

ÍNDICE

DE LO CONTENIDO EN EL TOMO I.

Tít. XIII. De los modos porque se disuelve la patria protestad,	171
Tít. XIII. De la tutela en general,	177
Tít. XIV. De la tutela testamentaria,	184
Tít. XV. De la tutela legítima,	191
Tít. XVI. Cuando pierden los parientes el derecho á la tutela por la pérdida del estadio ó la cabeza,	194
Tít. XVII., XVIII. y XIX. De la tutela legítima de los patronos, de los padres y de los hermanos,	202
Tít. XX. De la tutela dativa,	203
Ttit. XXI. De la autoridad de los tutores,	206
Tít. XXII. De los modos de fenercerse la tutela,	216

TITULO XII.

De los modos porque se disuelve la patria potestad.

Despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos porque se acaba ó disuelve.

El 1. es la muerte natural, por que esta es la disolucion de todos los vínculos que tenia el hombre en este mundo y despues de ella nada le queda propio.*

El 2. es la muerte civil que en derecho está equiparada á la natural. Esta segun el derecho novísimo solo se padece cuando alguno es desterrado perpetuamente del reino y le son confiscados todos sus bienes.† Pero no cuando es condenado á servir en los arsenales ó en otras obras públicas, por estar mandado que no puedan los tribunales, destinar á reclusion perpetua ni por mas tiempo

* L. 1. tit. 18. P. 4.

† L. 2. tit. 18. F. 4.

que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno.* Por esta razon, así estos como todos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad pudiendo á su vuelta recobrarla en los términos que la tenian ántes.†

Otra especie de muerte civil es el estado religioso por el cual los que lo profesan dejan todas las cosas del mundo y se tienen por muertos en el.‡ Segun esto, no se puede dudar que aquel que hiciere profesion en alguna religion

* L. 13. §. 5. tit. 24. lib. 8. Rec. de Cast.

† Entre los romanos y por derecho de las Partidas, se distinguia servidumbre de pena, deportacion y relegacion. Por la primer pena se padecia lo que llamaban *Capitis diminutio maxima*, y por la segunda y tercera la *media*. La servidumbre de pena, se padecia cuando alguno era condenado perpetuamente á trabajar en las minas ó en las galeras del rey. La deportacion, cuando era expelido para siempre del reino con confiscacion de todos sus bienes; y la relegacion, cuando era desterrado por tiempo cierto. Estas dos últimas penas están en uso; pero no la servidumbre de pena, ni la condenacion perpetua á trabajos públicos. Vease el tit. 18. de este libro en donde se tratará esta materia de propósito.

‡ L. 1. y 8. tit. 7. P. 1.

aprobada, sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sujeto á los superiores de su órden á quienes promete obediencia.

El 3. modo de disolverse la patria potestad es por dignidad á que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes de Partida tomadas del derecho de romanos, las que (á excepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no se conocen en el dia: pero de las que se mencionan, se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el rey promoviere á algun oficio que tenga anexa jurisdiccion ó recaudacion de sus rentas; porque habilitándolos para estos cargos, parece les quiso librar de otra sujecion, segun la ley 7. y siguientes del tit. 18. Part. 4.

4. Salen tambien los hijos de la potestad de sus padres por la emancipacion. Segun nuestro derecho* se hace esta, compareciendo el padre y el hijo ante el juez ordinario del lugar de su residencia,

* Ll. 15. y 17. tit. 18. P. 4.

diciendo el padre en su presencia, que aparta al hijo de su poder y que le da facultad para que se maneje por sí contratando y compareciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar espresamente esta dimision ; pero el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al supremo consejo con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá.*

Si el hijo fuere menor de siete años solo puede ser emancipado por rescripto del príncipe,† en cuyo caso no se necesita de su consentimiento.‡

* Auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. Rec. de Cast.

† L. 16. tit. 18. P. 4.

‡ Por real cédula de 27 de oct. de 1800 está prevenido para detener el abuso de emancipar á los hijos para que manejándose por sí, gocen de la esencion del servicio militar que les concede el art. 13. que la emancipacion para que ecsima del sorteo, ha de recaer en hijo de 25 años de edad cumplidos, y que ha de ser aprobada por el consejo, donde no se dará despacho de aprobacion sin que conste de dicha circunstancia, guardándose todo lo demas que en ejecucion del auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. de la Recop. se acostumbra practicar-

5. Otro modo de disolver la patria potestad, es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades, y con las bendiciones nupciales; porque en este caso conforme á nuestro derecho se tiene por emancipado * y le pertence desde luego todo el usufructo de sus bienes adventicios que le debe entregar su padre.† Pero esta entrega no se ha de verificar si no es que el hijo tenga la edad de 18 años cumplidos, porque hasta entonces no puede administrar sus bienes, ni los de su muger.‡

6. Finalmente, pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenian en sus hijos, por el hecho de exponerlos sin que se les conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crian-

Pero como esta real cédula no está comunicada á la América, no habrá inconveniente en que la emancipacion se haga ántes de los 25 años.

* L. 8. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 9. del mismo tit. y lib.

