

TITULO IV.

De la tutela y curaduría.



CAPITULO PRIMERO.

De la tutela.

- §. 1. Definicion de la tutela y curaduría.
2. Quienes pueden nombrar tutores por testamento ó contrato en sanidad.
3. Quienes pueden ser nombrados tutores.
4. Las mugeres no pueden ser tutoras, á excepcion de la madre y abuela del pupilo.
5. Esta tutela de la abuela y la madre dura solamente mientras se mantienen viudas.
6. Se entiende lo dicho en el párrafo anterior aun cuando el marido difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela.
7. De la tutela testamentaria.
8. La madre puede nombrar tutor á sus hijos legítimos y naturales instituyéndolos herederos, y confirmando el juez dicho nombramiento.
9. El abuelo paterno puede dar tutor en los mismo términos á sus nietos, con tal que estos no hayan de recaer en la potestad de su padre.
10. De la tutela legítima.
11. Todos los consanguíneos del pupilo pueden ser obligados á admitir la tutela, excepto la abuela y la madre.
12. Pena del pariente que no quiera admitir la tutela sin causa legítima cuando por derecho le toca.
13. De la tutela dativa.
14. ¿Quienes deben pedir al juez que provea de tutor al pupilo cuando no le tiene?
15. El juez debe discernir las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos, para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes.

1. **C**omo los menores carecen de la experiencia y discernimiento necesarios para saber conducirse, dispusieron las leyes para su propia utilidad, por la del estado, y con el objeto

de que siendo huérfanos de padre, no los engañasen ni perjudicasen los mayores, que se les proveyese de personas aptas que cuidasen de las suyas y de sus bienes, á las que se dió el nombre de *tutores y curadores*, ordenando ademas que los tutores se diesen á los pupilos, y los curadores á los púberos ó adultos, y asi dice la ley 1. tit. 16. Part., 6. que la tutela *es guarda, que es dada é otorgada al huérfano libre menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce años, que non se puede nin sabe amparar.* Y curador, segun la ley 13 del mismo titulo y Partida, es *aquel que dan por guardador á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco, seyendo en su acuerdo,* de que se deduce que la tutela es lo mismo que guarda y defensa, y tutor lo propio que defensor y guardador de huérfano pupilo, ó menor de catorce años; por lo que este debe recibir por tutor el que se le dé, aunque no lo pida ni quiera, porque se le da principalmente para la custodia y defensa de su persona, y secundariamente para la de sus bienes (1); y como el pupilo no puede obligarse civilmente ni testar, tiene facultad su tutor de celebrar por sí solo á nombre de él los contratos que se ofrezcan y le sean utiles, precediendo para ello las solemnidades legales. Pero el curador se da al huérfano púbero, y tambien á los fatuos, locos y desmemoriados, sin embargo de que estos sean mayores de veinte y cinco años, como lo dice dicha ley 13, á los que se deben agregar los pródigos declarados, que por su prodigalidad y desordenada conducta son reputados por locos; y asi el cuidado del curador se dirige principalmente á la custodia y administracion de los bienes del púbero, y accesoria ó secundariamente á la de su persona. Igualmente se nombran curadores ó defensores á los bienes de los ausentes mucho tiempo de su patria, cuyo paradero se ignora; á los de los cautivos; á los del difunto, cuando está yacente ó sin aceptar su herencia; y á los de otros (2).

