

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho
español.

Apenas hay nada que añadir á las doctrinas de este título: tan conformes son con las de nuestro derecho (1). Solo observaré que los guardadores, por recompensa de sus cuidados, tienen la décima parte de todos los frutos, deducidos los gastos de cultivo (2). En lugar de esta décima se señala una remuneracion moderada á los guardadores de personas poderosas. Cuando las rentas y los gastos del huérfano vienen á nivelarse, so suele señalar al guardador frutos por alimentos, práctica ventajosa á los tutores y á los huérfanos cuyos intereses concilia.

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

TITULO XXII.

De los modos de terminarse la
tutela.

La tutela puede concluirse ó bien por razon del pupilo, ó bien por razon del tutor: en este último caso, mas bien que terminacion, se verifica un cambio de tutela. Hay ademas algunos modos de finalizarse la tutela comunes á sus diferentes clases, y otros que son peculiares á alguna de ellas. Por último puede considerarse su terminacion ya como efectuándose por el mero ministerio de la ley, ó ya por la intervencion del magistrado.

Pupilli, pupillaque, cum puberes
esse coeperint, tutelâ liberantur.

Los pupilos y las pupilas se liberan de la tutela cuando llegan á la pubertad.

ORIGENS.

Conforme con Cayo. (§. 196. Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Cum puberes esse.—La pubertad, esto es, la edad en que se reputa á las personas capaces para la reproduccion. Su fijacion es de grande importancia por los efectos que produce: los principales son libertar al pupilo de la tutela, autorizarlo para contraer matrimonio; y habilitarlo para testar.

(1) Título XVI, Part. VI

(2) Leyes II, III, VII, lib III del Fuero Real. y V, III, XIV, Part. VI.

Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant (a). Nostra autem majestas dignum esse castitati temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur (b).

Los antiguos computaban la pubertad en los varones, no solo por los años, sino tambien por su desarrollo corporal (a). Mas nuestra majestad ha creído, con razon, digno de la castidad de nuestros tiempos estender con relacion á los varones la reprobacion de la inspeccion corporal, como la habian reprobado los antiguos con respecto á las mujeres. Por lo tanto en una constitucion nuestra hemos establecido que la pubertad empiece en los varones á los catorce años cumplidos, dejando subsistente la regla, bien establecida por la antigüedad, de que las mujeres se reputasen núbiles á los doce años cumplidos (b).

ORIGENES.

(a) Puede referirse a Cayo. (§. 196, Com. 1 de sus Inst.), y á Ulpiano. (§. 28, título XI de sus Reglas.)

(b) Esta constitucion es la ley 3, tit. LX, lib. V del Cód.

Comentario.

Non solum ex annis.—Motivo de censura encuentran algunos juriscónsultos en el presente párrafo, porque Justiniano se propuso combatir una práctica que realmente no existia. Para considerar este asunto bajo su verdadero punto de vista, creo necesario ilustrarlo con algunas noticias históricas, siguiendo á Savigny.

Entre los antiguos romanos los jóvenes, que no eran considerados como púberos, vestian la *pretexta*, que despues cambiaban por la toga viril. Esto era una solemnidad nacional, un acto público que los mas verificaban despues de cumplir los catorce años, el dia 17 de marzo, en que se celebraban las fiestas llamadas *liberalia*. De aquí se uliere que podia haber casi un año de diferencia en la edad de alguno de los individuos, que empezaban á tener desde este dia la consideracion de púberos. Mas si bien antes de los catorce años ninguno vestia la toga viril, esta edad no servia para fijar una regla absoluta; porque el desarrollo fisico y moral del individuo y otras circunstancias particulares lo retardaban; muchos son los ejemplos que nos presenta la historia de personas que la tomaron algunos años despues, entre ellas los Emperadores Augusto y Caligula. Así el traje venia á ser un distin-

tivo exterior de la consideracion juridica de las personas, por lo cual los juriconsultos algunas veces usan como equivalente á la palabra *pubes* la de *vesticeps* y en lugar de la de *impubes* la de *investis* ó *pretextatus*. El señalamiento del tiempo en que el pupilo debia hacer este cambio de traje dependia de su voluntad y de la del tutor; solo cuando habia entre ellos discordancia debian decidir los tribunales. Mas en este punto estaban discordes las escuelas de los antiguos juriconsultos (1): los Proculeyanos querian que se decidiese por la edad, base de la antigua costumbre: los Sabinianos pretendian someter la pubertad á un examen individual, creyendo que esta decision guardaba mayor armonia con la costumbre recibida, porque el examen individual vendria á dar la misma falta de uniformidad que la desigual voluntad de los ciudadanos: Prisco Javoleno opinaba que debia atenderse simultáneamente á la edad y á la nubilidad, dictámen que venia á ser el mismo de los Sabinianos, los cuales solo admitian el examen individual despues de los catorce años. Mas tales dudas se ofrecerian rara vez en la práctica, porque el cargo de tutor era poco ambicionado, como que solo traia consigo cuidados y responsabilidades: asi se explica que antes de las sectas de Próculo y Sabino no se hubiera suscitado esta cuestion, que al anunciarse parece de aplicacion diaria, y que por mucho tiempo se debatiere solo en el campo de las teorías, sin que ni la legislacion ni la práctica vinieran á resolverla. Los mas claros testimonios de la antigüedad prueban suficientemente que en el foro solo se atendia á los años para la fijacion de la pubertad. En tiempo de los Emperadores empezó á usarse dentro de la ciudad, en lugar de la toga, el antiguo traje de viaje llamado *penula*: esto hizo cesar la solemnidad y el distintivo exterior de la pubertad; pero ni antes ni despues existió la práctica de someter á una inspeccion impúdica el examen de la pubertad. Justiniano, pues, no destruyó una costumbre poco moral, como aqui supone; combatió solo una teoría que nunca habia salido á la arena de la práctica.

Post duodecimum annum.—Menos interesante era en la antigua jurisprudencia la cuestion de la pubertad respecto de las mujeres, que respecto de los hombres, porque, sujetas á tutela perpétua, solo reemplazaba á la de edad la del sexo, que muchas veces se confiaba al mismo tutor: tampoco cambiaban de traje al llegar á la pubertad, pues continuaban usando la *pretexta* hasta que se casaban. Estas consideraciones, y tambien las del pudor que cita Justiniano, fueron sin duda la causa de que ni aun en el terreno de la teoría se debatiere la cuestion que hemos visto suscitada acerca de la pubertad de los varones.

(1) § 26, tit. XI de las Reglas de Ulpiano.

1 *Item finitur tutela, si arrogati sunt adhuc impuberes, vel deportati. Item si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.*

La tutela concluye tambien si los pupilos antes de la pubertad son arrogados, ó deportados, ó reducidos á esclavitud, ó cogidos por los enemigos.

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (Princ. y §§. 1 y 2 de la ley 14 del tit. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Si arrogati sunt.—La arrogacion, como se ha dicho, es uno de los modos de constituir la patria potestad, y esta es incompatible con la tutela. La regla «*el que tiene padre no puede tener tutor,*» no admite escepcion alguna.

Deportati.—La deportacion, que como he indicado antes, privaba de la ciudadanía, reducía al que era condenado á ella al estado de peregrino y lo incapacitaba por lo tanto para los actos que eran de derecho civil. Podía tener lugar en los impúberos, porque desde su proximidad á la pubertad se les reputaba capaces de dolo y sujetos á pena (1).