‡ L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

za; si no es que puedan probar que el motivo de la esposicion del hijo, fué una necesidad estrema.* La pierden tambien por el mismo hecho contrayendo matrimonio con parienta dentro del cuarto grado, ó con muger religiosa profesa.†

Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, porque la patria potestad á manera del dominio no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria: no obstante, esta regla padece algunas excepciones. 1. Si el padre castiga al hijo cruelmente y sin aquella piedad y amor que es natural. 2. Cuando obligase á sus hijas á prostituirse. 3. Cuando admite algun legado que se le dejó con la condicion de emancipar al hijo; y 4. cuando consume y malgasta los bienes de su entenado que hubiese adoptado con aquella especie de adopcion que se llama arrogacion.‡

* Real ced. de 11 de dic. de 1796 art. 25 y 26.

† L. 6. tit. 18 P. 4.

‡ L. 18. tit. 18. P. 4.

'TITULO XIII.

De la tutela en general.

Segun la division que dejamos hecha arriba, los hombres que no están sujetos á potestad dominica ni patria, pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Síguese pues tratar en este título y los siguientes, de la tutela y sus especies.

No se puede dudar que la tutela trae su origen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para toda sociedad humana, que sean gobernados y defendidos por otro, aquellos que por sí mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos y todas las naciones guiadas solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban de direccion y defensa. Conforme á estos principios, nuestro derecho desde sus

leyes mas antiguas * estableció que se den tutores á los impúberes ó pupilos que no han llegado á la edad de 14 años, y curadores á los menores de 25. Porque siendo por lo comun hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy fácil que fuesen engañados, que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes.

Por tutela entendemos, la *autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes miéntras que ellos son capaces de hacerlo.*† De la definicion dada, nace este aksioma. La tutela es un cargo público. No se debe entender por esto que la tutela sea un oficio público ó concejil, pues el tutor ni administra alguna parte de la república, ni goza honor ó dignidad, ni se constituye persona pública, sino que perma-

* Vease el tit. 3. lib. 4. del Fuero Jusgo. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real y tit. 16. P. 6.

† L. 1. tit. 16. P. 6.

nece persona privada. Pero decimos que la tutela es un cargo público, porque es una ocupacion ó carga que están obligados á desempeñar todos los ciudadanos por autoridad y mandato público. Imponiéndose pues á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tengan una escusa legítima, con razon se llama cargo público.

Del acsioma establecido se deducen dos conclusiones. 1. Que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores.* La razon es porque en los cargos públicos cual es la tutela, se tienen por padres de familia. 2. Que ni los siervos ni las mugeres pueden ser tutores.† No los siervos, porque no siendo ciudadanos, no son capaces de ejercer un cargo para el cual es necesario ser persona ó tener cabeza en la república. No las mugeres, porque así por el decoro de su secso como por la debilidad de su juicio, les estan prohibidos los cargos públicos. Pero esta regla admite una escepcion ;

* Arg. de la L. 4. tit. 16. P. 6.

† Ll. 4. y 7. tit. 16. P. 6.

porque nuestro derecho establece que no solamente sean admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas á todos los demás parientes.* La razon que ha motivado esta excepcion es el singular amor que suelen tener á sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone á cubierto de toda sospecha de mala administracion por lo menos con dolo, pero aun estas mugeres no deben ser tutoras, si no es que renuncien las segundas nupcias y el privilegio concedido á todas las de su seceso, de no quedar obligadas á otro por fianzas.†

Hemos visto ya quienes pueden ser tutores: síguese ahora investigar en que casos se les impide ó se les suspende la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de la tutela, que es el de que el tutor eduque al pupilo y administre sus bienes miéntras que se hace capaz de verificarlo por sí. De aquí se infiere que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos, no pueden ser tutores. Tales son: 1. los menores

* L. 4. tit. 16. P. 6.

† Ll. 4. y 5. del mismo tit.

de 25 años, porque estando ellos bajo de curatela, no se juzgan hábiles para cuidar de otros.* 2. Los furiosos y mentecatos que por carecer de juicio son incapaces de toda administracion.† 3. Los sordos y mudos, porque estos dos impedimentos cuando se juntan en un mismo sugeto producen el mismo efecto que la insensatez.‡ Pero aunque todo esto es verdad, no obstante se debe hacer distincion entre tutela testamentaria, legítima, y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad, ó furiosos, ó sordos, ó mudos, por ninguno de estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el ejercicio : esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso pues, se les nombra curador, el cual ejerce el cargo miéntras que los nombrados llegan á la mayor edad ó recobran el juicio ó la facultad de oir ó de hablar.§ Pero si

* L. 4. tit. 16. P. 4.

† Dha. L. 4.

‡ La misma L. 4.

§ Arg. de las Ll. 7. y 8. tit. 16. P. 6.

el tutor legítimo ó dativo es menor, ó furioso, ó sordo y mudo, no vale su nombramiento: y si despues de haber comenzado á ejercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos, al instante se acaba la tutela y se nombra otro tutor al pupilo.

