

del pupilo y librar los recibos. Según una constitución de Justiniano para ello debe ser autorizado por el magistrado competente, excepto para el cobro de las rentas ordinarias de tres años ó más, cuyo importe no esceda de cien sueldos ⁷. — 2.º El tutor debe emplear los fondos del pupilo con preferencia en la adquisición de bienes inmuebles, y subsidiariamente colocándolos á interés. A este efecto se le concede un término de seis meses á contar desde que empieza á ejercer sus funciones, y más tarde de dos meses á partir del día en que ha recibido los pagos ⁸. Pasado este término, debe los intereses legales ⁹; si emplea el dinero en provecho propio, debe también el interés penal del doce por ciento ¹⁰. — 3.º Antiguamente, el tutor podía enagenar los bienes del pupilo como bien le pareciese ¹¹, contal que no fuese á título gratuito ¹². Esta facultad fué restringida por un senadoconsulto dado según la proposición de los emperadores Severo y Caracalla, *oratio Severi et Antonini* ¹³, que prohíbe al tutor la enagenación voluntaria ¹⁴ de los fundos cultivados y, en general, de todos los inmuebles que dan renta ¹⁵,

⁷ CIC., *topica*, 11.—GAYO, II, 84.—§ 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8, y TEOFILO, *ad h. l.*—Fr. 46, § 5, D., *h. t.*—Fr. 14, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.—L. 25, 27, C., *de adm. tut.* 5, 37.

⁸ Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. Fr. 7, § 3. 7. 11. Fr. 13, § 2. Fr. 15, D., *h. t.*—L. 24, C., *eodem* 5, 37.—L. 3, C., *de usuribus pupillaribus* 5, 56.—Por la *Novela* 72, c. 6, Justiniano dispensa al tutor de la obligación de colocar el dinero á interés, siendo de su cuenta y riesgo los peligros de las cantidades que coloque.

⁹ Fr. 7, § 3. 11. Fr. 15, D., *h. t.*—L. 3, C., *de usuris pupillaribus* 5, 56.

¹⁰ V., t. II, § 182, nota 15, y § 184, nota 4, así que Fr. 7, § 4. 8. 10. 11. 12. Fr. 54, D., *de adm. tut.* 26, 7.—L. 1, C., *de usuris pupill.* 5, 56. Cf. Fr. 38, D., *de neg. gestis* 3, 5.—No sucede lo mismo con el tutor que en su nombre propio pone á interés dinero del pupilo. Solo debe dar cuenta del interés ordinario pero suporta regularmente los riesgos y peligros del capital. Fr. 35, D., *de rebus creditis* 12, 1 y Fr. 7, § 6. Fr. 46, § 2, D., *de adm. tut.* 26, 7, combinados con Fr. 37, § 1, D., *de neg. gestis* 3, 5.

¹¹ V., más arriba, nota 6.

¹² Porque el tutor no tiene el derecho de hacer liberalidades, salvo los regalos usuales que el decoro exige. Fr. 22. Fr. 46, § 7, D., *h. t.*—L. 16, C., *eodem*. Cf. Fr. 12, § 3, D., *eodem* (§ 346, nota 4) y Fr. 4, D., *ubi pupillus educari debeat* 27, 2.

¹³ Fr. 1, § 2, D., *de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis* 27, 9. «Et sunt verba eius (orationis) huiusmodi: *Præterea, Patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret parentes testamento vel codicillis caverint...*»

¹⁴ La prohibición no se aplica á las enajenaciones *necesarias*, como las que tienen lugar en virtud de una acción divisoria ejercida por un asociado ó un copropietario: la venta de cosas embargadas, empeñadas ó hipotecadas, perseguida por el acreedor; la entrega de una cosa que el pupilo está obligado, en virtud de un fideicomiso, á entregar á otra persona. Fr. 1, § 2. Fr. 3, § 1. Fr. 5, § 4. 6. 7. 16. Fr. 6. 7, pr. Fr. 8, § 2, D., *de rebus eorum* 27, 9.—L. 17, C., *de prædiis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis* 5, 71.—L. 2, C., *si adversus venditionem pignoris* 2, 29.

¹⁵ Tal es el sentido de los términos *prædia rustica et suburbana*, empleados en la *oratio Severi*, más arriba, nota 13. L. 16, C., *de prædiis et aliis rebus*

sin la autorización del magistrado competente ¹⁶, la cual no debe ser concedida sino mediante una información previa ¹⁷ y por causa de necesidad urgente ¹⁸. En un solo caso no se requiere la autorización del magistrado, á saber: cuando los padres en su testamento han ordenado ó permitido la enagenación ¹⁹. Estas disposiciones, originariamente restringidas á las ventas, fueron estendidas por la jurisprudencia á todas las enagenaciones de estos inmuebles, inclusa la constitución de un *ius in re* y especialmente de un derecho de prenda ó de hipoteca ²⁰. Por fin, Constantino las hizo generales para todos los bienes del pupilo, susceptibles de ser conservados, á escepción de los vestidos y de los animales inútiles á los cuales añade Justiniano los productos de la tierra ²². La enagenación hecha contrariando estas prohibiciones ²³ es nula de pleno derecho, y no puede servir ni siquiera de título para la usucapción ²⁴. El pupilo tiene el derecho de reivindicar las cosas enagenadas, á menos que haya ratificado las enagenaciones despues de haber llegado á la mayor edad ó que haya dejado pasar cinco años despues de esta época sin atacarlas ²⁵.—Por fin, hay que hacer notar que el pupilo puede obtener, si hay lugar á ello, la restitución por entero contra las enagenaciones autorizadas y regularmente hechas ²⁶.

Para garantizar la administración de la tutela, la ley impone al

minorum sine decreto non alienandis 5, 71, y *Basilica*, XXXVIII, 9. Cf. Fr. 3, § 6. Fr. 4. 5. 13, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9 y Fr. 198 in f. D., *de verb. signif.* 50, 16. V., tambien t. I, § 27, ovs. 2; § 132, nota 15; § 158, A, n.º 1.

¹⁶ O del principe. Fr. 1, § 12, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9.—L. 2, C., *sunt quando decreto opus non est* 5, 72.

¹⁷ Fr. 3, § 1. Fr. 11, D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9.—L. 6, C., *de prædiis et aliis rebus minorum* 5, 71.

¹⁸ Fr. 5, § 14. Fr. 13, D., *de rebus eorum* 27, 9.—Cf. L. 28, § 3, C., *de adm. tut.* 5, 37, y más arriba, nota 14.

¹⁹ Fr. 1, § 2, D., *de rebus eorum* 27, 9.—Cf. Fr. 5, § 4. Fr. 14, D., *eodem*, y L. 1. 3, C., *quando decreto opus non est* 5, 72.

²⁰ Fr. 1, § 4. Fr. 3, § 4, sgg. Fr. 5, pr. § 1. 8. 10, D., *de rebus eorum* 27, 9.—L. 4. 8. 13. 15, C., *de prædiis et aliis rebus min.* 5, 71.—V., no obstante, Fr. 7, § 5. 6, D., *eodem*.

²¹ L. 22, C., *de admin. tut.* 5, 37 (L. 4, C., *quando decreto opus non est* 5, 72).

²² L. 28, § 5, C., *de admin. tutorum* 5, 37.

²³ Lo mismo sucede cuando la autorización del magistrado ha sido fraudulentamente sorprendida. Fr. 5, § 14. 15. Fr. 7, § 3, D., *de rebus eorum* 27, 9.

²⁴ Fr. 1, § 2. Fr. 7, § 3. Fr. 8, § 1. Fr. 13, D., *de rebus eorum* 27, 9.—L. 15. 16, C., *de prædiis et aliis rebus* 5, 71.—L. 2. 3, C., *si quis, ignorans rem minoris esse, sine decreto comparaverit* 5, 73.

