

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.

toritate; deteriorem vero, non aliter quam tutoris auctoritate. Unde, in his causis ex quibus obligationes mutue nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

Estas diversas expresiones de que los impúberos pueden sin autorizacion del tutor mejorar su condicion, pero no hacerla peor; obligar á los demas con respecto á sí mismos, pero no obligarse con respecto á los demas (1); estipular, pero no prometer; todas estas expresiones están muy léjos de ser sinónimas, pero expresan reglas que son consecuencia una de otra. La más general es la primera: los pupilos pueden sin autorizacion de su tutor mejorar su condicion; en efecto, tales actos sólo exigen la inteligencia de lo que hacen (*aliquem intellectum*); pero no empeorarla; necesitan en efecto de un juicio (*animi iudicium*) para poder juzgar si la pérdida ó el perjuicio se halla suficientemente compensado por alguna ventaja ó beneficio. Este es el principio fundamental; los demas son una consecuencia de él, y es lo que indica el texto mismo. Así los pupilos pueden recibir un objeto que se les da, aceptar la remision ó perdon de una deuda, porque esto es evidentemente mejorar su condicion, bastándoles para la validez de estos actos tener inteligencia de lo que hacen, pero no pueden enajenar lo que les pertenece, perdonar una deuda, pagar á un acreedor, porque esto es empeorar su condicion, y porque para ello sería preciso un juicio capaz de pesar en un mismo peso el perjuicio que estos actos les hagan experimentar con el beneficio que puedan proporcionarles. De aquí procede tambien la segunda regla: pueden obligar á los demas, porque el que impone á otro la obligacion de dar, de hacer ó de no hacer alguna cosa, mejora evidentemente su condicion: para la validez del acto le basta tener inteligencia de lo que hace; pero no puede obligarse, porque el que contrae con alguno la obligacion de dar, de hacer ó de no hacer empeora su condicion, y aunque su obligacion no sea más que el precio de una ventaja que se le haya proporcionado, se necesita suficiente juicio para poder comparar y apreciar debidamente los

(1) Inst. 3. 19. § 9.

perjuicios y las ventajas. De aquí procede la tercera regla: pueden estipular, porque esto no es más que una forma especial de obligar á los demas; pero no pueden prometer, porque esto consiste en una forma especial de obligarse.

Non obligantur. Los contratos indicados en este lugar se descomponen en dos actos: por un lado, acto de una de las partes que se obliga al pupilo; por otro lado, acto del pupilo que se obliga á la otra parte. En el primer acto aparece el pupilo como persona á quien uno se obliga, y que se hace de mejor condicion; para hacerlo que debe, le basta tener inteligencia de lo que hace (*aliquem intellectum*); este acto es, pues, válido. En el segundo se presenta el pupilo como queriendo obligarse y hacerse de peor condicion; lo que exige un juicio (*animi iudicium*) que compare y aprecie la obligacion que va á contraer, y la que ha contraido otro en su favor, de cuyo juicio no puede ser capaz; se juzga, pues, que no ha tenido ninguna voluntad en tal acto, ni en pro ni en contra, y su obligacion queda nula, y se considera como si no hubiese existido. — No debe creerse, sin embargo, que el pupilo no se halla sometido á ninguna obligacion. Se aplica en su favor esta regla: que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro: «*Jure natura æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum*» (1). Por consiguiente, si obtiene algun beneficio del contrato, queda obligado hasta donde llega dicho beneficio (*in quantum locupletior factus est*) (2). Si ha vendido algun objeto, no tendrá obligacion de entregarlo; si lo ha entregado, podrá su tutor recobrarlo por vindicacion; pero si ha recibido el precio de él, deberá devolver todo el dinero que no haya extraviado ó locamente perdido, en una palabra, lo que haya conservado; del mismo modo, si el pupilo ha recibido un mandato ó un depósito, no puede ser perseguido en juicio porque haya desempeñado mal el mandato, custodiado mal el depósito, ó perdido las cosas correspondientes al mandante ó al depositante; pero debe devolver cuanto haya conservado, y que no pueda retener sin enriquecerse con perjuicio de otro. En cuanto á los que hayan contratado con el pupilo, se hallan completamente obligados; si han comprado, vendido, confiado un mandato ó un depósito, puede el tutor obligarlos á que pa-

(1) D. 50. 17. 206. f. Pomp.

(2) D. 26. 8. 5. § 1. f. Ulp.

guen el precio convenido, á entregar la cosa vendida, y á indemnizar al pupilo de los gastos que le hayan causado el mandato ó el depósito.

I. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicomisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis illis lucrosa sit, neque ullum damnum habeant.

