

todos en comun, ó se distribuirá entre todos.—1.º *Se confía á uno solo* (y es la mejor determinacion que siempre debe tomarse, como la más favorable al pupilo), cuando se trata de tutores que no están obligados á dar fianza, y hay uno que la da (debe ser preferido á todos los demas); cuando se trata de tutores testamentarios, y el testador ha designado al que debe administrar; á falta de estas dos circunstancias, cuando los tutores por mayoría de votos han encargado la tutela á uno de ellos; y por último, cuando no habiéndolo hecho los tutores, el magistrado mismo designa al que ha de administrar. Los tutores no gerentes se llaman tutores honorarios (*honorarii tutores*); no ejercen actos de gestion, sino que son como inspectores del que administra (*quasi observatores actus ejus et custodes*), y en este concepto son responsables (1).—2.º *Se da á todos en comun*, cuando no quieren consentir en que administre solo el que el magistrado designa. Siendo comun la administracion, lo que cada uno de ellos ejecuta sin fraude es válido; tambien es comun la responsabilidad (2).—3.º *Se divide entre todos*, por el testador ó por el magistrado, cuando en virtud de su instancia lo juzga éste conveniente. Esta division se hace ó por partes, tomando uno, por ejemplo, tal parte de la administracion y otro cual otra; ó por territorios, tomando uno la administracion de los bienes de tal provincia y otro la de los de otra (*in partes vel in regiones*). En este caso cada uno de ellos sólo administra su parte ó su provincia, sin poder mezclarse en las demas sino en calidad de custodio ó inspector: la responsabilidad de la administracion se halla tambien dividida (3).

Las atribuciones del tutor se extienden á la persona y á los bienes del pupilo.—Respecto de su persona, debe principalmente cuidar de su manutencion y educacion, procediendo en esto en proporcion á sus bienes y á su clase (4). Debe tambien, cuando se trata de determinar el lugar en que el pupilo haya de ser educado, consultar al magistrado (5).—Respecto de los bienes, debe el tutor vender los animales inútiles al pupilo, y las cosas sujetas ó expuestas á experimentar deterioro; en otro tiempo se ponian

(1) D. 26. 7. 3. §§ 1 á 7. f. Ulp.

(2) D. 26. 7. 3. § 8.—27. 3. 1. § 11 y sig. f. Ulp.

(3) D. 26. 7. fr. 3. § 9 y fr. 4.—C. 5. 52. 2.

(4) D. 26. 7. 12. § 3. f. Paul. y 13. p. f. Gay.

(5) C. 5. 49.

en esta clase los objetos muebles y los edificios (1); perseguir á los deudores del pupilo y hacerles pagar: si él mismo fuese deudor del padre del pupilo, debe pagar su deuda (2); administrar todos los bienes, y percibir todas las rentas; depositar en un lugar designado el dinero del pupilo, con objeto de comprar fundos: la suma que debe ponerse en depósito se fija segun las circunstancias; el tutor que no haga el depósito está obligado á abonar los intereses (3); hacer uso del dinero, ya poniéndolo á interes, ya comprando fundos; debe hacerse uso de él en los primeros seis meses del primer año de la tutela, y los años siguientes á los dos meses; despues de este plazo, el tutor debe abonar los intereses al precio corriente en el país; si convirtiese el dinero en provecho suyo, deberá abonar el interes legal que fuese el mayor, el 12 por 100 (*centesimæ usuræ*) (4); pagar á los acreedores del pupilo, y cobrarse él mismo, si es acreedor (5), y defender al pupilo en juicio, ya gestionando, ya defendiendo, ya apelando (6).

En todos estos casos, y en general en toda su administracion, el tutor debe tener todo el cuidado que tendria en sus asuntos propios (*quantam in rebus suis diligentiam*); era responsable, no solamente del fraude que él cometia, sino de sus faltas (*dolum et culpam prestat*) (7).

Pero ¿cuál es la naturaleza de sus poderes y de su intervencion? Esto es lo que importa determinar.