²⁵ Tit. C., *si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit* 5, 74. Cf. Fr. 10, D., *de rebus eorum*. 27, 9.—El término de cinco años ha sido elevado hasta diez años *inter præsentis*, y á veinte años *inter absentes*, cuando se trata de una enagenación que no podía ser validada por un decreto del magistrado. L. 3, C., *si maior factus* 5, 74.

tutor, como hemos visto, el juramento de gestionar bien y la obligación de tomar inventario de los bienes del pupilo ²⁷.—Además el tutor legitimo debe prestar caución, por medio de fiadores solventes, para la conservación de los bienes del pupilo, *satisfatio rem pupilli salvam fore*. Puede ser obligado por el embargo de sus bienes, *pignoris capio*, y ser destituido como sospechoso, si persiste en su resistencia. Los tutores testamentarios y dativos no están sometidos á esta obligación, puesto que la elección del padre y la información del magistrado parecen constituir garantías suficientes ²⁸.—Por fin, despues de Severo ²⁹, ó á lo menos despues de Constantino, el pupilo tiene, para seguridad de las obligaciones que pueden nacer de la administración de la tutela, una hipoteca legal sobre todos los bienes de sus tutores ³⁰.

§ 348. *Del caso en que muchas personas están encargadas de una misma tutela.*

Cuando se defiere una tutela á muchas personas, cada una de ellas puede obrar sola, y su autoridad basta, en la legislación de Justiniano, para validar las operaciones en las cuales interviene ¹, á escepción de los actos que tienen por efecto poner fin á la tutela, que exigen la intervención de todos los tutores ².—No obs-

²⁶ Fr. 47, pr. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4.—L. 2. 11, C., *de prædiis et aliis rebus minorum* 5, 71. V., tambien § 346, nota 34, y § 356, nota 38.

²⁷ V., más arriba, notas 1-3.

²⁸ GAYO, I, 199 y sigs.—§ 5, I., *de Atiliano tutore* 1, 20.—Pr. § 3, I., *de satisfatione tutorum vel curatorum* 1, 24.—Fr. 17, pr. D., *de test. tut.* 26, 2.—Fr. 2, pr. Fr. 3. Fr. 5. 11, § 1, D., *de confirmando tutore* 26, 3.—Fr. 5, pr. § 1, D., *de legit. tutor.* 26, 4.—Fr. 13, § 1. 2, D., *de tutoribus datis* 26, 5.—Fr. pr. D., *de adm. tut.* 26, 27.—Tit. D., *de fideiussoribus tutorum* 27, 7.—Tit. D., *rem pupilli vel adolescentis salvam fore* 46, 6.—L. 30, C., *de episcopali audientia* 1, 4.—Tit. C., *de tutore vel curatore qui satis non dedit* 5, 42.—L. 3, C., *de suspectis tutoribus* 5, 43.—Tit. C., *de fideiussoribus tutorum* 5, 57.

²⁹ Arg. L. un. C., *rem alienam gerentibus non interdicti rerum suarum alienatione* 4, 53.

³⁰ *Vaticana fragm.*, 249.—L. un. § 1, C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13.—L. 5, C., *de legitima tutela* 5, 30.—(L. 1. 2. 3, Th. C., *de adm. tut.* 3, 19) L. 20. 21. 23, I. C., *eodem* 5, 37.—Nov. 118, c. 5.—Cf. L. un. C., *rem alienam gerentibus non interdicti rerum suarum alienatione* 4, 53.—La hipoteca toma nacimiento en el momento en que la gestión de la tutela ha empezado ó hubiera debido empezar. Arg. L. 6, § 4, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61.

¹ L. 1, C., *si ex pluribus tutoribus* 5, 40.—L. 5, C., *de auctoritate præstanda* 5, 59.—En el antiguo derecho sucedía lo mismo con los tutores testamentarios; pero los tutores legitimos solo podían funcionar conjuntamente. Cic., *pro Flacco*, 34 (más adelante, § 354, nota 14).—ULPIANO, XI, 26.—Arg. Fr. 4. 7, § 1, D., *de auctoritate et consensu tutorum* 26, 8.

² L. 5, C., *de auct. præstanda* 5, 59. «...Sed hæc omnia ita accipienda sunt, si non res quæ agitur, solutionem faciat ipsius tutelæ: ut puta, si pupillus in arrogationem se dare desiderat. Etenim absurdum est solvi tutelam non con-

tante, la administración puede también dividirse entre los tutores ó ser conferida á uno solo de ellos, sea por disposición del testador, por la del magistrado ó por acuerdo de los tutores mismos ³. Ordinariamente y esto es el partido que debe tomarse con preferencia, como más favorable al pupilo ⁴, la administración se confía á uno solo de ellos que desde entonces tiene exclusivamente la gestión de los negocios, como un mandatario general ⁵. Los demás, llamados *honorarii* ú *honoris causa dati*, no deben hacer acto alguno de administración: su actividad se limita á vigilar al gerente ⁶. No obstante, los actos que verifican no son nulos; solamente que, al obrar asumen el mayor grado de responsabilidad como que han obrado sin derecho ⁷.—Para el caso en que se hayan dado dos ó más tutores sea en testamento ó mediante investigación, el derecho pretorio contiene la disposición particular de que cada uno de ellos puede ofrecer caución para la seguridad del pupilo y obtener así para él solo la administración de la tutela, á menos que su cotutor ofrezca igualmente caución. Porque, en este caso, este último tendrá la preferencia. Si ninguno de ellos hace semejante oferta y no hay designación testamentaria, el gerente es elegido por la mayoría de sus colegas, y caso de no llegar á un acuerdo, lo nombra el magistrado ⁸.

Cuando la administración de la tutela ha sido dividida ó confiada á uno solo por la autoridad ó por testamento, cada tutor solo es responsable de la administración de que se ha encargado, salvo la

sentiente, sed forsitan ignorante eo, qui tutor fuerit ordinatus. Tunc etenim... necesse est omnes suam auctoritatem præstare: ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.»

³ Fr. 3, D., *de adm. tut.* 26, 7.—Fr. 14, § 1, D., *de solut.* 46, 3.—Tit. C., *de dividenda tutela* 5, 52.—V., también más adelante, nota 9.

⁴ Fr. 3, § 6. 7, D., *de adm. tut.* 26, 7. «...Sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit, ne inter multos tutela spargatur...»—Cf. Fr. 3, § 8, D., *eodem*. «Plane si non consentiant tutores Prætori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo, nec patiuntur succedanei esse alieni periculi, dicendum est Prætorem permittere eis omnibus gerere.»

⁵ Fr. 27, D., *de adm. tut.* 26, 7. «Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet.»—Fr. 7, § 3, D., *pro emptore* 41, 4.—Fr. 56, § 4, D., *de furtis* 47, 2.—Fr. 159, D., *de regulis iuris* 50, 17.

⁶ Fr. 60, § 2, D., *de ritu nupt.* 23, 2.—Fr. 3, § 2, D., *de adm. tut.* 26, 7.—Fr. 4, D., *de auct. tut.* 26, 8.—Cf. Fr. 26, § 1, D., *de test. tut.* 26, 2, y más adelante, nota 9.—Los tutores honorarios pueden también interponer su autoridad, con tal que el acto al cual concurren no constituya un acto de administración. Así pueden concurrir á la adquisición de una herencia. Fr. 49, D., *de acquirenda hereditate* 29, 2.

⁷ Fr. 14, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3. «...Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, et si honorariis (nam et ad hos periculum pertinet) recte solvi: nisi interdicta eis fuerit a Prætoře administratio. Nam si interdicta est, non recte solvitur...»