Segun la definicion de la tutela se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion y que son incapaces de administrar sus bienes. De aquí pues nacen tres conclusiones. 1. El tutor se dá primariamente para la persona, no para las cosas,* y en esto se diferencia del curador que principalmente se dá para los bienes y no para la persona. No obstante secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo. 2. Al que tiene padre no se le dá tutor.† La razon es, porque miéntras vive el padre, el hijo tiene quien lo eduque y guarde; tambien porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad y así no es del todo libre. 3. Al siervo no se dá tu-

* L. 1. tit. 16. P. 6.

† Dha. L. 1. al principio.

tor.* Esta conclusion tiene una razon semejante. El siervo está en la potestad domínica, y así no es pupilo libre: luego no puede tener tutor.

La tutela segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: testamentaria cuando el padre dá tutor á sus hijos en su testamento: legítima, cuando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley, cuales son los consanguineos mas cercanos del pupilo; y dativa cuando el juez nombra el tutor por falta de unos y otros.† De aquí se infiere: que los testamentarios son llamados á la tutela por el testador, los legítimos por la ley y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios, de suerte que habiéndolos, no se admiten los legítimos; y por falta de una y otra tutela, el juez nombra tutor.

El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia. Por-

* La misma ley.

† L. 2. tit. 16. P. 6.

que así como el heredero instituido en testamento escluye á todos los demás, así el tutor testamentario. Así como cuando no hay heredero suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente, así como cuando no hay heredero alguno ni testamentario ni legítimo sucede el fisco, así en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta división, y de cada una de estas especies de tutela se tratará en título separado.

TITULO XIV.

De la tutela testamentaria.

La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que dá el padre en su testamento á los hijos que están en su potestad.* El fundamento pues de esta tutela no es otro que la patria

* Ll. 2. y 3. tit. 16. P. 6.

potestad. De aquí se infiere que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce fácilmente la razon : 1. porque la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento : y es, porque solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre ni la abuela y mucho ménos otras personas estrañas. Asimismo la 2. porque aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados ; porque los emancipados están ya fuera de la patria potestad. 3. Porque puede darse tutor en testamento aun á los hijos desheredados ; porque la desheredacion priva de la herencia, pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podría objetar á esto, que el desheredado no necesita de tutor estando privado de la herencia que habia de administrar el tutor. Pero la respueta es clara. Segun hemos dicho ántes, el tutor se dá primeramente para la persona, y así aunque nada tuviese el pupilo, puede darsele tutor. Fuera de que el desheredado puede tener otros bienes hereda-

186

dos de la madre ó de sus parientes. 4. Por que se puede dar tutor en testamento aun á los póstumos que por no haber todavía nacido, no están realmente en la patria potestad:^{*} porque siempre que se trata de la comodidad de los póstumos, se tienen por ya nacidos:[†] luego tambien deben reputarse por hijos que están en la potestad de sus padres, y por consiguiente se les puede dar tutor.

Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de ejercer los cargos públicos, v. g. los siervos dándoles libertad[‡] y los hijos de familia; pero no los obispos ni religiosos.[§] Los clérigos de órden sacro pueden serlo legítimos, pero no testamentarios,^{||} como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez que lo dá de oficio. El juez

* L. 3. tit. 16. P. 6.

† L. 3. tit. 23. P. 4.

‡ L. 7. tit. 16. P. 6.

§ L. 14. del mismo tit.

|| L. 14. tit. 16. P. 6.

no puede dar por tutor á un loco, á un menor, á un sordo y mudo, porque semejante nombramiento sería nulo ; pero vale el que un testador haga en cualesquiera de estas personas que tienen actual impedimento para ejercer la tutela. Porque aunque inmediatamente que son nombrados no administren sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es válido su nombramiento y se les debe conceder la administracion luego que llegan á la mayor edad, ó recobran el juicio ó el oido y habla.

Puede tambien el testador nombrar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia y para tiempo cierto,* lo que tampoco puede hacer el juez que siempre lo debe dar puramente conforme á la práctica de España. La razon es, porque el defecto que resulte del nombramiento del padre, puede ser suplido por el juez, pero el de este nadie lo puede suplir, y así quedaria tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo.† Pero no puede el padre dar por

* L. 8. tit. 16. P. 6.

† Febr. adicionado Part. 2. lib. 1. cap. 1. §. 2. n.ºm. 62.

tutor á una persona incierta, porque no se puede suponer confianza en una persona desconocida del testador; y así, si se nombrase tutor á uno cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de cual de ellos es de quien habló el testador, ninguno de los dos será tutor.*

Resta tratar de la confirmacion de los tutores que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bastante diferencia entre la confirmacion de que hablan las leyes y la que se usa al presente. El dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez, si no es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion.† Segun la ley de Partida, solo los testamentarios, y estos no todos, sino algunos.‡ Conforme á la práctica del dia se confirman, ó se les discierne el cargo aun á los que están legítimamente nombrados tutores: por derecho solamente

* L. 7. al fin tit. 16. P. 6.

† Febr. adicionado Part. 2. lib. 1. cap. 1. § 2 núm. 56.