1. No pueden, sin embargo, sin autorizacion del tutor, ni añadir la herencia, ni pedir posesion de bienes, ni recibir una herencia por fideicomiso, aunque sea lucrativa y no pueda causarles ningun perjuicio.

La herencia es la sucesion deferida por el derecho civil; *hereditatem adire*, significa aceptar la herencia (*ire ad hereditatem*).—La posesion de los bienes es un derecho concedido por el pretor sobre una herencia; es en cierto modo una sucesion pretoriana (*Hist. del der.*, p. 227).—La herencia fideicomisaria es aquella que se recibe de una persona interpuesta, á quien el testador ha encargado que haga esta trasmision (*Hist. del der.*, p. 257).—El pupilo no puede adquirir ninguna de estas sucesiones sin autorizacion del tutor, porque su adquisicion lo obligaria á pagar las deudas del difunto (1), pues no puede obligarse solo. Tal es la razon sencilla que se deriva del principio fundamental, y que Ulpiano explica expresamente en estos términos: «*More nostræ civitatis neque pupillus, neque pupilla, sine tutoris auctoritate obligari possum: hereditas autem quin obliget nos veri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est*» (2). Sin embargo, no sucedia lo mismo respecto de la herencia como respecto de los contratos de que hemos hablado en el párrafo anterior; habia dos diferencias notables, que no es posible dejar de señalar: 1.º La adiccion de la herencia se hallaba en el número de aquellos actos que no podian verificarse por medio de procurador (3); la persona interesada debia obrar por sí misma. Así el tutor no podia hacer aquella solo y sin intervencion del pupilo. De este principio procedia la consecuencia rigurosa de que, mientras que este último fuese *infans*, le era imposible adquirir una sucesion, pues no pudiendo proferir ninguna palabra, no podia hacer adiccion, y el tutor no podia ha-

(1) Aunque haya diferencia entre uno y otro caso en la naturaleza y origen histórico de esta obligacion relativa á las deudas. V. Inst. 2. 22. §§ 3. 4 y sig.

(2) D. 29. 2. 8. f. Ulp.

(3) Ib. 90. f. Paul.

cerlo sin él. Sin embargo, Teodosio y Valentiniano dieron en una constitucion al tutor, para este caso, la facultad de aceptar la sucesion en nombre del pupilo (1). Pero desde que ya el pupilo no era *infans*, es decir, desde que podia hablar, tenia aplicacion la regla ordinaria, y la adiccion sólo podia hacerse por él mismo, con autorizacion de su tutor (2); y para este caso le concedia la jurisprudencia el derecho de obrar, aunque todavía se hallase muy próximo á la infancia: «*Pupillus si fari possit, licet hujus ætati sit ut causam acquirendæ hereditatis non intelligat..... tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest; hoc enim favorabiliter ei præstatur*» (3). 2.º La segunda diferencia consiste en que si el pupilo acepta sin autorizacion de su tutor, su aceptacion es esencialmente nula, de tal modo que ni aún se considera válida en interes del pupilo; cuando la herencia es ventajosa y no presenta el menor quebranto. Esta disposicion particular de la herencia puede á primera vista parecer en oposicion con lo que se verifica en los contratos hechos por el pupilo; y sin embargo, se halla completamente en armonía y procede de los mismos principios. En efecto, si los contratos, como los de venta, arrendamiento, etc., son válidos en interes del pupilo, consiste en que ademas de la voluntad de este último, son tambien el resultado de la voluntad de otra persona, y se componen de dos actos: uno para el cual basta al pupilo tener *aliquem intellectum*, y este acto es válido; y el otro, para el cual sería necesario al pupilo el *animi iudicium*, es nulo. Pero en la aceptacion de la herencia no hay más que un solo acto, resultado de la sola voluntad, de la sola eleccion del heredero. Para esta eleccion no basta tener inteligencia de lo que se hace; es necesario un juicio capaz de pesar los beneficios y las cargas de la herencia. Y siendo capaz el pupilo de formar este juicio, se reputa, mientras que no procede con autorizacion de su tutor, que no tiene ninguna voluntad ni en pro ni en contra de la aceptacion; y pues que este acto se refiere absolutamente á su voluntad, procede la consecuencia rigurosa de que el acto debe ser completamente nulo.

II. Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimave-

2. Mas el tutor, presente al mismo acto, debe al instante hacerse actor, si juzgase que esto fuese pro-

(1) C. 6. 30. 18. § 2.

(2) Ib. c. 5.

(3) D. 29. 2. 9. f. Paul.

rit. Post tempus vero, vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

vechoso al pupilo. Mas si despues de algun tiempo, ó por carta, interpusiese su autoridad, se consideraba que nada ha hecho.