⁸ § 1, I., *de satisfactione tutorum* 1, 24.—Fr. 17. 18. 19, § 1, D., *de test. tut.* 26, 2.—Fr. 5, § 2. 3, D., *de legit. tut.* 26, 4.—Fr. 3, § 1. 3. 7. 8, D., *de adm. tut.* 25, 7.—L. 4, C., *de tutore qui satis non dedit* 5, 42.

obligación que le incumbe de vigilar la gestión de los demás ⁹. Fuera de este caso, los cotutores son solidariamente responsables de la administración de toda la tutela ¹⁰, y no pueden sustraerse á esta correalidad por ninguna convención particular, especialmente los arreglos que pueden hacer entre ellos no pueden ser opuestos al pupilo ¹¹. No obstante, el cotutor perseguido por el todo, goza en su caso, de ciertos beneficios que expondremos más adelante, § 350, y no hay que decir que el tutor inocente que ha sido obligado á pagar por sus colegas culpables puede recurrir contra ellos ¹².

Es preciso no confundir con la división de la administración entre cotutores, el caso en que se han nombrado dos ó más tutores,— sea por testamento, sea por la autoridad—para dos ó más masas diferentes de bienes ¹³. En esta hipótesis, cada masa constituye una administración separada, y no hay entre los diversos tutores correalidad, ni aun obligación de vigilarse ¹⁴.

⁹ L. 2, C., *de dividenda tutela* 5, 52.—Todavía los tutores honorarios solo son responsables de la falta de vigilancia subsidiariamente despues de los fiadores y magistrados que han procedido á la nominación. V., § 351, nota 11, y Fr. 1, § 15, D., *de tutelæ actione* 27, 3. El Fr. 3, § 2, D., *de adm. tut.* 26, 7, determina la manera de vigilar que deben ejercer los cotutores.

¹⁰ Fr. 18, § 1. Fr. 39, 39, § 11. Fr. 42. Fr. 55, D., *de adm. tut.* 26, 7.—Fr. 1, § 13. Fr. 15, D., *de tutelæ actione* 27, 3.—L. 2 in f. L. 3, C., *de dividenda tutela* 5, 52.—L. 2, C., *de hereditibus tutorum vel curatorum* 5, 54.—L. 2, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5 58.—Hemos hecho observar en el tomo II, § 186, Obs., que los jurisconsultos modernos pretenden establecer una diferencia fundamental entre la correalidad y lo que llaman la obligación solidaria sin correalidad, sometiendo solamente los cotutores á esta última solidaridad. En apoyo de esta tésis, invocan los textos que acabamos de citar y especialmente los Fr. 18, § 1. D., *de adm. tut.* 26, 7. y Fr. 15, D., *de tutelæ actione* 27, 3. Nos remitimos, para esta cuestión, á la OBSERVACIÓN continuada en el § 186 citado, limitándonos aquí á hacer observar que el Fr. 18, § 1. D., citado no tiene ninguna importancia despues de la innovación de Justiniano consagrada por la L. 28, C., *de fideiussoribus* 8, 41, y que el argumento que se quiere sacar de la analogía que el Fr. 15, D., citado establece entre los cotutores y muchos comodatarios, depositarios ó mandatarios, no es concluyente, por la razón de que prueba demasiado. Porqué, si se quiere tomar esta analogía al pié de la letra, sería preciso decidir que las obligaciones de los cotutores son indivisibles, lo cual nadie ciertamente se atreverá á sostener. V., tomo II, § 221, nota 13; § 237, nota 9, y § 239, notas 16 y sigs.

¹¹ Fr. 55, D., *de adm. tut.* 26, 7.—L. 2, 3, C., *de dividenda tutela* 5, 52.—Cf. Fr. 3, § 8, D., *de adm. tut.* 26, 7, y Fr. 3, § 9, Fr. 4, D., *eodem*. «Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt, ut distribuatur inter eos administratio, 4. vel in partes, vel in regiones; et, si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione submovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat.»

¹² Fr. 30, D., *de negotiis gestis* 3, 5. «... adversus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam.»—Cf. Fr. 1, § 14, D., *de tutelæ actione* 27, 3, et ci-dessus, t. II, § 186, notas 33, 34.

¹³ *Vaticana fragm.* 229. «... Lucio Titio filio meo... tutores do L. Aurelium et I. Optatum; a quibus peto, ut tutelam liberorum meorum gerant, ita ut ea quæ in Asia reliquero Aurelius, ea autem quæ in Italia Optatus administret.»—Fr. 15, d., *de test. tut.* 26, 2.—Fr. 27, pr. D., *de tutoribus datis* 25, 5.

¹⁴ Arg. Fr. 21, § 2, D., *de excusat.* 27, 1. «Licet datus tutor ad universum

CÓMO ACABA LA TUTELA †.

§ 349.

La tutela termina de una manera absoluta. 1.º por la muerte del pupilo ¹; 2.º por toda *capitis deminutio* del pupilo. Esto es evidente por la disminución que priva de la libertad ó del derecho de ciudadanías. Pero la *capitis deminutio minima* produce para la tutela el mismo efecto, puesto que hace perder como en la arrogación, la cualidad de *homo sui iuris*, que es una condición esencial de toda tutela ². 3.º Desde el momento en que el pupilo ha entrado en la pubertad ³. No obstante, el tutor está obligado, aún despues de esta época, á terminar los negocios empezados, especialmente debe obligar al pupilo á tomar un curador, á fin de que puedan rendirse las cuentas de la tutela, y asistirle en los procesos pendientes, mientras se espera el nombramiento del curador ⁴. Pero no está obligado á encargarse por sí mismo de la curatela: la gestión que ha cumplido constituye una dispensa á su favor ⁵.

La tutela puede tambien acabar por una causa que afecte solamente á la persona del tutor actual, de manera que se hace necesario el establecimiento de una nueva tutela. 1.º La muerte, así como

patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit: et ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia præsides eius.»

† GAYO, I, 170-196.—ULPIANO, XI, 7-23.—Tit. I., *quibus modis tutela finitur* 1,22.—Tit. C., *quando tutores vel curatores esse desinant* 5, 60.

¹ Fr. 4, pr. D., *de tutelæ actione* 27, 3.

² GAYO, I, 170.—ULPIANO, XI, 7, 17.—§ 1. 3. 4, I., *h. t.*—Fr. 14, D., *de tutelæ* 26, 1.—Fr. 4, pr. D., *de tutelæ act.* 27,3.—L. 2, C., *de legit. tutela* 5, 30.—L. 5, *verbis* Sed hæc C., *de auctor. præstanda* 5, 59.

³ GAYO, I, 145. 196.—ULPIANO, XI, 23.—Pr. I., *h. t.*—Fr. 4, pr. D., *de tutelæ act.* 27, 3.—Cf. L. 2. C., *in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest* 5, 75.—L. 1. 3. C., *h. t.*, 5, 60.

⁴ Fr. 5, § 5, D., *de adm. tut.* 26, 7. «Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut sibi curatores, peteret (sacris enim constitutionibus hoc facere iubetur, qui tutelam administravit), an tutelæ iudicio teneatur? Et magis puto, sufficere tutelæ iudicium, quasi *connexum sit hoc tutelæ officio, quamvis post pubertatem admittatur.*»—Fr. 5, § 6. Fr. 33, § 1, D., *eodem.*—No provocar el nombramiento de un curador, es pues faltar á las obligaciones que impone la tutela. De donde la consecuencia de que los actos de administración que el tutor haga están regidos por las reglas de la tutela, *quasi connexum sit hoc tutelæ officio*; que el tutor está sujeto, por el capítulo á la *actio tutelæ* y que, por consiguiente, el *privilegium exigendi* y la hipoteca legal se aplican á las obligaciones que resultan á cargo del tutor. V. los textos citados antes y Fr. 13. D., *de tutelæ actione* 27, 3.—L. un. C., *ut causæ post pubertatem adsit tutor* 5, 49.—L. 11. C., *arbitrium tutelæ* 5, 51.