‡ L. 8. tit. 16. P. 6.

aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aquí se deduce que hablando en rigor de derecho, la confirmacion es, *un acto por el cual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente.* Es necesaria pues, la confirmacion judicial, á la que nuestros prácticos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto, ó está en el testador mismo ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador siempre que lo dé, el que no tenga patria potestad en los hijos v. g. la madre ó el abuelo, supuesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad: luego el que dá tutor á unos pupilos que no estan en su potestad, lo dá viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio si no lo nombra en testamento ó codicilo. En ambos casos el nombramiento de tutor debia ser nulo, mas en atencion á la insigne confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por

el juez y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento.*

Se puede hacer la confirmacion de dos maneras, ó sin inquisicion ó con ella. Sin inquisicion se hace si el padre dá tutor en su testamento pero viciosamente, lo que puede acontecer de tres maneras. 1. Si dió tutor al hijo emancipado. 2. Si lo dió á su hijo natural, pues en uno y otro caso carece de patria potestad. 3. Si lo dió en testamento imperfecto ó en otra disposicion ilegítima. En estos casos debe de ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion ; porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, si no es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario : con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos. 1. Si la madre dá tutor á sus hijos á quienes instituye por herederos. 2. Si el padre lo dá á sus hijos naturales no instituidos por herederos. 3. Si un extraño dá tutor á un pupilo á quien deja

* L. 8. tit. 16. P. 6.

su herencia.* En todos estos casos no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor por falta de patria potestad: no obstante el juez lo confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce á investigar. 1. Si será útil al pupilo esta tutela. 2. Si el tutor es hombre bueno ó malo. 3. Si es amigo ó enemigo del pupilo, &c.

TITULO XV.

De la tutela legítima.

La segunda especie de tutela es la legítima. Se llama así porque estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama á la tutela.† Esta es de cuatro maneras. 1. La de los parientes inmediatos de que se trata en este título. 2. La de los patronos para con sus libertos en el 17. 3. La del padre para

* Ll. 6. y 8. tit. 16. P. 6.

† L. 2. tit. 16. P. 6.

con su hijo emancipado antes de la pubertad, en el 18. 4. La del hermano para con su hermano emancipado y menor de 14 años. Estas tres últimas especies el dia de hoy casi están sin uso. La primera es bastante usada, por lo que se debe tratar con mas estension.

Tiene lugar esta tutela legítima cuando el padre muere intestado : porque es regla general que *habiendo tutor testamentario, no se admiten los legítimos.* Solo pues, son admitidos cuando el padre del pupilo muere intestado.* Se dice morir el padre intestado, no solo cuando del todo no hizo testamento, sino tambien cuando aunque lo haya hecho nada dispuso acerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legítima. La razon porque habiendo tutor testamentario es escluido el legítimo, se deduce del principio que hemos esplicado arriba. La tutela es semejante en derecho á herencia: luego así como faltando heredero instituido en el testamento sucede el legítimo, así no

* L. 9. tit. 16. P. 6.

habiendo tutor testamentario, el pariente mas cercano á que llamamos legítimo recibe la tutela.

El fundamento de esta tutela se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparándose en derecho la tutela á la herencia, formáron los jurisconsultos este aksioma : *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela.* Esta regla casi con las mismas palabras se halla en la ley 10. tit. 16. P. 6. Ahora pues : llamando la ley á los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos sean llamados al cargo de la tutela.

De este aksioma inferimos : que deben ser tutores legítimos del pupilo que no lo tiene testamentario, sus parientes consanguineos mas cercanos por ambas líneas ;* y habiendo muchos en igual grado lo serán todos.† Pero en este caso para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos, deben elegir entre

* L. 9. tit. 16. P. 6. y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.

† Dicha L. 9.

sí quien ha de ejercer la tutela, y no concordando puede el juez nombrar al que estime mas idóneo y de mayor seguridad, y solo este será tutor en efecto y los demás se tendrán por honorarios.* Si el pupilo tiene madre, la pertenece ante todos esta tutela, y si no la quiere, á la abuela,† y en defecto de ambas deben entrar los parientes como se ha dicho.

TITULO XVI.

Cuando pierden los parientes el derecho á la tutela por la pérdida del estado ó de la cabeza.

Entre los romanos se llamaba *cabeza* todo aquel cuyo nombre se escribia en las tablas del censo, ó padron general de la república. Mas como en ellas no se escribian sino los hombres libres, los ciudadanos y los padres de familia, de aquí dimanó que lo mismo fuera tener *cabeza*, que gozar de alguno de los es-

* L. 11. tit. 16. P. 6

+ L. 9. del mismo título.

tados de libertad, de ciudad ó de familia. Cualquiera pues, que no tiene alguno de estos, se dice en derecho que no tiene cabeza v. g. el siervo. Aquel que tuvo los tres y los perdió todos ó alguno de ellos, se dice que *perdió la cabeza : capite minui.**

Con lo dicho se entiende fácilmente esta definicion : perdida de cabeza no es otra cosa que *la mutacion del estado que se tenia en la república.*† Luego cuando alguno de hombre libre pasa á ser siervo : de ciudadano á peregrino : ó de padre de familias á hijo, hay pérdida de cabeza, y no al contrario si de siervo pasa á libre, de peregrino á ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo pues de tres maneras la cabeza ó el estadio, de libertad, de ciudad y de familia, tambien es de tres maneras la pérdida de cabeza, *mácsima, media, y minima.* La mácsima es por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia. Porque cuando

* L. 18. tit. 1. P. 6.