In servitutem redigatur.—El pupilo podía ser reducido á esclavitud en el caso que, habiendo sido antes manumitido, se hubiese manifestado ingrato á su patrono; pero esto no tenia lugar mas que en la proximidad á la pubertad, porque antes, como incapaz de dolo, no estaba sujeto á esta ni á ninguna otra pena. Es claro que el que era reducido á esclavitud no podía tener tutor, porque no era *caput liberum*.

Ab hostibus captus.—Vuelto el pupilo á la ciudad, revivia la tutela por el derecho de postliminio.

2 *Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamentò, æquè evenit, ut desinat esse tutor, existente conditione.*

Si alguno ha sido nombrado tutor en testamento hasta cierta condicion, deja igualmente de serlo cuando esta se cumpla.

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 8, ley 14, tit. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Ad certam conditionem.—Este modo de terminarse la tutela es peculiar á la testamentaria, pues que la legitima y la dativa rechazan toda condicion. Adviértase que la condicion se pone aquí como término de la tutela, lo que es muy diferente del caso en que se nom-

(1) Ley III, tit. XVII, lib. I del Dig.

bra al tutor *sub conditione*, esto es, señalando la verificación de un acontecimiento incierto, como principio de la recepción del cargo, pues en este caso realizándose la condición cesará la tutela dativa para comenzar la testamentaria.

- 5 Simili modò finitur tutela morte, vel *tutorum* vel *pupillorum*. | Asimismo se concluye la tutela 3 por la muerte de los pupilos ó de los tutores.

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (Princ. de la ley 4, tít. III, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Tutorum.—El cargo de tutor no pasa á los herederos. En el caso de que, por la muerte del tutor, su heredero fuese llamado, como pariente más próximo, á la tutela, esto provendría de un derecho propio; no de representación del que lo había precedido.

- 4 Sed et *capitis-diminutione* tutoris per quam *libertas*, vel *civitas* ejus amittitur, omnis tutela perit. *Minimá* autem *capitis-diminutione* tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit; ceteræ non pereunt (a). Sed *pupilli* et *pupillæ* *capitis-diminutio*, licet *minima* sit, omnes tutelas tollit (b). | Por la *capitis-diminutione* del tutor, en virtud de la que pierde la libertad, ó la ciudadanía, concluye toda tutela. Por la *capitis-diminutione* mínima del tutor, como si es dado en adopción, solo perece la tutela legitima, no las demas (a). Pero la *capitis-diminutione* del pupilo ó de la pupila, aunque sea la mínima, destruye todas las tutelas (b).

ORIGENES.

(a) Conforme con Paulo. (Princ. de la Ley 7. tít. V, lib. IV del Dig.)

(b) Conforme con Ulpiano. (Ley 14, tít. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Per quam libertas vel civitas.—Solo eran aptos para los cargos públicos los que gozaban de la libertad romana; y así los que la perdían, perdían también la tutela.

Minimá capitis-diminutione.—En los negocios públicos el hijo de familia era considerado como padre de familia: por lo tanto su condición de jefe ó súbdito de la sociedad doméstica era indiferente. Mas como la tutela legitima se fundaba solo en el vínculo civil de la familia, y este se perdía por la emancipación y por la arrogación, es claro que roto el vínculo de la agnación debía cesar la tutela, que quedaba sin base. De esto se infiere que el texto únicamente habla de la tutela de los agnados, pues no es extensiva su razón á la de los patronos. La igualación de los agnados y cognados vino á hacer inútil esta doctrina.

Licet minima.—Reducido el pupilo por la capitis-diminucion minima al estado de hijo de familia, deja de estar en tutela, porque ya no es *sui juris*: esta doctrina es la misma que se indicó al explicar el párrafo primero de este título.

- | | | | |
|---|--|--|---|
| 5 | Prætereà qui <i>ad certum tempus</i> testamentò dantur tutores, finitò eò, deponunt tutelam. | | Los que son nombrados tutores en 5
testamento hasta cierto tiempo, con-
cluido este, dejan la tutela. |
|---|--|--|---|

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 3 de la ley 44, tít. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Ad certum tempus.—Aplicable es á este texto lo que se ha dicho al comentar el segundo, hablando de la condicion.

- | | | | |
|---|---|--|--|
| 6 | Desinunt autem esse tutores, qui vel remouentur à tutelà ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justà causà sese excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundùm ea, quæ inferiùs proponemus. | | Dejan tambien de ser tutores los 6
que son removidos de la tutela como sospechosos, y los que, escusándose por una justa causa, deponen el cargo de la administracion, conforme á lo que mas adelante manifestaremos. |
|---|---|--|--|

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 23, tit. XI de sus Reglas.)

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes (1) establecen las mismas doctrinas que las romanas.

TITULUS XXIII.

De curatoribus.

TITULO XXIII.

De los curadores.

Asi como por la tutela se provee á la proteccion de los huérfanos, que siendo impúberos no pueden mirar por sí mismos; los que por otras causas estan imposibilitados de prestar á sus negocios la seria

(1) Ley 21, tit. XVI, Part. VI.

atención que requieren, hallan en la curaduría un medio preventivo para evitar los daños que de otro modo sufrirían. El Emperador que definió antes la tutela no define aquí la curaduría: creo conveniente suplir su silencio, á fin de que pueda con mas facilidad comprenderse la doctrina de este título. Curaduría es *la potestad de administrar los bienes de los que por cualquier causa no pueden hacerlo suficientemente*. De esta definición se infiere que el objeto primario de la curaduría son los bienes, á diferencia de la tutela, en que lo es la persona. Como la incapacidad para manejar los bienes puede provenir ó bien de la falta de madurez de edad, ó bien de una incapacidad física ó moral, hay dos clases de curaduría, que reciben los nombres de *dativa* y *legítima*. Mas antes de seguir adelante haré algunas indicaciones acerca del origen de la curaduría entre los romanos.

Las leyes de las Doce Tablas llamaban á los agnados á la curaduría del furioso y del pródigo (1); nada decían acerca de los que, habiendo tomado la toga viril, adquirían la administración de sus bienes. Muy pronto se tocaron los peligros de esta libertad absoluta: el aumento de las riquezas, la estension del lujo, la corrupción de las costumbres y la complicación de las relaciones sociales hicieron conocer que las leyes antiguas, tan conformes en este punto con la sencillez y moralidad de la época en que se dieron, no guardaban armonía con el estado nuevo de las cosas. Así es que sucesivamente fueron introduciéndose garantías á favor de los menores, hasta llegar á constituirse la curaduría de un modo definitivo.

A mitad del siglo VI de la fundación de Roma la ley *Lætoria*, *Lætoria* ó *Plætoria*, pues que no se sabe de un modo incontestable su verdadero nombre, estableció la mayor edad á los veinte y cinco años, por lo que Plauto da á la ley espresada el nombre de *quinavencaria*: desde entonces se trasladó á esta edad la denominación de *legítima* aplicada antes á la pubertad. No solo no ha llegado á nosotros el texto íntegro de lo determinado por la ley *Plætoria*, sino que ni aun conocemos su principal objeto: pero por lo que de ella sabemos se infiere que concedía una protección indirecta á los menores, autorizando acusación criminal contra el que abusase de su inesperecia. El edicto del pretor vino despues á otorgarles una protección mas directa y eficaz, estableciendo el principio general de la restitución en todos los actos en que fueran perjudicados. Por último, el Emperador Marco Aurelio dió á los menores de edad curadores encargados de velar por sus intereses.