2. Los que tienen facultad legal para testar, pueden, aunque sean menores, nombrar en su testamento ú otra última disposicion legítima, ó contrato en sanidad, á los sugetos que les parezca y no tengan prohibicion (ya sean libres ó siervos) por tutores de sus hijos pupilos legítimos, y naturales, nacidos ó póstumos, que esten en su poder. Careciendo de ellos, pueden darlos tambien á los huérfanos extraños que instituyen herederos, sino los tienen, cuyo nombramiento deben hacerles par

1 Ley 1. tit. 16. Part. 6.

2 Garcia de expensis, cap. 20.

todo, y no para una cosa sola, simplemente ó con condicion, por tiempo determinado ó sin prefinirlo, y con señales claras, que no se dude quien es el nombrado, ni se equivoque ni confunda con otro del propio nombre y apellido, pues si llegasen á confundirse, ninguno de ellos podrá ejercer la tutela. Nombrando el testador por tutor de sus hijos á su siervo, no solo lo será, sino que por este nombramiento queda libre, no obstante que no le conceda expresamente la libertad; nada de lo cual sucederá al siervo ageno que sea nombrado (1). Pero de cualquiera de los modos expresados que sea hecho, se ha de seguir invariablemente la voluntad arreglada del testador, y este puede consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produzcan sus bienes, no siendo muy pingües y excesivos á lo que segun su esfera puede gastar en su educacion y manutencion, en cuyo caso no tiene que dar cuenta de su producto, como asi se practica en la Corte. y con dicha consignacion se discierne el cargo á los nombrados.

3. Asi como todos los que son capaces de testar pueden nombrar tutores; pueden serlo del mismo modo todos, excepto los siguientes: 1.º el menor de veinte y cinco años (lo cual se entiende aunque esté casado, porque la ley habla indistintamente, y el matrimonio no le da capacidad para cuidar de otro); y por consiguiente la madre del huérfano, sino los tiene, pues mientras los cumple, debe el juez proveer á este de curador que administre sus bienes (2); 2.º el mudo, sordo, ciego total, loco, fatuo, desmemoriado, y pródigo declarado; 3.º los deudores y acreedores del pupilo, á menos que los nombre el mismo testador, ó sean de poca cantidad, ó su madre ó abuela; 4.º el que administra rentas Reales, ínterin no esté solvente de su administracion; 5.º el caballero ó soldado mientras existe empleado en el Real servicio; 6.º el accidentado habitual, é impedido de ejercer la tutela; 7.º los obispos, los monjes y demas religiosos profesos y los clérigos seculares; pero á estos solo se prohíbe serlo de los extraños, mas no de sus parientes. Si lo son de estos, han de acudir ante el juez competente dentro de cuatro meses desde que sepan el nombramiento, á aceptar y jurar la tutela (3). Tampoco pueden ser tutores el exco-

1 Leyes 1, 3, 6, 7 y 8 tit. 16. Part. 6. glos. 1. en dicha ley 3. Gutierr. de tutela. part. 1. cap. 6, 10, 11 y 23.

2 Ley fin. Cod. de legit. tutorib. Gutierr. dicha part. 1 cap. 7. num. 27 hasta el fin Lara *Compendium vitæ ho-*

min. cap. 19. num. fin.

3 Leyes 4 y 14. tit. 16. y 2 al fin. tit. 17. Part. 6. Authent. *Minoris debitor.* Cod. *quî dare tutor. vel curator.* Olea de *cession.* jur. cit. 2. quæst. 6. num. 8.

mulgado de excomunion mayor, el que mudó su condicion, v. gr. si de rico vino á pobre: pues aunque sea nombrado por el padre, no debe confirmarlo el juez; y el fiador del deudor del pupilo (1).

4. El oficio de tutor y curador es público y personal (2), y como las mugeres carecen regularmente del juicio, reflexion, constancia y experiencia que los hombres, las prohibió el derecho ser tutoras, excepto á la madre y abuela del pupilo, á las cuales lo permite, por el entrañable y cordial afecto que profesan naturalmente á sus hijos y nietos; porque respecto que estos han de heredarlas, presumen cuidarán mejor que los demas consanguíneos y extraños, de sus personas y bienes; cuyo permiso, aunque sean nombradas en el testamento, se entiende y es con tal que se obliguen á no volverse á casar, mientras tengan la tutela, y renuncien las leyes que prohiben á las mugeres obligarse por otro, á fin de que nadie recele tratar con ellas en negocios peculiares de sus hijos y nietos (3); de cuyas leyes se tratará en su lugar. El padre no puede prohibir á la madre honesta y juiciosa que sea tutora de sus hijos, excepto que les nombre tutor en su testamento, por cuyo solo medio la puede privar de la tutela (4). Tampoco puede gravar al tutor que da á su hijo, á que administre sus bienes con el consejo de persona determinada, á menos que nombre tambien á la madre por tutora, porque no le puede disminuir la potestad que la ley le concede (5).