Abstengámonos de decir en derecho romano, como se dice en nuestro derecho, que el tutor representa la persona del pupilo en los actos civiles. Segun el derecho primitivo y riguroso de los romanos, un ciudadano no podia ser representado por otro; él solo podia gestionar en interes propio, y llenar las diversas solemnidades de los actos, ya por sí mismo, ya, en ciertos casos, por las personas sometidas á su poder, porque consideraban que éstas formaban con él una sola y única persona. Sin embargo, con el tiempo se templó este rigor. El principio primitivo se mantuvo siem-

(1) C. 5. 37. 22.—D. 26. 7. f. 5. §§ 9 y 7. § 1.

(2) D. 26. 7. fr. 1. § 4. y fr. 15.

(3) D. 26. 7. fr. 5. p. y 7. § 7.

(4) Ib. fr. 7. §§ 2. 3. 4. 10 y 11.

(5) Ib. fr. 9. § 5.

(6) Ib. fr. 1. §§ 2 y 3.—C. 5. 37. fr. 6 y 11.

(7) D. 27. 3. 1. p.—50. 17. 23. p. f. Ulp.

pre en los actos del derecho civil, que debían ejecutarse por medio de palabras y solemnidades prescriptas; y desde luego indefectiblemente para los que se hacían en los comicios: el testamento y la adrogación; de la misma manera para las acciones de la ley: «*nemo alieno nomine lege agere potest*», dice Ulpiano (1), y para los actos que no eran sino ficción, como la *in jure cessio*, la *manumisión* (2) y la *adopción*.—En fin, para los que, aunque hechos sin intervención de la autoridad pública, exigían solemnidades eminentemente civiles; por ejemplo, para la *mancipación* y para en los casos en que se hacía en ella un uso ficticio, tales como en los casos de *emancipación* y de testamento *per aes et libram*, por la *estipulación*, y para su contrario la *acceptilación* (3), para la *adición de la herencia*, no sólo la que exigía la pronunciación de una fórmula sacramental, la *creción* (4), sino aún para la adición en general, porque se trataba aquí de consentir en continuar en la asociación la persona de otro ciudadano (5). En los actos de esta naturaleza no era posible ninguna representación: cada ciudadano estuvo siempre obligado á obrar por sí mismo. Respecto de los demás actos, como contratos y operaciones del derecho de gentes, fué cosa admitida que se podría confiar el cuidado de ellos á procuradores, y que podrían ser desempeñados por agentes de negocios. Y aunque según la estricta aplicación de los principios, el procurador y el agente de negocios no fuesen nunca más que personas que obraban en su propio nombre y en interés de un tercero, obligándose ellos mismos y obligando á los demás, sin embargo, por medio de recíprocas acciones de cuenta, de acciones útiles, de medios indirectos y de interpretaciones varias, según los casos, se consiguió hacer recaer sobre aquel á quien realmente correspondía el negocio, las ventajas y desventajas de las negociaciones.

Sólo el conocimiento de estos principios generales puede dar claridad y color local á cuanto concierne á la naturaleza de los poderes del tutor en la administración de los bienes.

En los actos de derecho civil, sometidos á la necesidad de solemnidades y palabras prescriptas, en que cada ciudadano debe comparecer, gestionar y hablar por sí mismo, no puede el tutor re-

(1) D. 50. 17. 123. f. Ulp.—Ulp. Reg. 11. § 24.

(2) Cod. 7. 1. 3 y 7. 2. 6. const. Dioclec. y Maximian.—Dig. 40. 2. 24. f. Paul.

(3) Dig. 46. 4. 13. § 10. f. Ulp.

(4) Gay. 2. 3. 166.

(5) 49. 1. 17. § 1. f. Modest.—29. 2. 90. pr. f. Paul.

presentar al pupilo, pues es preciso que el pupilo intervenga por sí propio. Pero aquí se presentan dos obstáculos: por una parte, si todavía no habla por su corta edad (*infans qui fari non potest* (1)), si todavía está mamando, ó hace poco tiempo que ha dejado de mamar, según dice Teófilo, en cuyo caso, no pudiendo pronunciar las palabras solemnes, hay una imposibilidad absoluta de que se verifiquen tales actos: por otra parte, después que ha llegado á la edad en que puede físicamente proferir las palabras prescriptas, se presenta otra dificultad: la persona civil que exige el derecho romano para que tengan efecto tales actos, la persona del ciudadano romano púbero, no existe en él todavía. El primer obstáculo no ofrece remedio, permaneciendo en los principios del derecho civil; pero se encuentra uno para el segundo. El tutor se unirá al pupilo que ya no es infante; aumentará, completará con su presencia y cooperación la persona incompleta del impúbero; adjunto á él hará que aparezca aquella personalidad civil que el derecho romano exige para los actos solemnes; el impúbero pronunciará las palabras solemnes del acto, y el tutor pronunciará aquellas por medio de las cuales se presenta aumentando y completando la persona del pupilo (*auctor fit, auctoritatem præstat*), y dice que de este modo tendrá cumplimiento y validez el acto civil. Véase por qué se da el tutor, no á los bienes ni á los negocios, sino á la persona: «*Personæ, non rei vel causæ datur*» (2).