(1) §. 2, tit. XII de las Reglas de Ulpiano.

Masculi puberes et feminae viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui, licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possunt (a).
 † Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, à quibus et tutores (b). Sed curator testamenti non datur. Sed datus confirmatur decreto
 ‡ praeoris vel praesidis (c). Item inviti
 † adolescentes curatores non accipiunt (d), praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest (e).

Los varones y las hembras desde la pubertad hasta los veinte y cinco años cumplidos reciben curadores; porque, aunque púberos, se hallan aun en una edad en que no pueden defender sus propios intereses (a). Los curadores son nombrados por los mismos magistrados que dan los tutores (b). No lo son en testamento, pero el nombrado en él es confirmado por decreto del pretor ó del presidente (c). Los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad (d), á no ser que sea para un pleito, pues que el curador puede ser dado para cierta causa (e).

ORIGENES.

- (a) Conforme con Ulpiano. (§. 4, tit. XII de sus Reglas.)
 (b) Conforme con Cayo. (§. 198, Com. I de sus Inst.)
 (c) Conforme con Modestino. (§. 3, ley 1, tit. III, lib. XXVI del Dig.)
 (d) Conforme con Modestino. (§. 4, ley 2, tit. VI, lib. XXVI del Dig.)
 (e) Conforme con Ulpiano. (Ley 8, tit. VI, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Usque ad vicesimum quintum.—La mayor edad empieza al mismo tiempo en los varones que en las hembras, á pesar de que, como se ha visto, la pubertad llega antes para estas que para aquellos. La diferencia consiste en que la pubertad sigue la regla del desenvolvimiento corporal, pues púberos son los hábiles para la reproducción, al paso que la mayor edad tiene por objeto separar de la época de madurez la inesperienza de la juventud. Esta inesperienza es tanto ó mas de temer en la mujer, ya por la debilidad de su sexo, ya por el sistema de su educacion; ya por su abstraccion de los negocios, motivos porque antiguamente estaban bajo perpétua tutela. Sin embargo, las mujeres podian obtener dispensa de edad para manejar sus intereses á los diez y ocho años, y los varones solo á los veinte (1); el exámen particular de la capacidad en cada caso hacia que no hubiera inconveniente en esta desigualdad.

Hujus aetatis sunt.—El desarrollo intelectual del hombre es mas lento que el fisico; hé aquí la principal razon para que despues de la

(1) Ley 2, tit. XLV, lib. II del Cod.

pubertad haya todavía una autoridad continuamente vigilante sobre los intereses de los jóvenes. El remedio de la restitución *in integrum* no es tan eficaz como este, pues mucho mejor es precaver los daños que tratar de su remedio.

Ab iisdem magistratibus.—Estos eran, según se dijo anteriormente, en Roma el prefecto de la ciudad ó el pretor; en las provincias los presidentes ó los magistrados municipales. De aquí dimana que á la curaduría de los menores se dé el nombre de *dativa*.

Testamentó non datur.—Para conocer el motivo de esta disposición basta considerar que solo recibían curadores los jóvenes que los pedían.

Confirmatur.—Bien sea dado por el padre, y entonces debía ser confirmado sin investigación (1), ó bien por la madre, en cuyo caso esta no se omitía (2).

Inviti adolescentes.—Como ya queda dicho, el derecho consideraba á las personas que habían llegado á la pubertad capaces de atender á sus intereses: por esto daba curadores solo á los que, conociendo su debilidad y su inesperienza, los pedían. Así concilian los intérpretes la apariencia de contradicción que hay entre los textos, en que ya se habla de los catorce años como edad de madurez, y ya como edad de imprevisión. Necesario es para la mejor inteligencia de esto añadir algunas observaciones á las históricas con que se ha encabezado este título. Establecida primitivamente la curaduría para protección de los furiosos y de los pródigos, solo en concepto de tales podía otorgarse á los menores. Estar después de la pubertad sujeto á curador era una nota denigrante, porque suponía que había precedido conocimiento de causa para probar su incapacidad. Así es que los menores repugnaban la curaduría, hasta que los pretores establecieron en sus edictos que sin conocimiento de causa, y solo en virtud de la menor edad, proveerían de curadores á los que los pidieran, lo que después se estableció como regla general por Marco Aurelio. Quedó sin embargo subsistente el antiguo principio, y solo se daba curadores á los menores que lo solicitaban por sí ó por medio de procurador (3). Para escitar á esto, el tutor estaba obligado, al finalizar su cargo, á amonestarlos que pidieran curador (4).

Mas esta regla no era inflexible, porque había casos en que los jóvenes, á pesar suyo, se veían compelidos á recibir curadores. Así su-

(1) Ley 6, tit. III, lib. XXVI del Dig.

(2) Ley 2, tit. III, lib. XXVI del Dig.

(3) §. 4, ley 2, tit. VI, lib. XXVI del Dig.

(4) §. 5, ley 5, tit. VII, lib. XXVI del Dig.

cedía para tomar las cuentas de la tutela (1), para sostener pleitos, y para recibir pagos (2): el tutor, el colitigante ó el deudor podían exigir entonces que se proveyese al menor de un curador, el cual alejara la sospecha de que pudieran abusar de su inespereincia: como en tales casos las cuentas de la tutela y el pago producian ordinariamente una contestacion, el texto comprende estas tres escepciones por las palabras *praterquam in litem*. De este modo frecuentemente se veian los menores obligados á solicitar que se les dieran curadores, y aun hay una constitucion en el Código (3) que autoriza al que ha sido tutor á pedir curador para el juicio de tutela. Es claro que en los casos referidos, como el curador estaba dado para un negocio especial, á este se limitaban sus funciones.

Infiérese de lo dicho que por regla general los menores podian manejar sus bienes sin necesidad de tener un curador; que entonces estaban autorizados para todos los actos de administracion, para obligarse y para enagenar los bienes respecto de los que no tenian prohibicion especial, que si pedian curador quedaban sujetos á él hasta la edad de los veinte y cinco años, y que este debia prestar su consentimiento, *consensus*, en todos los actos en que se obligaban para que fuesen valederos: las obligaciones en que el curador no intervenia eran nulas, opinion que sigo con Donneau, Noodt, Vinnio, Du Caurroy, y Mühlentbruch, por parecerme mas fundada que la de Vangerow, segun el cual la obligacion es válida, pero está sujeta á rescision. Los que querian libertarse de la curaduria antes de llegar á la mayor edad, pero habiendo cumplido la que antes se ha espresado, necesitaban obtener habilitacion del principe, la cual solo se concedia á los que probaban su aptitud (4). Pero ni los que tenian curador, aunque este consintiese, ni los que conseguian dispensa de edad, podian válidamente enagenar ó hipotecar sus bienes inmuebles (5), ni hacer donaciones (6): precaucion adoptada para que en la minoria no quedaran arruinados.

Ad certum causam.—Quedan espuestos ya algunos casos especiales en que el menor debia recibir curador. Esta es una diferencia esencial entre la tutela y curaduria: la tutela, como que tenia por principal objeto la direccion del huérfano; no podia darse para un negocio especial; al contrario la curaduria, que inmediatamente se refiere á la proteccion de los intereses y secundariamente á la persona.