5. Esta tutela de la madre y abuela dura solamente ínterin se conservan viudas, pues si se casan segunda vez, entre las penas que por esto las estan impuestas, lo es una la de que pierdan al instante que se casen, no solo la tutela legítima, sino la testamentaria, porque en ambas versa identidad de razon (6); y asi es nulo todo quanto practiquen como tales tutoras, porque ya no lo son. Esto procede en tanto grado, que sin embargo de ser dura y muy sensible la separacion de los hijos de la compañía de sus padres (7), ya sea ó no sospechosa la madre ó abuela, se debe sacar no obstante de su poder al pupilo y sus bienes; y son responsables no solo los de ellas sino los del marido con quien respectivamente casen (aunque este no los obligue expresamente), á los desfalcos que por la mala versacion

1 Gutierr. dicha part. I. cap. 20 num. 6, 23 y 29.

2 Ley I. Cod. *quando mulier tutel. offic. fungi poss.*

3 Ley 4. tit. 16. Part. 6.

4 Lara, dicho cap. 19. num. 16.

5 Ley *Titium et Mævium*. 48. ff. *de administrat. tutor.*

6 Ley 5. tit. 16. Part. 6. Gutierr. dicha part. I. cap. 9. num. 16.

7 Ley *Possessionum divisiones*, 11, Cod. *communis utriusque judicii.*

y administracion padezcan los del pupilo; pues el derecho desconfia mucho de la muger que se vuelve a casar; porque suele amar tanto al nuevo marido, que por complacerle se presume que no solo le dará los bienes de sus hijos, sino que olvidándolos enteramente, y degenerando en madrastra, consentirá su muerte (1), como repetidas veces lo acreditó la experiencia. Si estando viudas, dicen al juez que quieren casarse, y le hacen que provea de tutor á sus hijos, no recuperarán la tutela, aunque despues de dada á otro muden de parecer, y no se casen (2); ni tampoco aunque casándose, enviuden del marido segundo, sino en subsidio, que es cuando sus hijos no tienen tutor ó no lo pueden tener, ó no es idóneo, y no de otra suerte (3), en cuyo caso las podrá reelegir el juez.

6. Esto se observa aun cuando el difunto haya mandado que por contraer segundas nupcias su muger, no se la quite la tutela; porque en detrimento de tercero, que son los mismos hijos á quienes las leyes quisieron defender, carece de potestad el marido para hacer que su voluntad prevalezca contra lo que justamente estas ordenan (4); por lo que si la madre nunca quiso la tutela, pasará al tutor legítimo mas cercano en grado de consanguinidad que sea idóneo, en caso de no haber otro nombrado por el padre del pupilo. Lo propio sucederá si la aceptó, y luego se casó (5); pero si habiéndola aceptado, á cude al juez diciendolo que intenta casarse, y pidiéndole que dé tutor á sus hijos, en este caso será tutor dativo, y preferirá al legítimo (6); y este tutor dativo aun cuando case con ella despues, no perderá la tutela, por que el padrastro bien puede tenerla, si es util á su hijastro. Lo mismo procederá nombrándolo lo madre en dicho caso, ó cuando lo consienten los tutores testamentarios, ó parientes del pupilo, ó el menor púbero capaz le elige por su curador de su motu proprio y sin sugestion de su madre, ó el electo por el testador se constituyó de peor condicion y conducta que cuando le nombró (7). Para con el padre nada de lo expuesto milita; y asi aunque se

1 Ley 19 al fin. tit. 16. Part. 6. y 3. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real; y ley 1. Cod. *ubi pupillus educari debeat*. Lara, dicho cap. 19. num. 24 y 25.