Ya hemos dicho que la incapacidad del pupilo lo habia hecho considerar como fuera de estado de obrar por sí solo en los actos que exigiesen no sólo la inteligencia, sino aún un juicio particular; que para estos actos no tenía más que una personalidad en cierto modo imperfecta, que necesitaba aumentarse y completarse, lo que hacía el tutor interponiendo su *auctoritas*. De aquí resulta que este aumento ó complemento (*auctoritas*) no podia ménos de ser una participacion activa del tutor en el acto, y no una aprobacion dada ántes, y aún ménos una rectificacion dada despues. El tutor era parte en el contrato; declaraba que se presentaba como *actor*; hacía esta declaracion en vista de la interrogacion que comunmente se le dirigia (*auctorne fis?—actor fio*); pero podia hacerla tambien sin ser interrogado (1). No podia poner ninguna condicion á su autorizacion, que debia darla pura y simple (2). No teniendo los tutores honorarios por la administracion de los negocios, no podian válidamente constituirse actores (3), á no ser para la aceptacion de la herencia (4), porque bastaba para este acto poder apreciar la herencia en sí misma, lo que no exigia el conocimiento de los demas negocios del pupilo.

III. Si inter tutorem pupillumque iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætoris tutor, ut olim constituitur; sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, iudicium peragitur, et, eo peracto, curator esse desinit.

3. Si entre el tutor y el pupilo se promueve un juicio, no pudiendo el tutor *ser actor contra sí mismo* (5), no se nombra como en otro tiempo un tutor pretoriano, sino, en su lugar, un curador que interviene en el juicio, y que terminado éste, deja de ser curador.

Es preciso notar esta máxima: *Tutor in rem suam auctor esse non potest*. El tutor, en efecto, en ningun acto ni en ningun negocio que ocurra entre él y el pupilo puede intervenir, represen-

(1) D. 26. 3. 3. f. Paul.

(2) Ib. 8. f. Ulp.

(3) Ib. 4. f. Pomp.

(4) D. 29. 2. 49. f. Afric.

(5) Como podrán observar algunos curiosos, hemos seguido en la traduccion de la Instituta de Justiniano el texto mismo latino, aunque no hayamos dejado de consultar la traduccion francesa de Mr. Ortolan, de cuya opinion nos hemos separado, aunque nunca en ninguna idea esencial. (N. del T.)

tando á un mismo tiempo á las dos partes, litigando por un lado contra el pupilo, y por otro en favor de éste y contra sí mismo.— En otro tiempo no podia el pupilo ser representado en juicio por otras personas, sino por su tutor (1); de lo que se deducia que si se suscitaba algun litigio entre el pupilo y su tutor, era absolutamente preciso para este litigio darle otro tutor. Se introdujo este uso, y este tutor fué llamado *tutor prætorius, prætorianus*, porque era nombrado por el pretor de la ciudad (2). Era ésta una excepcion de la regla de que los tutores no podian darse para un negocio especial. Despues de suprimidas las acciones de la ley (*Hist. del der.*, p. 181), se hizo ménos necesaria esta formalidad, porque en la mayor parte de los casos se pudo proceder por medio de procurador (3). Era completamente inútil en tiempo de Justiniano, porque hacía ya mucho tiempo que se hallaba simplificada la forma de los procedimientos. Véase pór qué se da aquí á este representante del pupilo la denominacion de curador, y no la de tutor; modificacion que introdujo alguna diferencia en las acciones que tienen por objeto obligarles á dar cuenta.

TITULUS XXII.

TÍTULO XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

DE QUÉ MODO SE ACABA LA TUTELA.

A veces la tutela acaba por parte del pupilo, y acabándose tambien entónces por parte del tutor, queda enteramente terminada; á veces cesa sólo por el tutor, que es reemplazado por otro, y entónces, con relacion al pupilo que permanece siempre bajo tutela, hay variacion de tutor, pero no terminacion de la tutela.

Pupilli pupillæque cum puberes esse cœperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem ha-

Los pupilos y pupilas, cuando entran en la pubertad, salen de la tutela. Mas los antiguos graduaban la pubertad en los varones, no sólo por la edad, sino aún por el desarrollo del cuerpo. Mas nuestra majestad ha juzgado digno de la decencia de nuestros tiempos que un acto considerado por los antiguos como contrario al pudor, respecto de las mu-

(1) Gay. 4. § 82.—Inst. 4. 10. p.

(2) Ulp. 1. § 184.—Ulp. Reg. 11. § 24.

(3) G. Ibid.