† Dha. L. 18.

alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es por la que se pierde el derecho de ciudad. El que padece esta mutacion queda en realidad hombre libre ; pero se hace extranjero y deja de ser padre de familias. Mínima es por la que se pierden los derechos de padre de familias, no obstante que se conservan los de la libertad y ciudad.* En una palabra : la mácsima se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la mínima al estado de familia. La mácsima y media se llaman en derecho muerte civil.†

Hemos visto ya, que sea la triple perdida de cabeza : veamos ahora quienes la padecen. La mácsima la padecian 1. Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros permanecen libres ; pero entre los romanos eran hechos siervos ; y así perdian el estado de libertad y no lo recobraban, sino es que volvieran á su casa que entonces por el dere-

* L. 18. tit. 1. P. 6.

† L. 2. tit. 18. P. 4.

cho de *postliminio* eran restablecidos en todos sus derechos.* 2. Los mayores de 20 años que dolosamente se vendian por medio de otro para gozar del precio.† Estos quedando siervos en pena de su fraude, perdian el estado de libertad, y padecian la mácsima pérdida de cabeza. 3. Los siervos de la pena. Estos tuvieron su origen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes ni condenados al último suplicio. En fuerza de esta ley, siempre que algun magistrado se atrevia á imponer semejantes penas á algun ciudadano romano, levantaba este la voz y decia: *soy ciudadano romano*, é inmediatamente se le debia dejar en libertad. Tenemos un ejemplo de esto en el libro de los hechos apóstolicos en donde se cuenta, que el apóstol S. Pablo se libró de este modo de la残酷 del tribuno de los soldados.‡ Gozando pues, de un privilegio tan ecsorbitante

* L. 1 tit. 29. P. 2.

† L. 1. tit. 21. P. 4.

‡ Act. Ap. cap. 22. V. 24. 25. et seq.

los ciudadanos romanos, y no siendo posible que una república se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fué necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados al último suplicio, por la sentencia capital, se habian hecho siervos y por consiguiente, que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado á muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

Este fué el origen de la servidumbre de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la esplican con diferencia. Segun ellas es llamado siervo de la pena, aquel que es condenado á trabajar perpetuamente en obras públicas, ó en otros servicios penosos de utilidad pública.* Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue : pero habiéndose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales condenando

* L. 2. tit. 18. P. 4. y 18. tit. 1. P. 6.

á los reos incorregibles y del todo abandonados á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras ínfimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante en el dia ni con impropiedad puede llamarse esta servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser perpetua. En efecto, el amor á la humanidad hizo atender á que la penalidad y afan de estos trabajos era insufrible, y así con la mira de evitar el total aburrimiento y desesperacion de los infelices que se veian sujetos á su interminable sufrimiento, se dispuso que no puedan los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales á reo alguno;* por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que segun la práctica del dia se padezca la pérdida de cabeza que llamaban mácsima.

La media padecian entre los romanos: 1. aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego. Esta pena

* L. 13. §. 6. tit. 24. lib. 8. Recop. de Cast.

se originó de que los ciudadanos romanos gozaban el privilegio de no perder contra su voluntad los derechos de ciudad. Segun esto para privar de ellos á algun delincuente, era necesario mandar no que saliese para un destierro, porque á esto segun hemos dicho no podía ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponian guardias para que le impidiesen usar de ambos elementos. Mas como de esta suerte no podía vivir se veia obligado á salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo de este modo los derechos de ciudadano romano.

2. La misma padecian los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpetuamente por sus delitos y mandados conducir á alguna isla despues de haberles confiscado todos sus bienes.* Se distingue la deportacion de la relegacion en que en esta no se confisan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y re-

* L. 2. tit. 18. P. 4.

legacion hablan las leyes de Partida casi en los mismos términos que el derecho de romanos.*

La mínima pérdida de cabeza padecian los arrogados y los emancipados ; pero segun nuestro derecho solo la padecen los primeros, porque de hombres libres de toda potestad ó padres de familia, se hacen hijos y se reducen á la patria potestad del arrogante.†

En el dia por ninguna de estas pérdidas de derechos, se pierde el que los parientes consanguineos tengan á la tutela de sus parientes pupilos. Pero por razon de ser infame aquel á quien por sus delitos se impongan las penas de presidio, arsenales ó destierro, deberia ser privado de la tutela legítima, (aunque no de la testamentaria,) aun cuando cumplido el tiempo de su condena volviese á la ciudad.‡

* Ll. 2. y 3. tit. 18. P. 4.

† L. 7. tit. 7. P. 4.

‡ Arg. de la l. 7. tit. 6. P. 7.

TITULOS XVII. XVIII. Y XIX.

De la tutela legítima de los patronos, de los padres y de los hermanos.

Entre las tutelas legítimas ó que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. Patrono se dice aquel que dió la libertad graciosamente á un siervo. Entendemos pues por tutela legítima de los patronos, la que pertenece conforme á derecho al patrono en el liberto manumitido ántes de la pubertad.*

El fundamento de esta tutela es el mismo que el de la legítima de los consanguíneos. *A donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela.*† Ahora pues: como muriendo sin hijos el liberto y sin padre ó madre ni otro pariente de los que conforme á derecho le habian de heredar,

* L. 10. tit. 16. P. 6.