2 Baez. *de decim. tutor.* cap. 4. num. 52. Gutierr. dicha part. 1. y cap. 9. num. 1.

3 Gutierr. ibi num. 26 y 27. Rojas *Almansa de incompatibilit.* disp. 3. quæst. 10. num. 57. Lara ibi num. 39.

4 Gomez en la ley 15 de Toro, num.

11 al fin. Acev. en la 3. tit. 1. lib. 5. Recop. num. 5. Matienz. en esta. glos. 2. num. 9.

5 Ley 2. Cod. *qui petant tutores.*

6 Gom. ibi num. 12. Matienz. ibi num. 11. Gutierr. ibi num. 21. Greg. Lop. en la ley 5. tit. 16. glos. 3.

7 Ley fin. Cod. *de contrario judicio tutel* Gutierr. part. 1, cap. 3. num. 78 al 82.

vuelva á casar, no pierde la tutela y administracion de los bienes de sus hijos, porque en él cesa la razon de la prohibicion legal; su ánimo es mas estable y constante que el de la madre, y no está sujeto á esta, como ella á él (1).

7. La tutela es de tres maneras: testamentaria, legítima y dativa (*), y de las mismas tres son por consiguiente los tutores que pueden tener los huérfanos (2). Se llama testamentaria la que en testamento ó en otra última disposicion legítima y perfecta da el testador al impúbero ó pupilo (3), pues no siendo legítima la disposicion, es menester que el juez confirme el nombramiento para que sea válida; y esta tutela es preferente á las otras dos (4). El padre puede dar puramente, al tiempo ó dia cierto, ó con condicion concerniente ó no al acto, uno ó mas tutores consanguíneos ó extraños de los no privados de serlo, no solo á sus hijos legítimos nacidos, aunque los herede, ya esten ó no en su poder, y á los póstumos, sino tambien á los naturales que instituye herederos, ó á quienes lega algunos bienes, y á los extraños que instituye, porque el que nombra al pupilo por heredero, se tiene en lugar de padre; bien que el de los naturales y extraños, para poder ejercer la tutela, debe ser confirmado por el juez (5); de lo que se deduce que siendo legítimos los hijos, no es necesaria esta confirmacion, y que sin ella podrá usar el oficio de tutor el que nombre el padre, sin que en su ejercicio se le deba poner impedimento por este defecto, porque ninguna ley ordena la confirmacion judicial en dicho caso, como en todos los demas; bien que lo mejor es que lo confirme, á menos que el testador les confiera la facultad de administrar sin dicha confirmacion, en cuyo caso no será necesaria. Si nombra á la madre y á un extraño juntamente, ambos serán tutores (6); pero al hijo espurio no puede

1. Ley *Generaliter*. Cod. de *secund. nupt.* y ley fin. Cod. de *bon. matern.* Gutierr. dicho cap. 9. num. 22. Matienz. ibi num. 10.

* Seria mas propio usar de las palabras *legal* y *judicial* para designar las especies de tutela conocidas por los jurisconsultos con los nombres de legítima y dativa. Legal es lo que está autorizado por la ley, lo que dimaná de ella legítimo lo que no es contra la ley. Aun tengo por mas impropia la voz *dativa*, pues ni siquiera es castellana. Sin embargo seguiré la nomenclatura del autor en este y otros casos en que convendria variarla, por no apartarme

del uso comuni.