(1) Ley 7, tit. XXXI, lib. V del Cod.

(2) §. 2 de la ley 7, tit. IV, lib. IV del Dig.

(3) Ley 7, tit. XXXI, lib. V.

(4) Ley 2, tit. XLV, lib. II del Cod.

(5) §. 1 de la ley 2, tit. XLV, lib. II y tit. LXXI, lib. V del Cod.

(6) §. 12 de la ley 20, tit. VII, lib. XXVI del Dig.

5 Furiosi quoque et prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætor, et in provinciis præsides ex inquisitione eis dare curatores.

Los furiosos y los pródigos, aun- 5 que sean mayores de veinte y cinco años, estan por la ley de las doce tablas bajo la curaduría de sus agnados; pero el prefecto de la ciudad ó el pretor en Roma, y en las provincias los presidentes, suelen nombrarles curadores con investigacion.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. 2 y 3, tit. XII de sus Reg.)

Comentario.

Furiosi et prodigi.—La acepcion de las palabras *furioso* y *pródigo* estaba muy limitada por la ley de las Doce Tablas. La primera solo comprendia la locura exaltada hasta la furia, y la segunda la disipacion de los bienes paternos ó de abolengo habidos por la sucesion intestada de los ascendientes: asi es que en los demas casos de disipacion, el pretor hacia estensivo el nombramiento de curadores á personas á quienes la ley no proveia de esta direccion (1). Habia, sin embargo, una diferencia entre los furiosos y los pródigos; pues para que los últimos recibiesen curador necesitaba preceder conocimiento de causa y sentencia del magistrado, quitándoles la administracion de sus bienes á instancia de sus parientes, siendo tambien la autoridad judicial la que les reponia en ella, cuando cesaba la prodigalidad: lo contrario sucedia en los furiosos. La razon de diferencia es porque la furia por si misma aparecia, y no estaba sujeta á las interpretaciones violentas que la prodigalidad: de este modo se evitaba que, á titulo de pródigo, con pretextos infundados se despojara de la libre disposicion de sus bienes al que hacia de ellos un uso prudente. Pero en los casos de estar alguno sujeto á curaduría, como furioso ó como pródigo, no debia intervenir en los negocios asistido por su curador, sino que este le reemplazaba como mandatario, y administraba por el incapacitado.

Licet majores.—Con mayor razon siendo menores de edad; mas en este caso no se les dará curador como á furiosos ó como á pródigos, sino como á menores.

In curatione agnatorum.—Los furiosos y los pródigos no podian testar; por cuya razon eran llamados á su curaduría los agnados, pues que aqui es aplicable el mismo principio que se ha espuesto al tratar

(1) § 4, tit. XII de las Reglas de Ulpiano.

de la tutela, á saber : que este cargo debía corresponder al que esperaba la sucesion. Por esto se llamaba *legítima* esta curaduría. La igualacion de los agnados y cognados alteró la doctrina del texto.

Sed solent.—Cuando no habia agnados, ó cuando el mas próximo estaba incapacitado para ser curador, la curaduría dativa reemplazaba á la legítima. Tambien se daba curador por el magistrado á todos aquellos, cuya incapacidad, no comprendida en el texto literal de la ley de las Doce Tablas, lo estaba en la interpretacion estensiva que le dieron los pretores.

- | | | | |
|---|---|--|---|
| 4 | Sed et <i>mente-captis</i> et surdis et mutis, et qui morbo perpetuó laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt. | Tambien debe darse curadores á los mente-captos, á los sordos, á los mudos y á los que tienen una enfermedad perpétua, de modo que no puedan atender á sus negocios. | 4 |
|---|---|--|---|

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Princ. de la ley 12, tít. V, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Mente-captis.—Es decir, no solo la enagenacion mental, que enfurece al hombre, lo sujeta á la curaduría, sino tambien la que lo reduce al estado de estupidez, ó lo priva de la razon en términos que no puede mirar por sus intereses. Mas tanto la locura de que habla este texto, como la del anterior, puede tener lúcidos intervalos. Los jurisconsultos antiguos disputaban acerca de si en cada uno de estos intervalos debia considerarse como terminada la curaduría, empezando de nuevo cuando volviese la locura. Justiniano decidió esta cuestion declarando que la curaduría continuaba, pero que en los intervalos de razon los que estaban sujetos á ella podian obrar por sí mismos sin necesidad del curador (1).

- | | | | |
|---|--|---|---|
| 5 | Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut putà, si legitimus tutor non sit idoneus, quia <i>habenti tutorem</i> tutor dari non potest (a). Item si testamentó datus tutor, vel à prætorè, vel à præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen <i>fraudulenter</i> negotia administrat, solet ei curator adjungi. Item in locum tutorum, qui non in | Algunas veces los pupilos reciben curadores, como cuando el tutor legítimo no es idóneo; porque no se puede dar otro tutor al que ya tiene uno (a). Asimismo cuando el tutor dado en testamento, ó nombrado por el pretor ó por el presidente, no es apto para la administracion, pero tampoco obra con fraude en los intereses del pupilo, suele agregársele | 5 |
|---|--|---|---|

(1) Ley 6, tít. I.XX, lib. V del Cod.

perpetuum, sed *ad tempus* à tutela excusantur, solent curatores dari (b).

un curador. Igualmente se dan curadores en lugar de los tutores, que no se excusan de su cargo para siempre, sino solo temporalmente (b).

ORIGENES.

- (a) Tomado de Trifonino. (Ley 27, tít. II, lib. XXVI del Dig.)
 (b) Conforme con Pomponio. (Ley 13, tít. I, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Habenti tutorem.—Siendo la tutela una autoridad para proteger principalmente la persona del huérfano, repugnaba toda duplicidad, sin haber por esto inconveniente para que simultáneamente fueran varios llamados á la tutela, como antes queda manifestado. Mas la regla de que al que ya tenia tutor no se debía dar otro, no fué siempre absoluta, pues como hemos visto en el §. 3 del título XXI de este Libro, antiguamente cuando habia un pleito entre el tutor y pupilo se nombraba otro tutor especialmente encargado de defender á este.

Nec tamen fraudulentè.—Porque cuando mediaba fraude habia lugar á la remocion del tutor, y no á la doctrina de este texto.

Ad tempus.—Por ejemplo, si el tutor se ausentaba por causa de la republica. Cuando la excusa era perpétua se nombraba un nuevo tutor.

6 Quod si tutor adversà valetudine, vel alià necessitate impeditus, quominus negotia pupilli administrare possit, et pupillus *vel absit, vel infans sit*, quem velit, *actorem, periculò ipsius*, prætor, vel qui provinciæ præerit, decretò constituet.

6 Mas si acaeciese que el tutor, por el mal estado de su salud, ó por otra causa inevitable, no pudiese administrar los negocios del pupilo que estuviere ausente, ó en la infancia; el pretor ó el presidente de la provincia constituirá por actor á la persona que el tutor, bajo su responsabilidad, elija.

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (Princ. de la ley 21, tít. VII, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Vel absit, vel infans sit.—Cuando el pupilo estaba presente, y no tenia el discernimiento necesario para conocer el acto en que intervenia, no era necesaria ninguna regla especial: porque, con la autoridad de su tutor, podia nombrar un procurador que le representara (1).