⁵ *Vaticana fragm.* 188. 200.—§ 18, I., *de excusationibus* 1, 25.—L. 20, C., *eodem.*

toda *capitis deminutio magna* del tutor, ponen fin á su tutela; pero sus herederos, mientras, se espera que empiece el ejercicio de sus funciones el nuevo tutor, deben hacer los actos de administración indispensables ⁶. La *capitis deminutio minima* por sí solo no hace cesar la tutela, pues el hijo de familia puede ser tutor. No obstante, en el antiguo derecho podía producir este efecto respecto del tutor legítimo, si le hacía perder su cualidad de agnado ⁷.—2.º La tutela que ha sido deferida á término ó bajo condición resolutoria cesa por llegar el día ó el cumplimiento de la condición ⁸.—3.º En el antiguo derecho, parece que el tutor era libre de resignar sus funciones ⁹. La legislación nueva no le dá la facultad más que por ciertas causas determinadas ¹⁰, tales como enfermedades y defectos físicos, sobrevenidos despues de la aceptación del cargo, ausencia por negocios públicos, cambio de domicilio, ingreso en el consejo del príncipe ¹¹.—4.º Pueden igualmente poner fin á la tutela, incapacidades ú otras causas sobrevenidas despues de haber empezado á ejercer las funciones ¹². Así la madre que convola á segundas nupcias deja de ser tutora ¹³. La demencia que sobreviene al tutor durante la gestión no le hace cesar en la tutela, pero da lugar al nombramiento de un tutor interino ¹⁴.—5.º Por fin, el tutor puede ser destituido como *suspectus* †, es decir, cuando su conducta ó su capacidad hacen temer que su gestión resulte perjudicial al pupilo, y con más razón cuando se ha hecho culpable de dolo ó de negligencia grave en el cumplimiento de sus funciones ¹⁵. Para provo-

⁶ ULPIANO, XI, 9-12.—§ 3, I., *h. t.*—Fr. 4, pr. D., *de tutelæ act.* 27, 3.—Fr. 14, 15, D., *de tutelis* 26, 1.

⁷ V., á cont., § 343, nota 16.—Fr. 7, pr. D., *de capite minutis* 4, 5.—Fr. 5, D., *de legit. tutor.* 26, 4.—Fr. 11, D., *de tutelæ actione* 27, 3.

⁸ V., á cont., § 343, nota 21.—§ 1. 2, I., *de Atiliano tutore* 1, 20.—§ 2. 5, I., *h. t.*

⁹ CIC., *ad Atticum.* VI, 11.—ULPIANO, XI, 17.—V., á cont., § 345, nota 1.

¹⁰ GAYO, I, 182.—§ 6, I., *h. t.*

¹¹ A) § 345, nos 2. 3. 4. 5, y Fr. 10, § 8. Fr. 11. 12, pr. Fr. 40, pr. D., *de excusat.* 27, 1.—B) § 2, I., *eodem* 1, 25.—Fr. 10, § 2, D., *eodem*.—Fr. 7, pr. D., *de tutelæ actione* 27, 3.—C) Fr. 12, § 1, D., *de excusat.* 27, 1.—D) Fr. 30, pr. D., *eodem*.—Fr. 11, § 2, D., *de minoribus* 4, 4.

¹² V., § 334, notas 12 y sigs.

¹³ Nov. 22, c. 40.—Nov. 94, c. 2.—V., § 322, nota 9.

¹⁴ Fr. 10, § 8. Fr. 12, D., *de excusat.* 27, 1.—Cf. Fr. 11, D., *de tutelis* 26, 1.

† GAYO, I, 182.—ULPIANO, XI, 23.—Tit. I., *de suspectis tutoribus vel curatoribus* 1, 26.—Tit. D., *eodem* 26, 10.—Tit. C., *eodem* 5, 43.

¹⁵ Abstracción hecha de los hechos ordinarios de dolo y culpa lata, de los cuales puede hacerse responsable todo administrador, las leyes romanas citan particularmente como motivos de la *acussatio suspecti* la negación de empezar la gestión, la negación de prestar alimentos necesarios, las enagenaciones prohibidas. Fr. 6, D., *ubi pupillus educari debeat* 27, 2.—Fr. 7. Fr. 3, § 8 sigs. D., *h. t.*—L. 3, 5, C., *eodem*. Cf. Fr. 5, D., *eodem*. «*Suspectus fieri is quoque qui satis dederit, vel nunc offerat, potest: expedit enim pupillo rem suam sal-*

car esta destitución, la ley de las Doce Tablas ¹⁶ había creado una acción que podía ser intentada por cualquiera que se interesase por el pupilo, aún cuando fuesen mujeres, y que por esta razón era calificada de *quasi publica* ¹⁷. Los cotutores estaban también obligados á obrar contra el tutor sospechoso ¹⁸. El pupilo no tenía cualidad para intentarla por sí mismo, pero la autoridad competente podía proceder de oficio ¹⁹. Desde el momento en que se ha intentado la acción de destitución, el tutor debe ser suspendido y reemplazado por un tutor provisional, sin perjuicio de que sea reintegrado si es reconocido como inocente ²⁰. Si la querrela es fundada, el tutor condenado es destituido y declarado infame. El tutor, que era al mismo tiempo patrón del pupilo, no incurría nunca en la infamia, y en el derecho nuevo, esta pena no debe, en general imponerse contra el que solamente se ha hecho culpable de negligencia ²¹. Desde el momento en que se introdujo este temperamento, la jurisprudencia admitió la acción también contra el tutor que no había todavía empezado á gestionar ²². — El tutor destituido es reemplazado por un nuevo tutor que debe ser nombrado por la autoridad ²³; no obstante, cuando el acusado es patrón ó próximo pariente del pupilo, el magistrado puede hacer gracia de la destitución y limitarse á juntar un curador al tutor incapaz ²⁴. — Si la

vam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere...»—Fr. 6. 8, D., *eodem*.—L. 6, C., *eodem*.—V., también nota 22.

¹⁶ Fr. I., *h. t.*, y TEOPHILO, *ad h. l.*—Fr. 1, § 2, D., *eodem*.

¹⁷ § 3, I., *h. t.* «Et sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere. Quinimmo et mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi et Antonini, sed hæc solæ quæ, pietatis necessitudine ductæ, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutrix quoque et avia possunt; potest et soror. Sed et si qua mulier fuerit, cuius Prætor propensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productæ non continere iniuriam pupillarem, admittet eam ad accusationem.»—Fr. 1, § 6. 7. Fr. 3, pr. § 1. 4. Fr. 12, D., *h. t.*—L. 6. 8, C., *eodem*.—Fr. 3, § 2. Fr. 7, § 14. Fr. 14. 21, D., *de administ. tutorum* 26, 7.—L. 1, C., *si tutor vel curator non gesserit* 5, 55.

¹⁸ Fr. 3. 5, D., *h. t.*—L. 8, C., *eodem*.—Fr. 3, § 2, D., *de adm. tut.* 26, 7.—Fr. 1, § 15, D., *de tut. act.* 27, 3.—L. 1, C., *de periculo tutor.* 5, 38.—L. 2, C., *de dividenda tut.* 5, 52.

¹⁹ Los menores pueden accionar contra su curador, con tal que sus próximos parientes lo aprueben. Fr. 7, pr. D., *h. t.*; L. 6, C., *eodem*.—Fr. 3, § 4, D., *eodem*.—V., § 356, nota 33.

²⁰ GAYO, I, 182.—ULPIANO, XI, 23.—§ 7, I., *h. t.*—Fr. 14, § 1, D., *de solutionibus* 46, 3.—L. 7, C., *h. t.*

²¹ § 1. 2. 6, I., *h. t.*—Fr. 1, § 3. 4. 5. Fr. 3, § 5. 12 sigs. Fr. 4. 6. 7. 8. 9, D., *eodem*.—L. 9, C., *eodem*.

²² § 5. 6, I., *h. t.*—Desde entónces una incapacidad presumta podía también dar lugar á la acción. Fr. 3, § 12. 18. Fr. 4. 8, D., *eodem*.