Todo esto se aplica á los actos en que el pupilo debe intervenir él mismo. Se halla imposibilitado de hacerlo mientras es *infans*, puede hacerlo cuando ya no es *infans*, pero aumentando y completando su persona con la cooperación del tutor.

Respecto de los demás actos, ya sea *infans* el pupilo, ya no lo sea, el tutor puede realizarlos por sí solo, obrando entonces como agente de negocios. Véase por qué se dice que los tutores intervienen de dos maneras en los negocios del pupilo: ya desempeñando los negocios (*negotia gerere*), ya interponiendo su autorización (*auctor fieri, auctoritatem interponere*). «*Pupillorum pupillarumque tutores, dice Ulpiano, et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt*» (3). Mientras que el pupilo es *infans*, no puede hacer más el tutor que desempeñar los negocios; desde que el pupilo ya

(1) Dig. 26. 7. 1 § 2. f. Ulp.

(2) Dig. 26. 2. 14. f. Marc.

(3) Ulp. Reg. 11. § 25.

no es *infans*, interpone su *auctoritas* en los casos que exigen absolutamente la presencia del pupilo. En todos los demas puede el tutor, ó proceder por sí mismo, ó autorizar al pupilo. Las consecuencias de la gestion, tanto en lo activo cuanto en lo pasivo, recaian sobre el pupilo por diversos medios, directos ó indirectos, segun el caso (1).

En tiempo de Justiniano muchos de estos actos solemnes desaparecieron ó fueron modificados. En algunos se templó el rigor que á ellos ponía un obstáculo, miéntras que el pupilo fuese *infans*. Así hacía mucho tiempo que era cosa establecida que el tutor podía litigar por el pupilo (2); así Teodosio y Valentiniano le permitieron que hiciese adición de herencia en nombre del *infans*. Pero en otros actos, como la adrogacion, la manumision, la estipulacion y la aceptilacion, era siempre precisa la intervencion del pupilo.

Algunas palabras añadiremos por conclusion acerca de la capacidad de los impúberos.

Se sabe por lo que hemos ya dicho sobre la edad de las personas en general (*General. del der. rom.*, pág. 54), que la edad de los impúberos había sido dividida en dos períodos distintos: 1.º La de infancia, período indeterminado, que apenas comprende más que los dos primeros años de la vida, en los que el infante no habla todavía; 2.º, el período que sigue á la infancia, es decir, desde el momento en que aparece la facultad de hablar, hasta la pubertad. Mas el materialismo de esta division del antiguo derecho romano, cuya division se funda en un fenómeno puramente fisico, como es la palabra, fué corregida por nuevas disposiciones de la jurisprudencia. Los juriconsultos, en lugar de considerar la palabra solamente, tomaron en consideracion la inteligencia (*intellectus*) y el juicio (*judicium*). Observaron que desde el momento en que el niño puede hablar no tiene la inteligencia de los negocios importantes de los actos del derecho. El impúbero de tres años ó de cuatro podrá pronunciar las palabras de una *mancipatio*, de una *in jure cessio*; pero ¿entenderá lo que se verifica en estos actos?

(1) Dig. 26. 10. *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt*. Véase principalmente los fr. 2, 4 á 8.—Cod. 5. 39, del mismo asunto, 2 y 4.

(2) Inst. 4. 10. princ. El tutor podía ó tomar él mismo la causa (*suscipere judicium*), ó hacerla tomar al pupilo, si no era *infans*, presentándose como *auctor* (Dig. 26. 7. 1. § 2. fr. Ulp.). Era una regla general en el procedimiento por fórmulas que se pudiese pleitear por procurador. Gay. explica las consecuencias: 4. § 82 y sig.