2 Ley 2. tit. 16. Part. 6.

3 El tit. ff. de *testament. tutel.*

4 Ley 2. Cod. de *confirm. tutor.* Bas. *Theat. juri* part. 1. cap. 32. num. 5. Valenz. consil. 35. num. 3 y 4.

5 Leyes 3 y 8. tit. 16. Part. 6. ley *Patet.* ff. de *testament. tutel.* ley fin. Cod. de *confirm. tutor.* Gutierr. dicha part. 1. cap. 3. num. fin. y cap. 11. num. 1 y 5. Lara. dicho cap. 15. num. 19, 20, 52 y 53.

6 Greg. Lop. en la ley 4. tit. 16. Part. 6. glos. 9. Gutierr. part. 1, dicha, cap. 8. num. 20.

darle tutor en su última disposición ni de otra forma, porque no es conocido por hijo suyo (1); ni tampoco al natural, cuando nada le deja (2). Advierto sin embargo: lo primero, que cuando el padre natural nombra tutor á los hijos que no están en su dominio, aunque se lo da inutilmente, debe no obstante ser confirmado por el juez sin inquisición, excepto que haya causa para no confirmarlo (3). Lo segundo, que no puede gravar al tutor de su hijo á que administre con consejo de otro, excepto que nombre también á este por contutor (4); porque carece de facultad para disminuirle la potestad que una vez electo le confiere la ley, é impedir que la disposición de esta surta su efecto en favor de otro.

8. La madre puede en la propia forma nombrar tutor á sus hijos legítimos, y naturales huérfanos de padre, y debe confirmarlo el juez, no teniendo prohibición de serlo y siendo en lo demás idóneo, con tal que los instituya sus herederos; pues si únicamente los instituye por legatarios, no se lo deberá nombrar, y si se lo nombra, será habido por tutor testamentario en el solo caso de confirmarlo el juez, y no de otra suerte (5). Si el padre y la madre naturales dan respectivamente tutor distinto á su hijo, y ambos tutores concurren á la tutela, será preferido cada uno en la administración de los bienes que el que le nombró dejó al hijo; y sino concurren á un tiempo, administrará el nombrado primero, y no el que lo sea en segundo lugar, porque al que lo tiene no se le debe dar (6). En cuanto á los abuelos maternos y demás ascendientes por esta línea se observará lo que queda expuesto acerca de la madre (7).

9. El abuelo paterno puede dar tutor en los propios términos á sus nietos nacidos y póstumos, con tal que no hayan de recaer en el dominio de su padre (8). Puede también el testador, que carece de ascendientes y descendientes legítimos dar tutor, de cualquiera de los modos expresados en el párrafo 2.º, á los pupilos extraños huérfanos de padre, que instituye herederos, sino lo tienen, pero el nombrado, aunque sea idóneo, no puede

1 Greg. Lop. en la ley 8. tit. 16. Part. 6. glos. 1. al fin. Gutierr. dicho cap. 11. num. 2.

2 Ley Naturales. 7. ff. de confirm. tutor. Gutierr. part. 1. de tutel. cap. 4. num. 15.

3 Ley 1 y ley Filio. 6. ff. de confirm. tutor. Gutierr. dicha part. 1. cap. 3. num. 17.

4 Ley Titium et Mævium. 48. ff. de ad-

ministracion. tutor.

5 Ley ., tit. 16. Part. 6.

6 Angel. en la ley final. Cod. de confirm. tutor. Gutierr. part. 1. y cap. 4. dichos, num. 17.

7 Gutierr. ibi num. 11.

8 Ley 3. tit. 16. Part. 6. ley 1. ff. de testament. tutel. y 4. Permissum. Institut. de tutel.

usar la tutela, sin que preceda discernimiento ó confirmacion del juez, como dejo expuesto (1); y lo mismo sucede al nombrado por el padre en codicilo (2), cuya confirmacion en ningun caso sirve para suplirle sus defectos, sino solamente para autorizarle y darle facultad cumplida y perfecta, á fin de que evacue plenamente su encargo, y no se le oponga la excepcion de ilegitimidad de persona.