²³ GAYO, I. 182. «Præterea senatus censuit, ut, si tutor pupilli pupillæve suspectus a tutela remotus sit sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo dato prior tutor amittit tutelam.»—ULPIANO, XI, 23.—Fr. 11, § 1. 2, D., *h. t.*

²⁴ Fr. 9, D., *eodem*. Cf. L. 6, C., *eodem*. «...Quod si nihil in fraudem egerunt

tutela termina antes del pronunciamiento de la sentencia, la acción se extingue de pleno derecho, puesto que las acciones ordinarias de la tutela bastan desde entonces para garantizar el interés del pupilo ²⁵.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LA TUTELA.

§ 350. *Acciones dadas al pupilo contra el tutor* †.

I. *Actio tutelæ*. La administración de la tutela hace nacer entre el tutor y el pupilo relaciones análogas á las que existen entre el mandatario y el mandante, *quasi ex contractu* ¹. Para perseguir las obligaciones que pueden resultar, la ley concede, despues de la cesación de la tutela ², la *actio tutelæ* (*directa*) al pupilo y á sus herederos contra el tutor y los suyos ³.

El objeto de esta acción, en la cual el juez tiene gran latitud de apreciación ⁴, es obtener la ejecución de las obligaciones á las cuales la administración de la tutela ha dado nacimiento á cargo del tutor ⁵. Tiende, pues: 1.º á que el tutor rinda cuenta exacta de su gestión ⁶; 2.º á que restituya todo lo que ha recibido para el pupilo en virtud de su gestión, con los frutos é intereses que ha percibido ó dejado de percibir ⁷. — En el cumplimiento de estas obliga-

verum ita egei sunt, ut in eorum administratione... substantia periclitetur, an eis adiungendus sit curator, qui idoneus facultatibus sit, rector provinciæ æstimabit...»

²⁵ § 8, I., *h. t.*, 1, 26.—Fr. 3, § 5-11. Fr. 11, D., *eodem* 26, 10.—L. 1 in f. C., *eodem* 5, 43.

† Titt. D., *de tutelæ et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione* 27, 3.—Tit. C., *arbitrium tutelæ* 5, 51.

¹ V., t. II, § 273, nota 2.

² GAYO, I, 191.—PAULO, II, 30.—§ 7, I., *de Atiliano tutore* 1, 20.—Fr. 1, § 16, 19-24. Fr. 2, 4, pr. D., *de tutelæ act.* 27, 3.—Fr. 2, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4.—Mientras la tutela duraba, la acción era, en efecto, tanto menos necesaria cuanto que el tutor debía, en caso de malversación, ser destituido como *sospechoso*. V., § 349, n.º 5.

³ Puede tambien, si hay lugar á ello, ser intentada contra el *paterfamilias* del tutor. Fr. 7, D., *de tutelis* 26, 1. «Si filiusfamilias tutor a Prætoribus datus sit: si quidem pater tutelam adgnovit, in solidum debet teneri; si non adgnovit, dumtaxat de peculio. Adgnovisse autem videtur, sive gessit, sive gerenti filio consensit. sive omnino attigit tutelam...»—Fr. 21, D., *de adm. tut.* 26, 7.

⁴ Cic., *de officiis*, III, 15, 17; *pro Roscio comædo*, 6.—GAYO, IV, 62.—§ 23, I., *de actionibus* 4, 6.—De aquí el nombre: *arbitrium tutelæ*.

⁵ La administración dá lugar á la obligación de rendir cuentas y á las demás obligaciones que se siguen; el solo ejercicio de la *auctoritas* no engendra responsabilidad pecuniaria, ni por consiguiente, acción. Por esto no hay lugar á la *actio tutelæ* contra los tutores de las mujeres. V., § 354, y GAYO, I, 191. Cf. Fr. 4, § 3, D., *rem pupilli vel adolescentis salvam fore* 46, 6.

⁶ Fr. 1, § 3, D., *h. t.*—L. 9, C., *eodem* 5, 51.

⁷ V., § 347, notas 5, 9, 10.

ciones, el tutor, como hemos dicho más arriba, presta toda culpa; pero se libra de las consecuencias de una culpa leve, si prueba que, en la especie en que se ha cometido la negligencia, ha empleado los cuidados que suele tener en la gestión de sus propios negocios ⁸. No puede invocar esta excusa cuando se ha ofrecido espontáneamente á gestionar ⁹. Los herederos solo prestan la culpa lata, tanto respecto de los actos de su autor, como respecto de los que han hecho por sí mismos, continuando por necesidad la gestión del tutor fallecido ¹⁰. La condenación por dolo implica la infamia ¹¹.

No hay excepciones particulares á la *actio tutelæ*, á no ser en el caso en que la tutela pertenezca á varias personas. Los cotutores son, en general, como hemos visto más arriba, § 345, solidariamente responsables de la administración de la tutela. Para mitigar este rigor, introducido en interés del pupilo, la ley concede al cotutor perseguido por el todo, excepciones análogas á las dadas á los cofiadores ¹². 1.º El *beneficium ordinis* ^{*}. Si uno de los tutores ha obrado solo, los demás pueden pedir que la acción se dirija contra aquél, á menos que le hayan espresamente confiado la administración y hayan recibido caución por tal motivo ¹³. 2.º El *beneficium divisionis* ^{*}, en virtud del cual cada uno de los tutores puede exigir que las obligaciones resultantes de la gestión común sean repartidas entre todos los que sean solventes en el momento en que la tutela cesa ¹⁴. 3.º Por fin, el cotutor que, sin haberse hecho culpable de dolo, está obligado á pagar el todo ó una cantidad más elevada que su parte, puede exigir que el pupilo le subrogue en sus derechos, cediéndole sus acciones contra los demás tutores *beneficium cedendarum actionum* ^{*} ¹⁵; sin esperar que se verifique la transferencia,

⁸ V., § 347, notas 4 y 5.

⁹ Fr. 53, § 3, D., *de furtis* 47, 2.

¹⁰ A) Fr. 1, § 16, D., *h. t.*, 27, 3.—Fr. 1, Fr. 4, pr. § 2, Fr. 8, § 1, D., *de fideiuss. et nominatoribus* 27, 7.—Fr. 4, D., *de magistrat. conveniendis* 27, 5.—Tit. C., *de heredibus tutorum* 5, 54.—B) Fr. 39, § 6, D., *de adm. tut.* 26, 7.—Fr. 4, § 1, D., *de fideiussoribus et nominatoribus* 27, 7.

¹¹ Cic., *pro Roscio comædo*, 6.

¹² V., § 263, notas 17 y siguientes.

¹³ Fr. 55, § 2, D., *de adm. tut.* 26, 7.—L. 6, C., *h. t.* 5, 51.—L. 3, C., *de dividenda tutela* 5, 52.—L. 2, C., *de heredibus tutorum* 5, 54.—Cf. Fr. 39, § 11, Fr. 55, § 3, D., *de adm. tut.* 26, 7, y L. 2, C., *si tutor vel curator non gesserit* 5, 54.

¹⁴ Fr. 1, § 11, 12, D., *h. t.* 27, 3.—L. 1, C., *de dividenda tutela* 5, 52.

¹⁵ V., t. II, § 186, nota 35; § 188, notas 1, B. 17, y Fr. 1, § 13, 18 (Cf. § 14), Fr. 21, D., *h. t.*—Fr. 24, D., *de administ. tutorum* 26, 7.—Fr. 76, 95, § 10, D., *de solutionibus* 46, 3.—L. 6 in f. C., *arbitrium tutelæ* 5, 51.—L. 2, C., *de fideiussoribus* 8, 41.—La acción cedida pasa naturalmente al tutor con los privilegios y excepciones á ella relativas, incluso la hipoteca legal; pero no sucede lo mismo con el *privilegium exigendi*, de que se tratará en el párrafo siguiente, nota 1. Fr. 42, D., *de adm. tut.* 26, 7. Cf. t. II, § 189, nota 24.

puede también obrar directamente por medio de una acción útil, *quasi ex iure cesso* ¹⁶.