Hay tambien una época de la vida en que la inteligencia de estos asuntos puede llegarse á alcanzar, pero en la que no se halla todavía suficientemente desenvuelto el juicio necesario para apreciarlos y para pesar las ventajas y los perjuicios de que son capaces. Un impúbero de nueve ó diez años que interviene en una *mancipatio* ó en una *in jure cessio*, puede comprender lo que se trata en éstos; pero ¿tendrá suficiente juicio para apreciarlos y para juzgar si le son ventajosos ó no?—Segun estas consideraciones, los juriconsultos romanos subdividieron en dos partes el período posterior á la infancia, y se pusieron á distinguir si el impúbero se hallaba (*infanti proximus*) más próximo á la infancia ó á la pubertad (*pubertati proximus*): subdivision intermedia, cuyo punto de interseccion no estaba determinado de una manera precisa, pues los dos términos á que servía de medio no lo estaban ellos tampoco, aunque la opinion general propendia á fijarla á los siete años cumplidos: «*En el séptimo ú octavo año*», dice Teófilo (1). Esto supuesto, el impúbero, ya *infans*, ya *infanti proximus*, fué considerado por los juriconsultos romanos como que no tenía ninguna inteligencia de los actos de derecho (*nullum intellectum*); y bajo este aspecto casi asimilado á un loco: «*Infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent*», dice Gayo (2). Por el contrario, el impúbero más próximo á la pubertad que á la infancia (*pubertati proximus*), es decir, de poco más de siete años, fué considerado como que ya tenía alguna inteligencia de negocios formales: «*Jam aliquem intellectum habent*», dicen los mismos textos (3); pero les falta el juicio entero y cabal (*animi judicium, plenum animi judicium*), que es necesario para apreciar las ventajas ó perjuicios que puedan resultar de los negocios. Este *Plenum animi judicium* sólo existe, segun la jurisprudencia romana, en la pubertad (4).—Segun esto, el *infans* que todavía no pue-

(1) «*Pupillorum enim alii sunt infantes, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores; alii dicuntur proximi infanti, ut qui recte loqui incipiunt: alii sunt proximi pubertati. Et infans quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est: qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quomvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur.*» (Teóf. Inst. 3. 9. § 10.)

(2) Gay. 3. § 109.—Inst. de Justiniano, 3. 19. § 10.

(3) Ib.

(4) «*Impubes, licet sui juris sit, facere testamentum non potest; quoniam nondum plenum judicium animi habet.*» (Ulp. Reg. 20. § 12.)

de hablar, y el *infanti proximus*, que, aunque pueda proferir palabras, no tiene todavía inteligencia en los actos del derecho, serán incapaces, á juicio de los jurisconsultos romanos, de presentarse como actores, ya solos, ya con autorizacion del tutor, en actos de derecho; los que ejecuten no podrán considerarse como actos formales; serán absolutamente considerados como no verificados, tanto respecto del *infans* ó del *infanti proximus*, cuanto respecto de un tercero. En todo este intervalo será preciso, pues, que el tutor desempeñe los negocios. Sin embargo, para ciertos actos civiles que no podían tener lugar sin la cooperacion personal del impúbbero, como, por ejemplo, la adquisicion de una herencia; ó que eran de un interes manifesto suyo, como, por ejemplo, la estipulacion, se permitió al *infanti proximus* una interpretacion más favorable (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), de acuerdo por lo demas con el derecho primitivo, que interviniese y obrase individualmente, ya con la *auctoritas tutoris*, ya aún solo, segun los casos, por sólo el hecho de poder pronunciar mecánicamente las fórmulas prescriptas (1). —En cuanto al impúbbero (*pubertati proximus*), podia el tutor en todos los casos hacerle intervenir personalmente, y limitarse á prestarle su *auctoritas*, pues este impúbbero puede, no sólo hablar, sino aún comprender lo que hace. Hay más; siempre que un acto no exija más en el agente que la inteligencia de lo que hace (*aliquem intellectum*), el impúbbero, *pubertati proximus*, podrá realizarlo solo y sin autorizacion del tutor, porque tiene ya inteligencia; pero cuando el acto exige un juicio (*animi iudicium*), aún el pupilo *pubertati proximus*, si obra éste sin la autorizacion de su tutor, se reputará que no tiene ninguna voluntad ni en pro ni en contra, porque no puede juzgar: «*Quoniam nondum plenum iudicium animi habet*» (2).