10. Tutela legítima se llama la que la ley concede á los parientes del pupilo por falta de la testamentaria (3): de modo que habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo, no obstante que viva la madre del pupilo (4), pues puede preterirla y excluirla el testador, si deja tutor á sus hijos, y no en otros términos; de que se deduce que la madre viuda podrá excluir al abuelo, y elegir á un extraño por tutor de sus hijos, sin que el abuelo pueda agravarse de la pretericion y exclusion. Los parientes consanguíneos mas cercanos del pupilo por ambas líneas tienen derecho á serlo cuando su padre ó madre no le dejaron persona señalada que le cuidase, ó esta no quiso serlo, y no hay mas nombradas, ó la que lo fue, murió, se ausentó ó faltó por otro motivo, y no en otros términos (5); y asi esta tutela sigue en dichos casos las reglas de la sucesion. Infiérese de esto que la madre sin embargo de que sea espuria, aunque no es preferida á los tutores testamentarios, ya sean parientes del pupilo ó extraños, pero sí al abuelo y abuela paternos, y á todos los demas consanguíneos, y como mas allegada si quiere ser tutora de sus hijos huérfanos, será admitida antes que todos, con tal que siendo espurios, no sea ella ilustre, ni procedan los mismos de dañado ayuntamiento por su parte (6). No queriendo admitir la tutela la madre, ó habiendo fallecido esta, ha de entrar la abuela, si la quiere: y por falta ó voluntad de ambas, debe serlo el pariente que segun la inmediacion de grado tenga derecho á heredarle (7).

11. Todos los parientes pueden ser compelidos á admitir la tutela, excepto la madre y abuela, y la de estas se llama *anómala*, irregular y axtraordinaria, porque es permisiva, y no coac-

1 Ley 8. tit. 16. Part. 6. Gutierr. cap. 4. dicha, num. 12 y sig. y cap 11. num. fin.

2 Ley Testamento. 3. ff. testamentaria tutel. Parlad. different. 14. num. 14.

3 El tit. ff. de legitim. tutorib.

4 Gutierr. partid. 1. de tutel. cap. 2. num. 6.

5 Gutierr. ibi num. 7. y cap. 12. num. 4.

6 Gom. en la ley 14 de Toro, num. 10 y sig. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 8. num. 9 al 11.

7 Leyes 4 y 9. tit. 16. Part. 6. y ley Si plures. ff. de legitim. tutorib. Gutierr. dicho cap. 8. num. 4 al 9. y num. 18. Lara Compend. vitæ homin. cap. 19. num. 14 y 15.

tiva, como la de los demas consanguíneos, y por eso se diferencian las dos. Asi es que cuando el pupilo tiene muchos parientes transversales iguales en grado, que carecen de legítima excusa para no admitir la tutela, todos serán tutores y administrarán sus bienes; pero para evitar disturbios entre ellos, deberán elegir entre sí cual ha de ejercerla, y no queriendo, ó no concordando en el que ha de ser, pueden echar suertes, y en su defecto nombrar el juez al que de ellos contemple mas idóneo y dé mayores seguridades, y aquel á quien toque la suerte ó que fuere electo, será el tutor; y lo propio se observará siendo testamentarios, por lo que administrará uno y los demas se tendrán por honorarios (1). Adviértase que entre los consanguíneos transversales no se debe atender á la predileccion de líneas, sino á la mayor utilidad del pupilo, porque la ley no distingue de agnados ni cognados para este caso, y asi son admitidos todos omnímoda é indistintamente, siendo mayores de veinte y cinco años, idóneos, seguros y sin prohibicion legal de ser tutores (2), bien que concurriendo abuelo y abuela maternos, ejercerán la tutela igualmente; si fueren madre y abuelo paterno, preferirá aquella á este; y concurriendo padre y abuela paterna ó materna, será preferido el padre, el cual, si es natural, preferirá igualmente á la madre natural (3).