(1) Ley única del tít. LXI del lib. V del Cód.

Actorem.—El pupilo, según se ha dicho, solo podía tener intervención en algunos actos jurídicos, cuando era mayor de la infancia; mientras se hallaba en esta edad todo lo tenía que hacer el tutor; pero á este no se admitía á la participacion de algunos actos que exigian el concurso del mismo interesado. Uno de estos actos era el nombramiento de procurador, el cual debía ser constituido por la persona á quien representara (1). Si el pupilo mayor de la infancia estaba ausente, tampoco podía tener procurador, porque como antes se ha dicho, el tutor debía estar presente é interponer su autoridad en el mismo acto para que fuera válido. Para suplir esto, se estableció que el tutor obtuviese del magistrado la facultad de sustituir en su lugar, por su cuenta y riesgo, á otro que se llamaba *actor* ó *adjutor* (2). Lo mismo sucedía con el curador (3).

Periculó ipsius.—El tutor no responde por el curador que se le agrega. La razon de esta diferencia es que en el caso del texto hay elección por su parte, y no así en el nombramiento de curador, en el que no tenía intervención para la designacion de la persona.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes, aunque en lo general acordes sustancialmente con las romanas en punto á la curaduría (4), no dejan de presentar alguna diferencia interesante. Así toda curaduría en España es dativa ó judicial, de modo que aun en el caso de que el padre hubiere designado curador, solo deberá confirmarlo el juez si lo creyere conveniente al menor ó al incapacitado. También entre nosotros se concede á los menores que lo solicitan dispensa de edad para manejar sus intereses, lo cual se hace por el rey en virtud de motivos justos y razonables, probados debidamente (5).

TITULUS XXIV.

De satisfactione tutorum vel curatorum.

TITULO XXIV.

De la fianza de los tutores ó curadores.

Los títulos anteriores hablan separadamente de los cargos de tutor y curador, y comprenden en la mayor parte doctrinas especiales

(1) Ley 1, tit. III, lib. III del Dig.

(2) Ley 24, tit. VII, y ley 13, tit. I del lib. XXVI del Dig.

(3) Ley única, tit. LXI, lib. V del Cod.

(4) Ley 13, tit. XVI, Part. III.

(5) Ley de 14 de abril de 1838.

á cada uno de ellos: lo que resta de este Libro se refiere á reglas comunes á la tutela y á la curaduría.

Ne tamen pupillarum pupillarumve, et eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à tutoribus curatoribusve consumantur, aut deminuantur, curat prætor, ut et tutores et curatores eò nomine *satisdent*. Sed *hoc non est perpetuum*. Nam tutores *testamentò dati* *satisdare* non coguntur, quia *fides* eorum et *diligentia ab ipsò testatore probata* est; itè *m ex inquisitione* tutores vel curatores *dati* *satisdatione* non onerantur, quia *idonei electi* sunt.

Para impedir que los bienes de aquellos que estan en tutela ó curaduría se consuman ó menoscaben por los tutores ó curadores, debe cuidar el pretor de que den fianza. Esta regla no es inflexible, pues que los tutores testamentarios no estan comprendidos en tal obligacion, porque su fidelidad y diligencia ha sido reconocida por el testador. Tampoco los tutores y curadores elegidos en virtud de investigacion estan obligados á afianzar, pues que han sido nombrados en virtud de su idoneidad.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 199 y 200, Com. I de sus Inst.)

Comentario.

Satisdent.—La palabra *satisdare*, afianzar, no tiene siempre la misma estension: tomada en su sentido mas lato comprende toda clase de cauciones; en esta acepcion afianzan tanto los que aseguran el cumplimiento de una obligacion con fiadores, como los que lo hacen con prendas, con juramento ó solo con promesa (1): en sentido menos lato comprende solo los fiadores y las prendas: por último, en sentido estricto se concreta á la caucion con fiadores (2), y tal es su significacion en el texto que comento. Dos razones poderosas habia para exigir esta clase de caucion: la primera, porque pertenecia á las pretorias, pues que se hacia por orden del magistrado, y por lo tanto, como las demas de su clase, debia darse con fiadores (3): la segunda, porque, ignorándose en cuánto podian ser perjudicados el pupilo ó el menor, si se admitieran prendas, habia el peligro de que no bastasen á satisfacer el descubierto, por lo cual solo eran aceptables cuando se trataba de cosa ó de cantidad cierta (4).

Infiere de lo dicho que el tutor ó curador y sus fiadores se obligaban por medio de una estipulacion á garantir y á indemnizar al pu-

(1) Ley 49, tit. III del lib. XLVI; y ley 61, tit. XVI, lib. I del Dig.

(2) Ley 1, tit. VIII del lib. II del Dig.

(3) Ley 7, tit. V, lib. XLVI del Dig.

(4) §. 9 de la ley 1, tit. VI, lib. XXXVII del Dig.

pilo ó menor: *rem pupilli salvam fore*. En el caso de que el pupilo mayor de la infancia ó el menor estuviesen presentes, ellos eran los que debían estipular, porque como dice Cayo (1), aunque el pupilo no conozca la estension del acto, sin embargo ha prevalecido en su bien esta doctrina. Cuando el pupilo estaba en la infancia, ó cuando este ó el menor se hallaban ausentes, uno de sus esclavos debía estipular por ellos, porque todo lo que el esclavo adquiría era para su dueño: si no tenían esclavos debía comprárseles uno, y si no había proporcion para esto, por falta de dinero ó por otra causa, estipulaba en nombre del pupilo un esclavo público (2), ó una persona designada por el magistrado (3); doctrina que á pesar del rigor del derecho había prevalecido en beneficio de los huérfanos.

Hoc non est perpetuum.—Con razon dice esto el Emperador, porque las escepciones comprenden mas que la regla general.

Testamentó dati.—La regla que exige de afianzar á los tutores testamentarios, no es aplicable al caso de que los intereses del tutor electo hubieren tenido grande quebranto, al de que se le hubiesen descubierto cualidades poco ventajosas desconocidas antes, ó al de que se hubieran suscitado enemistades capitales con el padre (4). Es indiferente para los efectos de este titulo que el curador ó tutor nombrado necesiten ó no confirmacion, con tal que sean de eleccion del ascendiente (5).

Fides ab ipsó testatore probata.—El padre, al nombrar la persona que le ha de reemplazar en sus cuidados, es el que ofrece mas garantia de acierto en la eleccion por el conocimiento que tiene de las necesidades de la familia y de las cualidades del elegido, y por su amor á la descendencia.

Ex inquisitione.—La investigacion de las circunstancias del guardador hace supérflua la fianza. De aqui se infiere que no estaban sujetos á esta los tutores y curadores nombrados por los magistrados superiores, sino únicamente los que lo eran por los municipales.

Quedaban por lo tanto obligados á afianzar solo los tutores y curadores legitimos y los dados por los magistrados inferiores. Mas aun entre los legitimos la regla no carecia de escepciones: asi es que el patrono y sus hijos no debían ser compelidos á afianzar, cuando eran personas honradas (6). No se encuentra disposicion alguna espresa para que los padres no estuvieran obligados á afianzar, cuando eran

(1) Ley 6, tit. VI, lib. XLVI del Dig.

(2) Ley 2, tit. VI, lib. XLVI del Dig.