II. Además de la acción ordinaria de tutela, el derecho romano admitía, para el caso en que el tutor hubiese cometido fraudulentamente sustracciones en el patrimonio que le había sido confiado, una acción penal ó más bien, mixta, *actio de rationibus distrahendis*. Esta acción, que parece remontarse al tiempo de la ley de las Doce Tablas ¹⁷, producía el efecto de hacer condenar al tutor á la infamia y á la restitución del doble de los valores sustraídos ¹⁸. Se daba al pupilo y á sus herederos, pero nó contra los herederos del culpable. Como tiene en parte el mismo objeto que la acción de tutela, la elección que el pupilo hace de una de estas acciones tiene naturalmente por efecto extinguir la otra ¹⁹.

§ 351. Acciones subsidiarias del pupilo.

Cuando el pupilo, en la ejecución de sus derechos contra el tutor, se encuentra en concurso con otros acreedores de este último, goza de un derecho de preferencia, *privilegium exigendi*, que se refiere á su persona y no pasa á sus herederos ni á los cesionarios ¹. Después, algunas constituciones imperiales ² atribuyeron además al pupilo una hipoteca legal y general sobre los bienes del tutor, que puede hacer valer contra todos por medio de la acción hipotecaria ³. Por fin, ya Séptimo Severo había dado á los pupilos una hipoteca especial sobre las cosas compradas con su dinero ⁴; y se llegó hasta concederles la facultad de reivindicar estas cosas como si hubiesen sido adquiridas por ellos ⁵.

¹⁶ Fr. 1, § 13, D., *h. t.*—L. 2, C., *de contrario iudicio tutelæ* 5, 58.—Cf. t. II, § 188, nota 17.

¹⁷ CIC., *de officiis*, III, 15.—Fr. 55, § 1, D., *de administr. tutorum* 26, 7.

¹⁸ PAULO, II, 30.—Fr. 1, § 19-24. Fr. 2, D., *de tutelæ actione* 27, 3.

¹⁹ V., t. I, § 57, y Fr. 1, § 20 sgg. Fr. 2, D., *de tutelæ et rationibus distrahendis actione* 27, 3.—Tit. C., *de in litem iurando* 5, 53.

¹ Fr. 42. 44, § 1, D., *de administr. tutorum* 26, 7.—Fr. 25, D., *de tutelæ actione* 27, 3.—Fr. 19, § 1. Fr. 20. 21. 22. 23, D., *de rebus ex auctoritate iudicis possidendis* 42, 5. V., t. II, § 300, notas 14. 19, y § 189, nota 18.—Cf. Fr. 1, § 14, *de magistratibus conveniendis* 27, 3. «Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet, sed cum ceteris creditoribus partem habiturus est.» V., nota 9.

² CONSTANTINO, L. 20, C., *de adm. tut.* 5, 37.—Se ha querido hacer remontar la creación de esta hipoteca legal más allá y aun hasta Severo y Caracalla á causa de las L. 17, C., *de adm. tut.* 5, 37, y L. un. C., *rem alienam gentibus* 4, 53.

³ V., § 347 *in fine*, y t. I, § 158, nota 14.

⁴ Fr. 7, pr. D., *qui potiores*. 20, 4.—Fr. 3, pr. D., *de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9.—L. 6, C., *de servo pignori dato manumisso* 7, 8.

⁵ Fr. 2, D., *quando ex facto tutoris* 26, 9.—L. 3, C., *arbitr. tutelæ* 5, 51.—L. 8, C., *de rei vindic.* 3, 32. V., t. I, § 118, nota 18.

El pupilo tiene, además, acciones subsidiarias contra diferentes personas, en el orden siguiente: 1.º Contra los fiadores que han caucionado la gestión del tutor ⁶. Esta acción tiene de particular que los cofiadores no pueden valerse del beneficio de división ⁷. 2.º si el recurso contra las cauciones no basta, el pupilo puede perseguir á los *nominatores* y *affirmatores*, es decir, las personas que han propuesto el tutor á la autoridad, y las que interrogadas por el magistrado, han afirmado la aptitud ó la solvencia del tutor propuesto ⁸. 3.º en un orden más subsidiario están obligados los magistrados que se han hecho culpables de negligencia con ocasión de la tutela ⁹. Esta responsabilidad se extiende á los herederos, pero solamente por culpas graves cometidas por su autor ¹⁰. 4.º Por fin, puede recurrirse, según los casos, contra los tutores honorarios, que no han vigilado al tutor gerente ó han dejado de perseguirle como sospechoso ¹¹.

§ 352. *Acción que se dá contra el pupilo †.*

Como el mandato y la gestión de negocios, la administración de la tutela puede tambien dar lugar á una acción contraria, *actio tutelæ contraria* ¹. Esta acción cuya creación Ulpiano atribuye al edicto del Pretor ², se dá al tutor y á sus herederos contra el pupilo y los suyos. Tiene por objeto obtener la ejecución de las obligaciones que la administración de la tutela ha podido hacer nacer

⁶ Fr. 16, § 4, D., *de adm. tut.* 26, 7. — Tit. D., *de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum* 27, 7, y especialmente Fr. 4, § 3. Fr. 5. 6. 7, D., *h. t.* — Tit. C., *de fideiussor. tut. et curat.* 5, 57.

⁷ Fr. 12, D., *rem pupilli salvam fore* 46, 6. « ... Pupillo vero agente... beneficium dividendæ actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diversos iudices constituerentur »

⁸ Fr. 24, § 3, D., *de fideiuss. et nominat.* 27, 7. — Fr. 1, § 2. 5, D., *de magistratibus conveniendis* 27, 8. — L. 5, C., *de auctoritate præstanda* 5, 59. — L. 1. 4. 5, C., *de magistratibus conveniendis* 5, 75.

⁹ § 2. 4, I., *de satisfactione tutorum vel curatorum* 1, 24, y TEOFILO *ad h. l.* — Fr. 5, D., *de confirmando tutore* 26, 3. — Tit. D., *de magistratibus conveniendis* 27, 8, y especialmente Fr. 1, pr. § 2. 3. 5. 12. Fr. 7, D., *h. t.* — Tit. C., *eodem* 5, 75. — Cf. Fr. 1, § 14, D., *eodem*. « Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet, sed cum ceteris creditoribus partem habiturus est. »

¹⁰ § 2, I., *de satisfactione tutor.* 1, 24. — Fr. 4. 6, D., *de magistr. conven.* 27, 8. — L. 2, C., *eodem*. 5, 75.

¹¹ V., § 348, notas 6, 9, y § 349, nota 18.

† Tit. D., *de contraria tutelæ et utili actione* 27, 4.

¹ Así las reglas generales sobre la acción contraria del mandato y de la gestión de negocios, que hemos expuesto §§ 221 y 274, pueden ser aplicadas por analogía á la acción contraria de tutela.

² Fr. 1, pr. D., *h. t.* « Contrariam tutelæ actionem Prætor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione... »

contra el pupilo, especialmente: 1.º el reembolso de los gastos é impensas que el tutor ha debido hacer, sea para la persona del pupilo, sea para la administración de sus bienes³; 2.º la liberación de las obligaciones que el tutor ha debido contraer respecto de tercero en interés del pupilo⁴.—Por lo demás, raras veces hay necesidad de recurrir á esta acción, puesto que el tutor puede ordinariamente hacer valer sus derechos por vía de excepción, y tambien si hay lugar á ello, por la compensación, opuesta á la *actio tutelæ directa* que se intentase contra él⁵.

§ 353. *Del protutor y del falsus tutor* †.

Puede suceder que uno que no sea tutor obre como tal, sea de buena fé, creyendo tener esta cualidad, sea con conocimiento de causa¹. Podría juzgarse este caso según los principios de la ges-

³ A) Fr. 1, § 5, D., *h. t.*—Fr. 2, 3, D., *ubi pupillus educari debeat* 27, 2.—L. 2, C., *de alimentis pupillo præstandis* 5, 50.—B) Fr. 33, § 3, D., *de admin. tut.* 26, 7.—Fr. 1, § 8, 9, D., *de tutelæ act.* 27, 3.—Fr. 3, § 1, 4, 7, 8, D., *h. t.*—L. 3, C., *de adm. tut.* 5, 37. Cf. Fr. 3, pr. D., *h. t.*—El tutor no tiene derecho á un salario, á menos que le haya sido concedido al tiempo del nombramiento, Fr. 33, § 3, D., *de adm. tut.* 26, 7.

