayor tiempo corren sin distincion contra los mayores de 14 años, y tiene lugar en cuanto al todo la restitucion.

3. Esta se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe oír á la otra parte á quien se hace la demanda; y si de ello resultare que en el pleito, juicio, ó diligencia que se reclama

(1) L. 3, tit. 8, lib. 4 de la R. ó 3, tit. 13, lib. 11 de la N. — (2) L. 1, tit. 19, P. 6, y 1, tit. 23, P. 3. — (3) L. 2, tit. 19, P. 6, — (4) LL. 2, tit. 23, P. 3 y 3, y 5, tit. 19, P. 6. — (5) L. 1, tit. 13, P. 3. — (6) L. 7, tit. 19, P. 6. — (7) L. 2, tit. 23, P. 3.