(3) Ley 3, tit. VI, lib. XLVI del Dig.

(4) Ley 8, tit. III, lib. XXVI del Dig.

(5) Ley 3, tit. III, lib. XXVI del Dig.

(6) § 1, ley 5, tit. IV, lib. XXVI del Dig.

tutores de sus hijos; pero no parece probable que dejaran de gozar de una exención, que podian transmitir á otros, nombrándolos tutores en testamento.

1 Sed et, si *ex testamentó vel inquisitione* duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concutori præferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens præponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se *non potest petere* satis à contutore, vel concutore suo; sed offerre debet, ut electionem det contutori suo, utrum velit satis accipere, an satis dare (a). Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit à testatore, quis gerat, ille gerere debet, quod si non fuerit adscriptum, quem maior pars elegerit, ipse gerere debet: ut edictó prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores disenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, prætor partes suas *interponere debet* (b). Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut maior pars eligere possit, per quem administratio fieret (c).

Mas en el caso de que dos ó mas tutores hayan sido dados en testamento ó en virtud de investigacion, puede uno ofrecer fianza por la indemnidad del pupilo ó del menor con objeto de ser preferido á su contutor ó concutor para administrar solo, ó de obligarle á afianzar del mismo modo, si quiere ser preferido y encargarse de la administracion. Asi él no puede exigir fianza á su contutor, sino solo ofrecerle la eleccion entre recibirla ó darla (a). Si ninguno de ellos ofrece la fianza, administrará la tutela aquel que hubiese sido designado por el testador. Si no existiese esta designacion, administrará el elegido por la mayor parte, como se previene por el edicto del pretor. Si los tutores mismos no estan acordes acerca de la eleccion de la persona que deba administrar, el pretor debe interponer su oficio (b). Esto tiene lugar tambien cuando han sido nombrados muchos tutores en virtud de investigacion, en cuyo caso igualmente la mayor parte podrá elegir al que deba encargarse de la administracion (c).

ORIGENES.

- (a) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 17, tit. XXIV, lib. XXVI del Dig.)
 (b) Conforme con Ulpiano. (§§. 1, 7, 8 y 9 de la ley 3, tit. VII, lib. XXVI del Dig.)
 (c) Conforme con Ulpiano. (§. 1 de la ley 19, tit. II, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Ex testamentó vel inquisitione.—Puedo considerarse esta doctrina como escepcion de la contenida en el texto que antecede: su exposicion es tan clara, que no necesita esplicaciones. Fúndase en la ventaja que debe resultar de la unidad de la administracion, la seguridad del huérfano, y de la indemnidad de los que no administran. Los demas tutores eran comunmente llamados *honorarios* y venian á ser una es-

pecie de vigilantes de los intereses del huérfano, *quasi observatores et custodes*, en cuyo concepto no estaban exentos de responsabilidad si no bastaban los bienes del encargado de la administracion á satisfacer sus descubiertos (1).

Non potest petere.—La facultad del tutor ó curador se limita á proponer á sus adjuntos que reciban ó den la fianza. No era obstáculo para esto el principio de que uno no puede estipular para otro; porque aqui el guardador no estipulaba solo en beneficio del pupilo sino en el propio, pues que él estaba interesado en el buen desempeño de la administracion de que subsidiariamente era responsable, y sus bienes, como los de todos los guardadores, se hallan tácitamente hipotecados para la indemnidad del pupilo ó del menor.

Interponere debet.—La doctrina del texto no tiene lugar en aquellos casos en que los tutores no se conforman con que administre el nombrado por el pretor: entonces lo harán todos, y la responsabilidad será comun (2). En otras ocasiones se divide la administracion entre los guardadores, ó bien en virtud de disposicion del testador, ó bien porque el magistrado á propuesta de aquellos, lo juzgue conveniente. Esta division se hace en razon de la diversa clase de bienes, ó de los paises en que se hallan situados, *in partes vel in regiones*. Cuando se verifica así, cada guardador administra su parte; la responsabilidad de la administracion se divide entonces igualmente, y cada uno de los tutores solo ejerce sobre los demas la vigilancia de que antes he hablado (3).

2 Sciendum est autem, non solùm tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri; sed etiam in eos, qui satisfactiones accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omninò à tutoribus vel curatoribus satisfacere non curaverint, aut non idoneò passi essent caveri (a). Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quàm ex constitutionibus imperialibus et in hæredes eorum extenditur; quibus constitutionibus

2 Debe advertirse que no solamente quedan obligados los tutores ó curadores á los pupilos, á los adultos y á las demas personas, por su administracion, sino que existe una accion subsidiaria contra aquellos que reciben la fianza, la cual puede ser un último recurso. La accion subsidiaria se da contra los que descuidaron absolutamente exigir las fianzas de los tutores ó curadores, ó admitieron las que no eran abonadas (a): esta accion, tanto segun las respuestas de los juriconsultos, como segun las constituciones impe-

(1) §. 2 de la ley 3, tit. VII, lib. XXVI del Dig.

(2) §. 8 de la ley 3, tit. VII, lib. XXVI, y §. 11 y siguientes de la ley 1, tit. III, lib. XXVII del Dig.

(3) §. 9, ley 3; y ley 4 del tit. VII, lib. XXVI del Dig.; y ley 2, tit. LII, lib. V del Cod.

et illud exprimitur, ut nisi caveant tutores vel curatores, *pignoribus* 4 *captis* coëreantur (b). Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, *neque quis alius*, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur (c); sed hi tantummodò, qui satisfactionem exigere solent (d).

riales, es estensiva contra los herederos. En estas mismas constituciones se previene espresamente que si los tutores ó curadores no dan fianzas se les compela á ello tomándoles prendas (b). Ni el prefecto de la ciudad, ni el pretor, ni el presidente de la provincia, ni ningun otro, que tiene el derecho de nombrar tutores está sujeto á esta accion (c), sino tan solo aquellos que, segun la práctica, exigen la fianza (d).

ORIGENES.

- (a) Conforme con Ulpiano. (§. inicial de la ley 1, tit. VIII, lib. XXVII del Dig.)
 (b) Conforme con Ulpiano. (Leyes 4 y 5, tit. VII, lib. XXVI del Dig.)
 (c) Copiado de Ulpiano. (§. 1, ley 1, tit. VIII, lib. XXVII del Dig.)
 (d) Conforme con Ulpiano. (§. 2 de la misma ley.)

Comentario.

Tutores vel curatores.—Diferentes eran las acciones que nacian de la tutela y curaduría; creo este el lugar mas oportuno para indicarlás. La primera es la accion *directa* de tutela, llamada tambien *judicium* y *arbitrium tutelæ*: esta era la que, concluida la tutela, competia al pupilo y á sus herederos contra el tutor y sus herederos, para que se les dieran cuentas de su administracion. Por esta accion el tutor responde, no solo de los fraudes, sino de las faltas ocasionadas por negligencia (1). La mala fé del tutor se castigaba con la infamia (2).

La segunda accion es la *contraria* de tutela; compete, concluida esta, al tutor y á sus herederos contra el pupilo y sus herederos, para ser indemnizado de todas las anticipaciones que haya hecho y de todas las obligaciones que por él haya contraido (3). En el tratado de los contratos y cuasi-contratos podrá observarse que esta doctrina es conforme á la general de las acciones directas y contrarias que producian.