⁴ Fr. 6, D., *h. t.* «Si tutor pro pupillo se obligavit, habet contrariam actionem et antequam solvat.»

⁵ Fr. 1, § 4, D., *hoc titulo.*

† Tit. D., *de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit* 27, 5.—Tit. D., *quod falso tutore gestum esse dicatur* 27, 6.—Tit. C., *de eo qui pro tutore negotia gessit* 5, 45.—¿Qué diferencia hay que hacer entre el *qui pro tutore gessit* y el *falsus tutor*? Según algunos autores, la primera locución se emplearía cuando se trata de las relaciones entre el pupilo y el que gestiona como tutor; la segunda, en las relaciones entre este último y el tercero que ha contratado con el pupilo. Según otros, *falsus tutor* sería el que, no siendo tutor, interpusiera su *autoridad*; mientras que la calificación de *protutor* debería estar reservada al que hace solamente actos de *gestión*. Hay verdad en una y otra de estas hipótesis pero son incompletas, y no esplican bien el motivo de la diferencia de los términos. Casi nos atreveríamos á creer que la palabra *falsus tutor* solo era empleada en el caso en que el protutor había obrado de mala fé (más adelante, nota 10). Esta esplicación, que está conforme á la etimología y al sentido original de la palabra *falsus*, explica por otra parte de una manera perfecta: 1.º porque en las relaciones entre pupilo y protutor no cabe la cuestión de *falsus tutor*; en efecto, en este orden de ideas es generalmente indiferente la cuestión de la mala fé; 2.º porque las decisiones en las cuales se habla del *falsus tutor* tratan siempre de *auctoritas*: porque todas las veces que el tutor había *administrado en nombre propio* (§ 346, notas 30 sgg.), tenía el tercero contra el tutor una acción directa fundada sobre el contrato mismo que había convenido con él, y, por consiguiente, no tenía necesidad de la *actio in factum* del Pretor, de la que se trata en los Fr. 7-12, D., *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* 27, 6.

¹ Fr. 1, pr. D., *h. t.* 27, 5. «...Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit. 1. Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse. 4. Quare, si quis finita tutela pro tutore negotia impuberis gessit tenebitur. 5. Sed et si prius pro tutore administrave-

ción de negocios; pero el pretor ha encontrado más equitativo aplicar á este caso las reglas de la tutela y dar las *actiones directa et contraria protutelæ*: la fórmula de la acción de tutela comprendía también eventualmente esta hipótesis ². Estas acciones son pues análogas á las acciones de tutela ³; no obstante, difieren en que pueden ejercerse antes que el pupilo haya salido de la tutela ⁴. La responsabilidad del protutor es igualmente la misma que la de un verdadero tutor; no obstante, si ha obrado con conocimiento de causa, es natural que preste rigurosamente toda culpa, puesto que en este caso, se ha ofrecido él mismo á la administración ⁵.

Los actos que exigen la autoridad del tutor y que el pupilo ha tenido bajo la autoridad de una persona que no es su tutor, no son naturalmente obligatorios para él ⁶. Así, puede reivindicar las cosas enajadas así ⁷, y perseguir de nuevo la ejecución de los créditos cuyos deudores hayan verificado el pago ⁸. Si un tercero ha seguido un proceso contra el pupilo que está bajo la autoridad de un falso tutor, la sentencia que ha obtenido carece naturalmente de objeto; pero además, puede suceder que, en virtud del procedimiento, pierdan enteramente su derecho de acción. Esta consecuencia era

rit, deinde quasi tutor, æque tenebitur ex eo quod pro tutore administravit: quamvis devolvatur hic gestus in tutelæ actionem. 6. Si quis quasi tutor negotia gesserit eius qui iam pubes est neque tutorem habere potest, protutelæ actio cessat. Simili modo et si eius qui nondum natus est... sed erit negotiorum gestorum actio.—Fr. 3, D., *eodem*.—Fr. 1, § 2-5, D., *h. t.* 27, 6.—Fr. 39, § 9, D., *de adm. tutorum* 26, 7.

² Fr. 1, pr. D., *h. t.* 27, 5. «Protutelæ actionem necessario Prætor proposuit: nam quia plerumque incertum est utrum quis tutor, an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit: ut, sive tutor est, sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. Solent enim *rel.* (nota 1).—Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 9, D., *de contraria tutelæ actione* 27, 4.

³ Así es que el pupilo disfruta del *privilegium exigendi*: Fr. 25, D., *de tutelæ actione* 27, 3, y más arriba, § 351, nota 1.

⁴ Fr. 1, § 3, D., *h. t.* 27, 5. «Cum eo qui pro tutore negotia gessit etiam ante pubertatem agi posse, nulla dubitatio est: quia tutor non est.»—Fr. 1, § 5, D., *de contraria tutelæ act.* 27, 4.

Fr. 1, § 9, D., *h. t.* 27, 5 «Sed utrum solummodo in id quod gessit tenebitur, an vero in id etiam quod gerere debuit? Et si quidem omnino non attingit tutelam, non tenebitur... Quod si quædam gessit, videndum an etiam eorum quæ non gessit, teneatur? Et hactenus tenebitur, si alius gesturus fuit. Sed et si cognito quod tutor non fuit, abstinuit se administratione; videamus, an teneatur, si necesarios pupilli non certioravit, ut ei tutorem peterent? Quod verius est.»—Fr. 4, D., *eodem*.—Fr. 53, § 3, D., *de furtis* 47, 2.

⁵ V., más arriba, § 346, notas 10 segg., y los textos citados en las tres notas á cont. Arg. Fr. 1, § 5, D., *h. t.* 27, 5, y Fr. 14, § 1, 2: Fr. 34, § 4, D., *de solut.* 46, 3.

⁷ Fr. 2, D., *h. t.* 27, 5.—Fr. 8, pr. D., *de rebus eorum qui sub tutela sunt* 27, 9.—Fr. 24, D., *de doli mali except.* 44, 4.

⁸ Bien entendido que es salvando la *exceptio doli*, cuando el pupilo ha sacado un provecho del acto. V., más arriba, § 346, nota 17 y Fr. 28, D., *de solutionibus* 46, 3. «Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenit.» Cf. Fr. 88, D., *eodem*.

antiguamente general, á lo menos en las acciones personales que se juzgaban, *legitimo iudicio*, á causa de la novación operada por la *litis contestatio* y por la sentencia ⁹; puede además presentarse en el derecho nuevo, si el tiempo de la prescripción ó de la usucapion se cumple antes que el tercero haya descubierto el defecto de cualidad en la persona del falso tutor ¹⁰. Para remediar estas embarazosas consecuencias, el pretor concedía, si habia necesidad de ello, al tercero lesionado de buena fé, la restitucion por entero ¹¹, y daba, en todos los casos, contra el falso tutor que habia obrado con conocimiento de causa, una *in factum actio*, para que se le condenase á los daños é intereses ¹². Esta accion se prescribia por el lapso de un año útil y no tenia lugar contra los herederos del culpable ¹³.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA TUTELA DE LAS MUJERES †.

§ 354.

De igual manera que los pupilos varones, las mujeres *sui iuris* tenían un tutor durante la impubertad; pero con relación á las mujeres antiguamente la tutela no tenia término. Continuaban á ella sometidas escepto únicamente las vírgenes vestales ¹, á cualquiera edad que llegasen. El testimonio de los antiguos atribuye

⁹ V., § 54, notas 8 y sgg.

¹⁰ Fr. 10, D., *h. t.*, 27, 6. «Si falso tutore actum sit, et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit: omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset.»