† Dha. L. 10.

sucedia el patrono : se infiere de aquí que debia ser su tutor legítimo.*

Tutela legítima de los padres se llamaba la que ejercian éstos en los hijos emancipados ántes de la pubertad.† En el dia como ninguno puede emancipar á sus hijos menores sin autoridad real ó aprobacion del consejo en sus respectivos casos, dificilmente tiene lugar esta tutela.

La tutela fiduciaria es la que ejercia el hermano mayor de 25 años en su hermano emancipado y menor de 14 años despues de muerto su padre que era su tutor legítimo.‡ Pero esta tutela nunca ha tenido ni puede tener lugar entre nosotros, pues aunque se verifique el caso que se figura, entrará el hermano á ser tutor, pero no fiduciario, sino legítimo por ser el pariente mas cercano del pupilo.

* Dha. L. 10. tit. 16. P. 6.

† La misma L. 10.

‡ Dha. L. 10.

TITULO XX.

De la tutela dativa.

Hasta aquí hemos esplicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legítima: resta la tercera que es la dativa. Se llama así porque este tutor es dado no en testamento ni por ley, sino por el juez. Definiremos pues esta dacion de tutor: *un acto por el cual el magistrado con autoridad de la ley, nombra tutor al pupilo que no lo tiene testamentario ni legítimo.* De esta definicion inferimos.*

1. Que para conseguir el fin de esta tutela, que es que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento, debe ser dado el tutor puramente y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto, ni á dia cierto ni para cierto tiempo, como puede suceder en el testamentario.† La razon de diferencia ya la hemos insinua-

* L. 12. tit. 16. P. 6.

† L. 8. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez núm.
4. V. so condicion.

do, y es porque el defecto del testador puede ser suplido por el juez nombrando curador al pupilo; pero el de este no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provea á la necesidad del huérfano desamparado. 2. Que esta tutela es subsidiaria: es decir, que no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento ó de parientes cercanos que lo sean conforme á derecho.* 3. Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autoridad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio del pupilo, ó del lugar en que nació, ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen, será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho primero; y si todos lo hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupilo.† De esta regla se exceptúan los hijos primogénitos de los grandes á quienes dá el rey tutor por sí mismo ó confiere especial

* Dha. L. 12.

† Dha. L. 12.

comision á algun magistrado para que se lo dé.*

Ultimamente deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parentes del pupilo. Y en caso de que nadie lo pidiese y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio† en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo, si los bienes del pupilo valiesen mas de 500 maravellados; pero si no ascendieren á esta cantidad, podrá delegar al inferior la dación de tutor.‡

TITULO XXI.

De la autoridad de los tutores.

Hemos visto hasta aquí todas las especies de tutores: siguese ahora tratar de sus oficios. Estos, unos tienen por

* L. 14. tit. 5. lib. 2. Rec. de Cast.

† L. 12. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez núm. 7.

‡ La misma L. 12.

objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo, los principales son. 1. Darle educacion e instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes, atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades.* 2. Alimentarlo del modo y en los terminos que el padre haya dispuesto en su testamento, ó en los que el juez dispusiere con consideracion á los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los reditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades.† 3. Con el nombre de alimentos se entiende no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien, todos los demas gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, así en lo moral como en lo civil.‡ 4. La habitacion ó casa debe ser la que el padre haya señalado al pupilo en su testamento ; y no ha-

* L. 16. tit. 16. P. 6.

† L. 20. tit. 16. P. 6.

‡ L. 16. tit. 16. P. 6.

biendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ó casándose esta, en donde determinare el juez ; pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes.*.

El cuidado de los bienes del pupilo, compone la segunda parte de los oficios del tutor. Este consiste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Dijimos arriba, que la tutela era una fuerza y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto es digno de observarse, que estas dos palabras no son sinónimas, sino que la *fuerza* denota una facultad mayor que la *autoridad*. La fuerza pues, la ejercen los tutores en los infantes, y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año septimo de la edad: el tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad, se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el pupilo prócsimo á la infancia, y en la segunda prócsimo á la pubertad. Se-

* L. 19. del mismo tit.

gun estas reglas, para mayor claridad diremos: que el hombre se llama infante hasta los siete años: prócsimo á la infancia hasta los diez y medio: prócsimo á la pubertad hasta los 14: en los 14 púber: plenamente púber hasta los 18: y mayor á los 25. La muger será infante hasta los siete años: prócsima á la infancia hasta los nueve y medio: prócsima á la pubertad hasta los 12: y púber en los 12: plenamente púber á los 14; y mayor á los 23. Estos términos de la edad, se deben tener presentes y observarse con cuidado.