12. No queriendo el pariente, á quien por derecho toca la tutela, admitirla, sin tener legítima excusa para ello, ó no pidiendo al juez dentro del año de la muerte del padre del pupilo, que provea á este de tutor, es de su cuenta el daño que por su renuncia y omision se siga al pupilo, aunque no se le interpele, y pierde la sucesion á sus bienes si aquel fallece antes de entrar en la pubertad, ó intestado dentro de esta, y tambien el derecho á la sustitucion pupilar directa, mas no á la oblicua ó fideicomisaria, y lo mismo procede por su culpa ó negligencia en cuidar al pupilo y administrar bien sus bienes (4).

13. Tutela *dativa* es la que á falta de la legítima y de la testamentaria da el juez al pupilo, para que no padezca detrimento

1 Ley 11. tit. 16. Par. 6. et ibi glos. 1. Authent. *de hæredibus ab intestato venientib.* cap. fin. colat. 9. Gutierr. cap. 8, y num. 18. dichos, y cap. 14. per tot. Lara ibi num. 18. Parlad. differ. 99. num. 7. Montan. *de tutel.* cap. 15. num. 8.

2 Authent. *de hæredibus.* cit. cap. *Ex his*, y Authent. *Sicut*, Cod. *de legitim. tu-*

torib. Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 2. num. 15.

3 Lara, dicho cap. 19. num. 17. Gutierr. cap. 8. dicho num. 12 al 16.

4 Ley 12. tit. 16. Part. 6. Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 16. num. 32. Gom. en la 15 de Toro, num. 18. Vello en la 16. num 27, Parlad, ibi num. 8.

en su persona y bienes; y así solo há lugar en dicho caso (1); pero ha de ser dada simplemente, y no con condicion que no concierna al acto, ni á dia cierto, ó desde tal dia, como lo puede ser la testamentaria (2); y la razon es, porque el acto legitimo no admite dia ni condicion, y el hecho del testador en lo que esté defectuoso puede ser suplido por el juez; pero el de este nadie lo puede suplir sino él mismo, por lo que se requiere que lo ejecute pura y perfectamente (3). Mas si la condicion es anexa al mismo acto de dar la tutela, v. gr. *Si el tutor se obligare á administrar como debe; si fianzare la tutela con toda seguridad &c.*, la puede poner el juez en el nombramiento, porque esta no es verdadera condicion, sino prevencion que le hace para que practique lo que se le dice, y que de no practicarle, no se le discernirá la tutela (4).

14. Los parientes mas cercanos del pupilo deben pedir al juez que le provea de tutor cuando no le tiene, como queda expuesto. En defecto de parientes, pueden pedírselo los amigos del pupilo, ó él mismo, y por el de unos y otros cualquiera del pueblo en que este viva ó nació ó su padre, ó de aquel en que tiene la mayor parte de sus bienes, ya esté presente ó ausente, y aunque lo contradiga. Y si nadie lo pide, y el juez conoce que está desamparado, puede nombrarselo de oficio en virtud de la potestad que le concede el derecho: y fuera de los tres jueces referidos, ningun otro puede dárselo. Pero si todos se lo nombraren, prevalecerá al nombramiento del que constare haberlo hecho primero; y no pudiendo indagarse cual fue, por ser hechos todos en un dia, valdrá el del juez del domicilio del huérfano (5). La práctica es discernirse la tutela en el lugar donde se radica la testamentaria. Se advierte lo primero, que el nombramiento de tutor al hijo primogénito de Grande compete al Rey, ó Magistrado á quien para hacerlo diere especial comision y facultad (6); bien que al del señor del pueblo en que fallece, puede discernir la tutela y dar tutor el juez de él, porque la jurisdiccion para nombrarlo se puede prorogar de consentimien-

1 Leyes 2 y 12 tit. 16. Part. 6. y el tit. ff. *de tutor, et curator.*

2 Ley *Muto.* 6. §. *Sub conditione.* ff. *de tutor.* Gutierr. *de tutel.* part. 1. cap. 11. dicho num. 6.

3 Ley *Actus legitimus.* ff. *de regul. jur.* Gutierr. ibi num. 7.

4 Decio en dicha ley *Actus legitimus.*

num. 8 y 9. Gutierr. ibi num. 8.