¹¹ Fr. 1, § 1, D., *h. t.*, 27, 6.—Fr. 1, § 6, D., *eodem*. «Ait Prætor: SI ID ACTOR IGNORAVIT, DABO IN INTEGRUM RESTITUTIONEM.»

¹² Fr. 7, D., *eodem*. «Novissime Prætor ait: IN EUM QUI, CUM TUTOR NON ESSET, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE DICETUR, IUDICIUM DABO: UT QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM CONDEMNETUR.»—Fr. 8-12, D., *eodem*.

¹³ Fr. 9, § 1, D., *h. t.*, 27, 6. «...Quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur, et adversus eas personas, quæ alieno iuri subiectæ sunt, noxales erunt.» Cf. Fr. 1, § 2, D., *h. t.*

† GAYO, I, 142 sgg.—ULPIANO, tit. XI.

¹ Llegando á *vestal*, la virgen salía de su familia sin sufrir la *capitis deminutio*: desde entónces era *sui iuris* con capacidad para hacer todos los actos, incluso el testamento. Cuando moría sin testar, sus bienes pertenecían al tesoro público; en compensación no tenia derecho de suceder *ab intestat* á los individuos de la familia de donde habían salido. CIC., *de republica*, III, 10. 12.—PLUTARCO, *Numa*, 10.—AULO-GELIO, I, 12, IV, 7.—GAYO, I, 130, 145.—ULPIANO, X. 5.—Cf. § 360, nota 29; § 363, n.º 3, y § 332, n.º 3, así como en el § 11, nota 33.

á esta sumisión la mayor antigüedad ², sin darnos á conocer, no obstante, el origen de una manera cierta. Nos dicen, á la verdad, que está motivado por la ligereza é inesperienza del sexo ³. Pero, con todo y espresarse así, no disimulan que sea esta más bien un pretesto para justificar la existencia de una institución que había perdido su razón de ser ⁴; y lo que prueba evidentemente que es así, es que el tutor de la mujer no tenía la administración, y sus funciones se limitaban exclusivamente á la interposición de la *auctoritas*. Sea como quiera, esta tutela vino á ser bien pronto en manos de los agnados un medio eficaz para conservar los bienes en la familia, impidiendo á las mujeres disponer de ellos ya entre vivos ya por causa de muerte. Así era, bajo el punto de vista práctico, menos una protección concedida á la mujer que un derecho perteneciente á sus allegados, hasta que el cambio de costumbres, al disolver la antigua familia hizo caer en desuso esta institución anticuada ⁵.

La tutela de las mujeres era deferida, como la de los pupilos, ya por testamento, ya por la ley, ya por el magistrado. 1.º El *paterfamilias* de la mujer, ó el hombre bajo cuya *manus* se encontraba, tenían el derecho de darle un tutor para el tiempo que fuese *sui*

² Antes de las Doce Tablas. GAYO, II, 47. Sin embargo nos parece poco probable que este estado de sumisión haya existido en los tiempos heróicos. Nos cuesta muchísimo creer que la noble Tanaquil, la valiente compañera de Tarquino el Anciano, haya sido, despues de la muerte de su esposo, colocada bajo la tutela de sus hijos. Tal vez debe esa institución su origen á la influencia del elemento plebeyo, al espíritu de severa economía que caracteriza estos rudos labriegos.--La TABLA DE SALPENSA, c. 22, por lo demás, prueba que la tutela de las mujeres era ya conocida por los latinos (á cont., nota 8), y GAYO, I, 193, nos dice que una institución análoga existía ya en los pueblos de Bithinia.

³ CIC., *pro Murena*, c. 12. «Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, maiores in tutorum potestate esse voluerunt.»--GAYO, I, 14. «Propter animi levitatem...»--ULPIANO, XI, 1. «Tutores constituuntur... feminis autem (tam) impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.»--Cf. TIRO-LIVIO, XXXIV, 2. «...Si sui iuris finibus matronas contineret pudor!... Maiores nostri nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas sine auctore voluerunt: in manu esse parentum, fratrum, virorum.»

⁴ GAYO, I, 189. «Sed impuberes quidam in tutela esse, omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est... 190. «Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur. et æquum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera *rel.*,» á cont., nota 28.—Cf. CIC., *de republica*, III, 10.

⁵ V., á cont., notas 11-13, y GAYO, I, 192. «...Eaque omnia ipsorum (*scil.* legitimorum tutorum) causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque ære alieno minus locuples ad eas hereditas perveniat.»

iuris ⁶. El marido ⁷ podía, en lugar de designar el tutor, dejar la elección á la mujer, *optivus tutor* ⁸.—2.º A falta de tutor testamentario, la ley llamaba para las mujeres ingenuas los agnados más próximos, y para las libertinas el patrón y sus hijos, *tutores legitimi* ⁹. Cuando la mujer había pasado á ser *sui iuris* por emancipación ¹⁰, el emancipante pasaba á ser *tutor fiduciarius*, recibiendo como en la tutela de los impúberes, el nombre y el carácter de tutor legítimo si había sido al mismo tiempo el *paterfamilias* del emancipado ¹¹. En la tutela legítima se muestra claramente la tendencia á hacer del poder tutelar un derecho patrimonial para los miembros de la familia: La tutela legítima podía en efecto, pertenecer á un agnado ausente, impúber, furioso, mudo, incapaz de obrar; salvo el derecho de la mujer de pedir un tutor capaz cuando quería ejecutar actos que exigían la autoridad tutelar ¹². Además, el tutor legítimo podía transferir su cargo por una *in iure cessio*: no obstante, esta cesión no operaba una transmisión real del derecho; constituía más bien una delegación del poder de suerte que la muerte á la *capitis deminutio* del cedente extinguía la tutela en la persona del *cessicius tutor*, y por el contrario, la muerte ó la *capitis deminutio* de este último la hacía volver al tutor originario ¹³. Por fin, cuando la tutela pertenecía á muchos, ningún acto susceptible de empeorar las facultades de la mujer podía hacerse sin el concurso de todos los tutores ¹⁴.—3.º Si no había tutor testamentario, legítimo ó fiduciario, ó si el tutor legítimo era incapaz

⁶ GAYO, I. 144-154.

⁷ En el año 566 de Roma, el senado concedió á la manumitida Fecennia Hispala, para recompensar los servicios prestados por ella al denunciar las Bacanales, entre otros privilegios: «*uti... tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset*» TITO-LIVIO, XXXIX, 19.

⁸ GAYO, I, 150. «...Hoc modo: TITULO UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DO... 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi.» Cf. deus, § 343, nota 1.—EL MISMO, I, 151. «Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. 152. Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus. Angusta ita dari solet: TITULO UXORI MEÆ DUMTAXAT TUTORIS OPTIONEM SEMEL DO, aut DUMTAXAT BIS DO. 153. Quæ optiones plurimum inter se differunt: nam *rel.*»—También se encuentra de igual manera la opción del tutor en los pueblos Latinos. TABLA DE SALPENSA, c. 22.

⁹ GAYO, I, 155-157. 165. 175. 195.—ULPIANO, XI, 3. 4.—*Vaticana fragm.* 229.

¹⁰ Hay que reparar aquí, que no solo podía la mujer sufrir la emancipación para salir de la paterna potestad, sino también por disolución de la *manus*, especialmente en el caso de coemción ficticia GAYO, I, 114. 115. 195. V., & cont., nota 29, y § 338, notas 11-15, 27 sgg.

¹¹ GAYO, I, 166.—ULPIANO, XI, 5.—V., § 342, nota 8, y GAYO, I, 172 in fine.

¹² GAYO, I, 173-181. 192.—ULPIANO, XI, 20-22.

¹³ GAYO, I, 169-172.—ULPIANO, XI, 6-8. 17; XIX, 11.

¹⁴ Tal es probablemente el sentido del pasaje de CICERÓN, *pro Flacco*, 54. «*Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui.*» Cf. ULPIANO, XI, 26.