No se puede dudar, que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante, que en el que se halla prócsimo á la infancia ó á la pubertad. Cuando el pupilo es infante, nada puede hacer por sí sino que todo lo hace el tutor en su nombre, y en este caso se dice propiamente que administra.* Mas si el pupilo se halla prócsimo á la infancia ó á la pubertad, puede hacerlo todo con tal que su tutor este presente y apruebe lo

* L. 17. tit. 16. P. 6.

que ha de obrar :* en cuyo caso se dice que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos ejemplos. Un pupilo infante no puede contraer, aceptar una herencia ó mover un pleito : todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario : el mayor de siete años, contrae legítimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que este presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aquí nace que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo*, porque en realidad el tutor aumenta y completa lo que falta á la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre ; pero el que es mayor de esa edad, aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene pues el tutor á completar lo que falta á este pupilo, y aumentar su persona cuando aprueba y consiente. Por tanto esta aprobacion y consentimiento del tutor, es lo que propiamente se llama autoridad.

* Dha. L. 17.

De estos principios nace la definicion de la autoridad. Es pues *un acto por el cual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion.** Se dice que es un *acto*, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion espresa, lo que significa la palabra *otorgamiento* de que usa nuestro derecho.† Se dice que *por el aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia, obra*; porque si el pupilo es todavía infante, nada puede obrar, sino que entonces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice últimamente *capaz de hacer peor su condicion*; porque como veremos despues, puede el pupilo sin autoridad de su tutor hacer mejor su condicion; pero de ninguna manera hacerla peor.‡ V. g. si Ticio dona al pupilo una onza de oro; es válida la donacion aunque el tutor no esté presente ni la apruebe: pero si el pupilo promete á Ticio un caballo, no nace

* L. 17. tit. 16. P. 6.

† Dha. L. 17.

‡ La misma L. 17.

obligacion de esta promesa, si no es que el tutor la hubiese autorizado.*

De la definicion que hemos explicado, se deducen dos aksiomas. 1. La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intenta algun negocio del cual puede resultar peor la condicion del pupilo. 2. El tutor mediante la autoridad suple la falta de juicio del pupilo.

El primer aksioma establece: que es necesaria la autoridad del tutor siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo: porque mejorarla puede aun sin noticia ni consentimiento suyo. ¿Pero cuando se dirá que hace mejor su condicion el pupilo, y cuando peor? La hace mejor, siempre que obliga á otro, v. g. cuando otrole promete, le dona, ó le dá en comodato. La hace peor siempre que el pupilo se obliga á otro, v. g. cuando promete, dona, ó dá en comodato.† De aquí nacen dos importantes conclusiones. 1. Que el pupilo sin necesidad de autoridad alguna puede acep-

* Dha. L. 17.

† Dha. L. 17.

tar promesas y adquirir por cualquier título lucrativo, porque de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro si no interviene la autoridad del tutor. Por ejemplo: un mercader vende un relox de oro á un pupilo en 100 pesos, pero sin consentimiento de su tutor. Verificada la compra dá parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien: lo aprueba y dá órden de que se entregue el precio: el mercader que mientras tanto se habia arrepentido de la venta, quiere disolverla fundándose en que no quedó obligado por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora ¿quedaria obligado? No hay duda que sí, segun los principios sentados.* Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo á que pagase el precio, responderia este muy bien que no habia podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contra-

* La misma L. 17.

to el mercader se obligue y el pupilo quede libre; pero no es así, porque voluntariamente se sujetá á ese gravámen el que contrae con el pupilo sin anuencia de su tutor, y por tanto no debe tener á mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio.

Todo lo dicho es consiguiente á los principios establecidos: únicamente admite duda ¿ si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podria parecer superflua la autoridad en este caso, porque el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor, en cuyo caso segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante: de nuestras leyes se deduce claramente que seria nula semejante aceptacion.* La razon es porque la aceptacion de la herencia, es un quasi contrato por el cual se obliga el heredero, no solo á pagar á los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fi-

* Arg. de dha. L. 17. tit. 16. P. 6.

deícomisarios, lo que se les haya dejado en el testamento : es así que á nada pue-
de obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor:^{*} luego ni aceptar la herencia.

El segundo aksioma dice: que el tu-
tor con su autoridad suple la falta de jui-
cio del pupilo. De aquí tambien se de-
ducen varias conclusiones. 1. El tutor
no puede interponer su autoridad en
causa propia:[†] es decir: no puede el tu-
tor interponer su autoridad en negocio
que interese á el y al pupilo. La razon
es, porque cuando el tutor suple la falta
de juicio del pupilo, uno y otro forman
como una sola persona, la cual no puede
contraer consigo misma. 2. El tutor
no puede comprar cosa alguna del pupi-
lo, porque así interpondria su autoridad
en causa propia, lo que no puede segun
hemos dicho.[‡] Se exceptúa el caso de
que comprase con licencia del juez y con-
sentimiento de los contutores, por evi-
tarse de este modo que el pupilo sea da-

* La misma L. 17.

† Arg. de las Ll. 4. tit. 5. P. 5. 18. tit. 16. P. 3. y
23. tit. 11. libro 5. Rec. de Cast.

‡ Ll. 4. tit. 5. P. 5. y 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de C.

ñado; pero si lo fuere, puede pedir restitucion dentro de cuatro años despues de haber llegado á la mayor edad. 3. Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á este otro tutor que lo defienda al cual llaman *curador ad litem*. La razon es, porque el pupilo por la contestacion del pleito quasi contrae: el que quasi contrae se obliga: el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor: el tutor no puede interponer su autoridad en causa propia: luego es necesario que se le de otro que autorize.*

TITULO XXII.