5 Dicha ley 12. tit. 16. Part. 6. Greg. Lop. en ellas glos. 11, 12 y 13 Gutierr. part. 1. cap. 16. *de tutel.* num. 2 al 31. y num. 136 al 140.

6 Ley 17 tit 1 lib. 6. Nov. Rec. y ley 1 Cod. *de tutor, et curator, illustr. personar.*

to de las partes (1). Lo segundo, que la tutela se puede discernir en dia de precepto cuando por la ley no se requiere que se confirme con inquisicion ó conocimiento de causa, y en caso de necesidad, aunque se requiera este (2).

15. El juez debe discernir ó confirmar las tutelas de la madre y de los demas tutores referidos para que puedan cuidar del pupilo y administrar sus bienes, sin que se les oponga la excepcion de ilegitimidad de persona, y no mediando este previo requisito, nada deben hacer, y si lo hacen no valdrá; bien que la madre podrá administrar sin el discernimiento, en lo que se diferencia de los demas tutores testamentarios (3). Se limita esto para con el que nombra el padre á sus hijos legítimos, por la razon expuesta en el párrafo 7, ó para el caso en que el testador ordenó en su testamento ó en otra disposicion válida, que sin decreto judicial pudiese el tutor mezclarse en la administracion, pues en este caso lo podrá practicar sin él, porque el testador puede mandarlo asi (4), y su arreglada voluntad se tiene por ley (5), y debe observarse sino es contra esta, y no en otros términos (6). Es de advertir: lo primero, que aunque siendo muchos los tutores y curadores pueden dividir entre sí la administracion, el derecho de la tutela y curaduría pasa á cada uno por entero, ya sean testamentarios legítimos ó dativos; y asi cuando no está dividida, basta la autoridad de uno en cualquier acto ó negocio, y lo mismo sucede con los curadores *ad litem* para la defensa de algun pleito; mas cuando lo está, se requiere la de aquel á quien pertenece la administracion (7). Y lo segundo, que sin embargo de que el testador los releve de dar cuenta, si administran de propia autoridad sin discernimiento del juez, deberán darla, y no surtirá efecto la relevacion, porque esta se entiende cuando tienen la administracion válida y les compete de derecho, que es cuando la confirma el juez, y no antes ni de otra suerte (8).

1 Parlad. differ. 99. num. 10.

2 *Qui habet. §. Quolibet. ff. de tutel.* Lara dicho cap. 19. num. 72.

3 Leyes 4, 6 y 8. tit. 16. Part. 6. ley 4. ff. de *authorit. tuto.* Gutierr. de *tutel.* part. 1. cap. 5. num. 6. Lara, dicho cap. 19. num. 52 y 53.

4 *Ley Cui eorum.* et ibi glos. 1. ff. de *postulad.* Gutierr. dicho cap. 5. num. 7. ul 10.

5 Cap. *Ultima voluntas.* 13. quest. 2. *Authent. de nuptiis* cap. 2. vers. *Disponat.*

6 *Ley Testand.* 13. *Cod. de testam.* Gutierr. part. 1. de *tutel.* cap. 8. num. 94.

7 *Ley Tutela legitim.* §. *Si duo.* y ley *Si plures.* ff. de *legitim. tutor.* Góm. en la 38 de Toro. Lara num. 6. cap. 24 num 38.

8 *Ruin. consil.* 70. num. 7. vol. 4. Gutierr. part. 13. de *tutel.* cap. 1. num. 48.