TITULUS XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

Las palabras especialmente usadas en esta materia, como *auctoritas* y *auctor*, no se traducen bien por las palabras generales au-

(1) Dig. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. fr. Paul.—44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. fr. Gay.—45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. fr. Gay.—46. 6. *Rem. pupill. solv. fore.* 6. fr. Gay.—En fin, Gay. 3. § 109.

(2) «Pupillus nec velle nec nolle in ea ætate, nisi adposita tutoris auctoritate creditur; nam quod animi iudicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.» (Dig. 50. 17. *De reg. jur.* 189. fr. Cels.)

torizacion, *autorizante*; la palabra exacta falta en nuestra lengua (1). Cuando el pupilo salido de la infancia tenía necesidad de gestionar ó de verificar algun acto, acabamos de ver que para presentar aquella personalidad civil, necesaria al acto, y que en él se hallaba incompleta, era indispensable que fuese acompañado del tutor y adjunto á él. Con su presencia y cooperacion en el acto aumentaba la personalidad del pupilo: *augebat*, aumentaba; *auctor fiebat*, se hacia *aumentante*, y esta accion del tutor es la que se designa con la palabra *auctoritas*: se ve que no expresa una simple autorizacion, ni ménos una ratificacion, sino más bien una participacion activa del tutor en el acto (2). Por lo demas, esta participacion activa, que tenía por objeto aumentar en cierto modo una personalidad incompleta (*auctoritas*), esta cualidad de auxiliar *aumentante* (*auctor*), eran propias de la tutela solamente, y no se hallaban en ninguna otra parte. Nuestras palabras *autorizacion*, *autorizante*, no expresan, como se ve, nada de esto.

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria; ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auc-

La autoridad del tutor en ciertos actos es necesaria á los pupilos, y en otros no: por ejemplo, no es necesaria cuando estipulan que se les ha de dar alguna cosa, y es necesaria si los pupilos prometen á otros. Se ha establecido que pueden sin la *autorizacion* del tutor mejorar su condicion, aunque necesitan de aquélla para hacerla peor. De don-

(1) Las palabras latinas *auctoritas* y *auctor* hemos creído que en este lugar debían traducirse por sus correspondientes *autoridad* y *autor*, ya porque son las que en nuestra lengua tienen más analogia con las latinas á que se refieren, ya porque, aunque demasiado generales, comprenden todas las circunstancias que el autor indica; pues la palabra *autoridad* expresa en nuestra lengua *potestad ó facultad*, y el tutor por derecho romano la tenía para, por medio de su presencia y cooperacion, aumentar y completar la personalidad del pupilo, dando á éste cuanto le faltaba para que el acto fuese valido, como lo era por la *autorizacion* que á este último prestaba en virtud de su *autoridad*. En nuestro juicio, y como ya hemos dicho, *auctoritas* era la *facultad ó potestad* de los tutores, cuyo ejercicio puede expresarse en nuestra lengua por la palabra *autorizacion*. En virtud de ésta puede decirse sin violencia que el tutor, no sólo presta á á cualquier acto jurídico una simple autorizacion ó una ratificacion, sino que en él tomaba toda la parte necesaria para aumentar en el pupilo lo que le faltaba de personalidad para que el acto fuese válido. Toda esta cooperacion del tutor, determinada por el derecho, puede comprenderse en la palabra *autoridad*, que de ningun modo debe confundirse con autorizacion. Debemos tambien observar que en nuestro lenguaje antiguo se llama *autor* al que hoy se dice *actor* en los pleitos, y que tambien se entiende por *autor* aquel por cuya autoridad, imperio ó obra se ejecuta alguna cosa. Sin embargo, hemos preferido la palabra *actor*, porque, ademas de ser jurídica, expresa, á nuestro juicio, en el caso presente, toda la cooperacion ó participacion que se exigía por el derecho al tutor, acompañando, auxiliando y siendo adjunto de su pupilo en los actos jurídicos. (N. del T.)

(2) D. 26. 8. 9. § 5. f. Gay.—Inst. h. t. § 2.