De los modos de fenecerse la tutela.

Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este aksioma: *cesando la causa cesa la tutela*. La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad no es capaz de dirigirse por sí mismo: luego si no hay necesidad

* Arg. de la L. 13. tit. 16. P. 6.

de estos oficios, ó el tutor no los puede cumplir, se acabará la tutela.

De este aksioma se infiere claramente que se disuelve la tutela por la muerte ya del tutor ya del pupilo.* La razon es, porque muerto el primero no es ya capaz de guardar al pupilo, y muerto este no necesita de guarda. De allí mismo se colige que la tutela no pasa á los herederos por ser un cargo público y personal que espira con la persona. Se exceptúa la tutela legítima que pasa á los herederos, por ser estos los parientes mas cercanos.

Otro modo de acabarse la tutela, es por la pérdida de cabeza. Porque como se equipara á la muerte segun hemos visto,† se le atribuyeron con razon los mismos efectos. Pero es necesario distinguir entre perdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por cualquiera de las tres que padezca el pupilo se acaba la tutela. No así el tutor: este por la pérdida máxima y media queda privado del ejerci-

* L. 21. tit. 16. P. 6.

† L. 2. tit. 18. P. 4.

cio de su empleo, pero no por la mínima.* La razon es esta: si el pupilo padeciese la mácsima, se haría siervo; si la media, extraniero; sí la mínima, hijo de familia por arrogacion: es así que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un extraniero por ser este un derecho propio de los ciudadanos, ni un hijo de familia por estar bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se dá tutor: luego en cualquiera de estos casos fenece la tutela. La razon porque el tutor que padece la mácsima y media pérdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el extraniero no pueden ser tutores por ser incapaces por derecho de todo cargo público. La mínima no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos públicos se reputa por padre de familia.†

El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad ó la edad de 14 años en los varones y de 12 en las mugeres.‡ Una de las razones porque se habia

* Dha. L. 21. tit. 16. P. 6.

† L. 4. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. López n. 6.

‡ L. 21. del mismo tit.

dado la tutela, y la principal es, para que el pupilo sea educado bajo el gobierno y direccion del tutor: cesa pues, esta, cuando ha llegado á la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavía todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo y administrar sus bienes, le ha proveido el derecho de otra guarda con el nombre de curatela. Esta aunque en rigor podia llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado así, porque en realidad se advierte diferencia entre los cargos del tutor y del curador: aquel como hemos notado ya; tiene por principal objeto la persona; y este los bienes del pupilo. Se dice pues con razon; que á los 14 años se ha concluido la tutela; no obstante que haya de comenzar la curatela.

El cuarto modo es la llegada del dia ó cumplimiento de la condicion con que fué dado el tutor.* Pero este solo puede tener lugar en la tutela testamentaria; porque solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto dia ó bajo de condi-

* Ley 21. tit. 16. P. 6.

cion. Por ejemplo, si el padre dijese en su testamento: Ticio sea tutor de mis hijos por cinco años; ó sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos pasado el quinquenio ó si el tutor procrea hijos, cesará la tutela porque ya llegó el dia señalado ó se verificó la condicion.

El quinto modo de fenercer la tutela es la escusa; y el sexto, la remocion del tutor sospechoso.* Pero como estos modos son comunes á los tutores y curadores, porque unos y otros pueden excusarse ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los ultimos títulos de este libro.

Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion y entregar al menor ó á su curador todos los bienes existentes.† Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general que todo aquel que administra cosas ajenas está obligado á darlas. Pero ¿que arbitrio se tomará cuando el tutor se resista á

* Dicha L. 21.

† Dicha L. 21. al fin.

verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada *de tutela*, que no se debe confundir con la de sospechoso y de revision de cuentas, porque se diferencian en el tiempo en que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso tiene lugar durante la tutela siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad. La de tutela se entabla fenecida esta y antes de rendirse las cuentas, y la de revision de cuentas despues de dadas estas pero mal y con fraude. El fin de la primera, es que el tutor sea removido; el de la segunda, que dé cuentas, y el de la tercera, que se glosen y revisen estas mismas, y que hallándose que el tutor sustrajo algo de los bienes, lo restituya con pena á arbitrio del juez.*

En la accion de tutela se debe observar que es ó directa ó contraria. La directa se dá al pupilo despues de la pubertad contra el tutor, sus fiadores y sus herederos para que dé cuentas con pa-

* Dicha L. 21. al fin y L. 3 tit. 3. lib. 4. del Fue-ro Juzgo.

go: * la contraria se dá al tutor fenecida la tutela contra el pupilo para que lo indemnice si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo, ó si ha sufrido algun daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

No solo debe ser indemnizado de las espensas que haya hecho de su cuenta en la administracion de la tutela, sino que á mas de esto puede abonarse y tomar para sí por razon del trabajo y responsabilidad en que se constituyó, la décima parte de los frutos q e los bienes de su menor hayan producido mientras duró la tutela. † Este beneficio se estiende tambien á los curadores; pero en el supuesto de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones.

* L. 21. al fin.

† Ll. 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.