La tercera accion, la *ex stipulatu*, competia al pupilo y á sus herederos contra el fiador del tutor y sus herederos, en el caso de que el tutor no pudiese pagar lo que debia.

(1) §§. 16 y 17 de la ley 1, y ley 4, tit. III, lib. XXVII del Dig. y ley 2, tit. LI, lib. V del Código.

(2) Ley 1, tit. II, lib. III del Dig.

(3) §. 3 de la ley 4: y 4 de la 16, tit. III, lib. XXVII del Dig.

La cuarta accion es la *subsidiaria*, de que habla el texto, y que explicaré en este mismo comentario.

La quinta, la de *distrahendis rationibus*, competia, concluida tambien la tutela, al pupilo y á sus herederos contra el tutor que habia causado sustracciones en el patrimonio que se le confi6; su objeto era imponerle la nota de infamia y hacerle restituir el duplo de lo defraudado. Esta accion que, como penal, no tenia lugar contra los herederos, no podia concurrir con la de tutela (1).

La curaduría producía inmediatamente la accion *útil* de tutela, llamada así porque no dimanaba de las mismas palabras de la ley, sino de su interpretacion. Competia al menor y sus herederos contra el curador y sus herederos, para que los últimos diesen cuentas y restituyesen lo que correspondia á los primeros. El curador tenia la accion *útil* contraria para indemnizarse de sus gastos y anticipaciones (2). No es de este lugar explicar la teoría de las acciones *directas* y *útiles*, y de las *directas* y *contrarias*: omito por lo tanto dar mayores esplanaciones, que, colocadas poco oportunamente, confundirian mas que ilustrarian la materia: advertiré solo que la frase *accion directa* tiene dos diferentes acepciones, oponiéndose ya á la accion *útil* y ya á la *contraria*.

De la curaduría nacen del mismo modo que de la tutela las acciones *subsidiaria* y *ex stipulatu*.

Réstame advertir que, además de las espresadas acciones, hay otra para remover de la administracion á los tutores ó curadores sospechosos; pero como las Instituciones consagran un titulo especial á esta materia, me limito aquí á hacer esta mera indicacion.

Subsidiariam actionem.—Llámase *subsidiaria* esta accion, porque es el último recurso que queda al pupilo ó al menor para indemnizarse de los perjuicios que les ocasionó la negligencia del magistrado ó del encargado de recibir la fianza. La accion *subsidiaria*, por lo tanto, solo tenia lugar despues de conocida la insolvencia de los tutores y fiadores, y de vendidos sus bienes. Era indiferente que se hubiera dejado de recibir el fiador, ó que no fuera abonado el que habia sido admitido.

In hæredes.—Esto se limita al caso en que el magistrado ó el encargado de dar la fianza haya obrado con dolo, ó al menos con una negligencia tal que se aproxime á él (3).

Pignoribus captis.—Esto era solo un medio de apremiarlos á que cumplieran con el cargo público que les estaba conferido.

Neque quis alius.—Estas palabras eran exactas en tiempo de Ulpia-

(1) §§. 19, 20, 21, 22, 23 y 24 de la ley 1.ª y ley 2.ª, tit. III, lib. XXVII del Dig.

(2) §. 2, ley 1.ª, tit. IV, lib. XXVII del Dig.

(3) Ley 6, tit. VIII, lib. XXVII del Dig.

no, de quien se tomaron, porque entonces los magistrados municipales no tenían el derecho de nombrar tutores, y solo podían hacerlo por delegación del presidente de la provincia. Justiniano al adoptarlas debió acomodarse á la variación que el mismo había hecho. El principio del texto es que está sujeto á la acción subsidiaria, no el que da el tutor, sino el que debe recibir la fianza; y como esta fianza ó se recibía por los magistrados municipales (1), ó por otros oficiales públicos, á manera de notarios, llamados *tabularii* ó *scribæ* (2), es claro que no puede darse al texto la extensión que parecen encerrar, pues que había funcionarios públicos que nombraban tutores y eran responsables en virtud de la acción subsidiaria, como que también recibían la fianza.

Comparación de las doctrinas de este título con las del derecho
español.

Muchos de nuestros intérpretes mas atentos al tenor de las leyes romanas que á la letra y al espíritu de las nuestras, suponen que los tutores testamentarios están exentos de afianzar, y no faltan otros que hacen extensivo el mismo privilegio á la madre y á la abuela, cuando son tutoras legítimas de sus descendientes. Soy de opinión que en virtud de la ley (3) la obligación de afianzar alcanza á todos los tutores sean testamentarios, legítimos ó dativos: opinión que es seguida constantemente en la práctica de todos los tribunales. Hasta después que los tutores afianzan legítimamente, ni se les debe discernir el cargo, ni permitir que entren ó que continúen en la administración de la tutela. Las demás doctrinas de este título están conformes con las consignadas en las leyes españolas (4).

TITULUS XXV.

De excusationibus tutorum vel
curatorum.

TITULO XXV.

De las excusas de los tutores y
curadores.

La palabra *excusa* no tiene en este título un sentido rigurosamente gramatical, pues que no significa la alegación de una causa para eximirse de la tutela ó curaduría, sino el motivo justo para

(1) §. 2 de la ley 1, tit. VIII, lib. XXVII del Dig.

(2) Ley 6, tit. LXXV, lib. V del Cód.

(3) Ley 94, tit. XVIII, Part. III, y ley 9, tit. XVI, Part. VI.

(4) Título XVI, Part. VI.

librarse una persona del cargo de tutor ó curador, ó para no ser admitido á desempeñarlo. Hay, pues, causas que impiden la admision, y otras que conceden al individuo el privilegio de eximirse. De aquí dimana que los autores dividen las excusas en *necesarias* y *voluntarias*: las primeras excusan sin ser alegadas, las segundas solo cuando se proponen. Puede inferirse de esto que las llamadas excusas necesarias en rigor son incapacidades.

La tutela, como cargo público, no puede renunciarse, á no ser que haya una causa de las marcadas por el derecho.

Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumquæ autem *propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati*. Si enim *tres liberos* superstites *Romæ* quis habeat, vel in *Italiâ* quatuor, vel in provinciis quinque, à tutelâ vel curâ possunt excusari, exemplò ceterorum munerum: nam et tutelam vel curam placuit *publicum munus* esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item *nepotes ex filiò* prosunt, ut in locum patris succedant; ex filiâ non prosunt (a). Filii autem superstites tantùm ad tutelâ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti non prosunt. Sed si in bellò amissi sunt, quæsitum est, an prosint? Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur: hi enim, qui pro republicâ ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur (b).

Los tutores y curadores se excusan por varias causas: la mas frecuente es por el número de los hijos que tengan, ya en su poder, ya emancipados. El que tiene en Roma tres hijos vivos, cuatro en Italia y cinco en las provincias, puede excusarse de la tutela ó curaduria, como sucede con los demás cargos públicos. Los hijos adoptivos no sirven para esta exencion, pero si aprovechan al padre natural. Los nietos por parte de hijo sirven, sucediendo en lugar de su padre, no asi los de por parte de hija (a). Solo aprovechan para la excusa de la tutela ó curaduria los hijos vivos, no los que han muerto. Pero puede preguntarse: ¿deberán aprovechar los hijos perdidos en la guerra? aprovechan sin duda, pero solo cuando han muerto en combate; porque la gloria hace vivir eternamente á los que han muerto por la patria (b).

