

P. ¿Cómo ejerce sus funciones el tutor?

R. Las ejerce de dos modos: ya obrando por sí mismo, en su propio nombre y sin el pupilo, como una especie de gerente de negocios, ya interponiendo su asistencia, á la que se llama *autoridad* (2) en el acto que hizo el pupilo: *pupillarum pupillarumque*, dice Ulpiano, tit. II, § 23, *et negotia gerunt et auctoritatem interponunt*.

P. ¿De dónde proviene este dualismo en las funciones del tutor?

R. Proviene de que, según el derecho primitivo y riguroso de los romanos, un ciudadano no podía ser representado por otro en la mayor parte de los actos del derecho civil.—En casi todos estos actos, en efecto, como en los procedimientos solemnes llamados *legis actiones* (V. la pág. 30 y título *de las acciones*), en las *mancipaciones* y sus derivados (V. pág. 30), en las *estipulaciones* (V. lib. III, tit. XV) y en las *aceptilaciones* (V. libro III, tit. XXIX), era preciso pronunciar palabras solemnes cuyo beneficio no podía literalmente aplicarse más que á la persona que las había pronunciado (3). En la imposibilidad de sus-

(1) Antes de entrar en la explicación de este título, conviene saber que los tutores no podían ejercer acto alguno, á no ser en caso de urgencia, si no daban caución ó fianza y juraban desempeñar fielmente su cargo, y si no formaban inventario de los bienes del pupilo.—Además, las obligaciones del tutor en cuanto á la persona del pupilo era alimentarlo y educarlo según su clase y bienes; y en cuanto á éstos, vender los muebles inútiles ó sujetos á gran deterioro, cobrar los créditos y rentas, depositar para comprar fincas el dinero del pupilo ó darlo á rédito, pagando el tutor, de lo contrario, sus intereses, y prestar en la administración de la tutela el mismo cuidado y diligencia que en sus propios negocios (V. Etienne, *Inst. de Just. expl.*, tomo I, pág. 173).—(N. del T.)

(2) La *auctoritas tutoris* es la acción del tutor que, por su concurrencia al acto, aumenta y completa la persona jurídica del pupilo (*Augebat, auctor fiebat*). La necesidad de la concurrencia del tutor en los actos que el pupilo no podía hacer válidamente, sólo era lo que hacía decir que el tutor se da á la persona y no á los bienes del pupilo (*tutor personæ, non causæ rei datur*. Just., lib. I, tit. XIV, § 4). El tutor se daba á la persona civil, más bien que á la persona física del pupilo. Porque la guarda y la persona del pupilo, si no habían sido arregladas en el testamento del padre, lo eran por el magistrado, que decidía dónde, por quién y cómo sería el impúbero guardado y educado, quedando encargado el tutor de pagar los gastos para ello. (L. 1, c. *ubi pupill*; L. 2, c. *de alius pupill*.)

(3) Por ejemplo, en las acciones en reivindicación, la fórmula *meum esse aio era*, por su naturaleza, personal. En las estipulaciones, el que contestaba, aun cuando se obligase á dar alguna cosa á un tercero, no se obligaba sino respecto del estipulante.—Sólo las personas sometidas á la potestad de otro podían representar, en ciertos actos, á aquél de quien ellas dependían, porque se reputaban no constituir más que una y sola persona con él. (V. lib. III, tit. XVII.)

tituir al pupilo en estos actos, el tutor no podía llegar á proteger los intereses de éste, si no era obrando como un gerente de negocios en su propio nombre (1).

Por otra parte, como podía suceder que el pupilo, aunque pudiese pronunciar las palabras prescritas no teniendo el *plenum iudicium*, el *animi iudicium* (L. 189, D. de reg. jur.), no estuviera aún en estado de apreciar su transcendencia, se había exigido que, para completar su capacidad, fuese, en ciertos casos, asistido por su tutor.

De aquí la doble función del tutor: *negotia gerit, auctoritatem interponit*.

P. ¿En qué casos necesita el pupilo que interponga el tutor su autoridad?

R. Debe distinguirse dos períodos. Mientras el pupilo es *infans*, es decir, no puede aún hablar, no puede pronunciar las palabras legales (*infans, qui fari non potest*. L. 1, § 2, D. de aden. et per tut.), no puede hacer ningún acto; el tutor no tiene, por consiguiente, que interponer su autoridad: sólo puede ser un gerente de los negocios.—Cuando el pupilo ha salido de la *infantia*, puede, con tal que tenga *aliquem intellectum*, figurar en un acto sin la autorización del tutor, si se trata de mejorar su condición; pero solamente con la autoridad del tutor cuando empeore su condición (2).

P. ¿Qué se entiende por hacer su condición mejor ó peor?

(1) La jurisprudencia había organizado muchos medios, directos ó indirectos, para indemnizar al tutor de los empeños ó gastos que había hecho por el pupilo, y para referir, tanto al activo como al pasivo del pupilo, las consecuencias de la gestión del tutor. (V. en el Digesto y en el C. el título *quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt*.—Por lo demás, en las modificaciones que experimentaba el derecho había una propensión á aumentar los casos en que el tutor podía representar al pupilo, sobre todo cuando éste era *infans*. Así se estableció que el tutor podría litigar por su pupilo. (V. *Inst.*, lib. IV, tít. X, pr.) De lo dicho se infiere que la palabra *auctoritas* provenía de *augendo*, aumentar la persona del pupilo.—(N. del T.)