ORIGENES.

(a) Conforme con Modestino. (§§. 2, 3, 4 y 7 de la ley 2, tit. I, lib. XXVII del Digesto.)

(b) Conforme con Ulpiano. (Ley 18, tit. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Propter liberos.—Esta excusa no traia precisamente su origen de la famosa ley Papia Pópea, dada en el imperio de Augusto con el objeto de alentar á los romanos al matrimonio y á la procreacion de prole legitima, como aseguran casi todos los interpretes, sino mas bien de los rescriptos de Marco Aurelio y Septimio Severo, como dice Schrader.

Sive in potestate, sive emancipati.—Entre los romanos esta exención no se fundaba en la conveniencia de no gravar con el cuidado de la educación de los pupilos á los que tenían familia á que atender, sino que solo era un premio concedido á la paternidad. Así es que al paso que los hijos propios, estuviesen ó no en potestad de sus padres, les aprovechaban para la exención; no acaecía otro tanto con los adoptivos, que únicamente podían ser útiles para el efecto á su padre natural.

Tres liberos Romæ.—Al tiempo que se publicaban las Instituciones, Roma é Italia estaban aun sujetas á la dominación de los ostrogodos, y no alcanzaban por lo tanto las leyes que se espedían en Constantinopla. Justiniano sin embargo habla siempre de ellas, como parte integrante del Imperio. Debe observarse que, á pesar de haberse estendido á todos los habitantes comprendidos bajo la dominación romana el derecho de ciudadanos, todavía quedaron subsistentes algunas diferencias entre los habitantes de las diversas regiones que llevaban el nombre romano.

Publicum munus.—El tutor no es un funcionario público; pero su cargo es público, como todos aquellos á que los ciudadanos pueden ser compelidos por la ley, por la costumbre ó por el magistrado (1).

Nepotes ex filiò.—Entiéndese del hijo que ha muerto, porque, segun dice el texto, los emancipados aprovechan como los constituidos en potestad. Los nietos hijos de hija sirven al abuelo paterno, razon por la que el texto los escluye cuando se trata del materno.

1 Item divus Marcus in *semestribus* rescripsit, cum, qui res *fisci* administrat, à tutela vel curà, quandiu administrat, excusari posse.

Del mismo modo el Emperador Marco en sus *semestres* contestó, que el que administra los bienes del fisco puede excusarse de la tutela ó curaduría durante su administración.

ORIGENES.

Conforme con Hermogeniano. (Ley 41, tit. 1, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

In semestribus.—Suetonio dice que los Emperadores Augusto y Tiberio reunían consejos *semestres* compuestos de senadores, para tratar de los negocios que debían proponerse al senado, lo que tambien se supone que hizo Marco Aurelio. Así entienden algunos la palabra *semestria* del texto; otros creen que se refiere á la colección de las constituciones imperiales dadas en el espacio de seis meses.

(1) Ley 311, tit. XVI, lib. 1 del Dig

Fisci.—En tiempo de Justiniano no habia ya diferencia entre el tesoro del Estado, *ararium*, y el del principe, *fiscus*.

Excusari posse.—Esta excusa pertenece á la clase de las voluntarias: se infiere, pues, que era un privilegio concedido á los administradores del fisco, y no una garantía otorgada al menor por la responsabilidad con que estaban afectos al fisco los bienes de aquellos.

2 *Item qui reipublicæ causâ absunt, a tutelâ et curâ excusantur. Sed et, si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicæ causâ abesse cœperunt, à tutelâ et curâ excusantur, quatenus reipublicæ causâ absunt, et intereâ curator locò eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ, nec anni habent vacationem, ut Papinianus librò quintò responsorum rescripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelâs vocati.*

Igualmente se excusan de la tutela y curaduría los ausentes por causa de la república. Mas aquellos que, siendo ya tutores ó curadores, se ausentaron con este motivo, estan excusados solo durante su ausencia oficial, y en el intermedio se nombra un curador que los reemplaze. Cuando vuelven, se encargan otra vez de la tutela; porque, como dijo Papiniano en el libro quinto de sus respuestas, no tienen la dispensa de un año, que solo se concede respecto á las nuevas tutelâs que puedan deferirseles.

ORIGENES.

Conforme con Modestino. (§. inicial y 2, ley 1, tit. 1, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Qui reipublicæ causâ absunt.—Esta causa se introdujo tanto por motivos de utilidad pública, como por lo difícil que es al ausente la administracion de la tutela ó curaduría.

Nec anni vacationem.—El curador nombrado en el intermedio cesaba en sus funciones al volver el que habia estado ausente por causa de la república.

5 *Et qui potestatem aliquam habent, excusare se possunt, ut divus Marcus rescripsit, sed cœptam tutelam deserere non possunt.*

Los que estan revestidos de alguna autoridad pueden excusarse, segun el rescripto del Emperador Marco; pero no pueden abandonar la tutela que comenzaron á ejercer.

ORIGENES.

Conforme con Calistrato. (§. 5 de la ley 17, tit. 1, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Potestatem.—Sin entrar á examinar aqui las diversas acepciones de la palabra *potestas*, que unas veces se toma mas lato, y otras mas

estrictamente; me limito á decir que en el texto se refiere á los magistrados mayores, es decir, que tenían imperio y potestad (1): privilegio que tambien se habia hecho estensivo á los senadores (2) y á los duunviros (3).

- 4 *Itèm propter litem, quam cum pupillò vel adultò tutor vel curator habet, excusare se nemo potest, nisi fortè de omnibus bonis vel hæreditate controversia sit.* Mas no puede excusarse nadie de ser tutor ó curador por razon de un pleito, que tenga contra el pupilo ó contra el adulto, á no ser que se trate de todos los bienes, ó de una herencia.

ORIGENES.

Conforme con Marciano. (Princ. de la ley 21, tít. I, lib XXVII del Dig.)

Comentario.

Excusare se nemo potest.—El mismo Justiniano decidió despues en una novela (4) que el deudor del pupilo ó del menor estuviera incapacitado para ser su tutor ó curador, con lo cual quedó destruida en parte, y en parte ampliada, la doctrina del texto: y verdaderamente que era muy peligroso para el pupilo y para el menor tener por guardador á una persona, que como deudor podia destruir las pruebas de su deuda, y como acreedor los documentos con que el pupilo ó menor en su caso podian defenderse.

- 5 *Itèm tria onera tutela non affectata, vel curæ præstant vacationem, quandiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro unâ computetur.* Tres cargos de tutela ó curaduría, que no han sido buscados, sirven, mientras duran, de excusa para el cuarto; pero en este caso una misma tutela de diferentes pupilos ó una curaduría de los mismos bienes, tales como las de hermanos, son reputadas solo por una.

ORIGENES.

Tomado de Ulpiano. (Ley 3, tít. I, lib. XXVII del Dig.)

Comentario.

Tria onera tutela.—Los cargos públicos deben acomodarse á la posibilidad de los ciudadanos, y repartirse entre todos. La doctrina del texto dimana de este principio: sirvete tambien de fundamento el

(1) Ley 32, tít. X, lib. XLVII del Dig.

(2) §. 3 de la ley 15, tít. I, lib. XXVII del Dig.

(3) §. 16, ley 6, tít. I, lib. XXVII del Dig.

(4) Capítulo I de la novela 72.