(2) Los jurisconsultos habían dividido la edad que sigue á la *infancia* en dos períodos, distinguiendo al impúbero *infantia proximus* (cerca de la infancia) del impúbero *pubertati proximus* (cerca de la pubertad). Esta subdivisión intermedia, cuyo punto de partida variaba de siete á nueve años, y no se había determinado de un modo fijo, se halla reproducida algunas veces, especialmente cuando se trata de determinar la responsabilidad de los impúberos en materia de actos ilícitos (*Institutiones*, lib. IV, tít. I, § 18); pero parece haberse abandonado en materia de contratos. En este lugar no se reproduce, y aun resulta de un texto de las *Institutiones* (lib. III, tít. XIX, § 10), que la única condición que se exigía para que el impúbero que sale de la *infancia* pudiese figurar, bien solo, bien con la asistencia de su tutor, era que tuviese *aliquem intellectum*, es decir, que comprendiera el sentido de sus actos. Es una cuestión de hecho que se decidía según las circunstancias.

R. Hacer mejor su condición es adquirir alguna cosa, ú obligar á otro á su favor; hacerla peor, es enajenar alguna cosa, ú obligarse á favor de otro.

P. ¿Por qué necesita el pupilo la autoridad de su tutor para hacer peor su condición?

R. No quiere esto decir que toda enajenación ú obligación sea desventajosa; porque entonces no se autorizaría nunca al pupilo á enajenar ó á obligarse; sino que, por el hecho de haber enajenación ú obligación, hay una pérdida, y que, para estimar si esta pérdida se halla compensada con suficientes ventajas ó beneficios, es necesario una operación del entendimiento de que no es capaz el pupilo: es necesario el *animi iudicium*.

P. ¿Qué sucede cuando el pupilo hace, sin la autoridad del tutor, uno de los contratos que contienen obligaciones recíprocas, como la venta ó el arrendamiento?

R. Sucede que la parte que ha contratado con el pupilo queda obligada á favor de éste, sin que éste quede obligado á favor de ella. En efecto, estos contratos se descomponen en dos actos (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*): en el uno figura el pupilo, como individuo á cuyo favor se obliga otro y hace mejor su condición, y este acto, para el cual basta al pupilo tener conocimiento de lo que hace, es válido; en el otro, el pupilo figura como queriendo obligarse, hacer peor su condición, y este acto es nulo porque exigiría de parte del pupilo un juicio que no tiene.—Sin embargo, como nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro (L. 206, ff. de *reg. jur.*), el pupilo que no quiera cumplir su obligación no podrá obligar á la otra parte á cumplir la suya; en el caso de venta, por ejemplo, no podrá pedir la cosa sin pagar el precio. Y si la otra parte hubiera ejecutado toda ó parte de su obligación y el pupilo hubiera reportado de ello algún beneficio, quedará obligado hasta lo que importare éste (V. lib. II, tít. VII).

P. ¿Puede el pupilo, sin la autoridad del tutor, hacer la adición de la herencia, pedir la posesión de bienes, admitir una herencia por fideicomiso? (4).

(1) La herencia se defería por derecho civil. La posesión de los bienes era el derecho concedido por el pretor para ponerse y mantenerse en posesión de los bienes de una sucesión, á la que podía no llamar el derecho civil: era una especie de sucesión pretoria. (V. el lib. III, tít. IX.) La herencia *fideicomisaria* era la que se recibía por una persona intermedia á quien el testador había encargado esta transmisión.—La adición de la herencia era uno de los actos en que, primitivamente, no podía el tutor representar al pupilo; de suerte que no podía aceptarse la sucesión sino cuando el pupilo, no siendo *infans*, podía hacer el acto de adición con la asistencia de su tutor. Teodosio y Valentiniano permitieron al tutor hacer la adición en nombre del *infans*. (L. 18, § 2, C. de *jur. delib.*)

R. No, señor; porque la adquisición de una sucesión cualquiera, aun la más ventajosa, supone en el que la hace cierto discernimiento para graduar las utilidades y las cargas de la herencia, de que es incapaz el pupilo.

P. ¿Cuándo y cómo debe interponer el tutor su autoridad?

R. La interposición de la autoridad del tutor consiste en la participación personal del tutor en el acto que la motiva, á fin de aumentar, de completar la persona imperfecta del pupilo (*auctor fieri*): no puede, pues, interponerse ni antes ni después, sino en el acto (*statim in ipso negotio*), ni por procurador, sino de presente (*præsens*).

P. La capacidad que tenía el pupilo mayor de la infancia para figurar en los actos, ¿quitaba al tutor la de obrar por sí mismo, si lo juzgaba conveniente?

R. No, señor. Había, no obstante, ciertos actos, tales como la arrogación, la manumisión de un esclavo, la aceptación de una herencia, en los que debía el pupilo comparecer por sí mismo.

P. No pudiendo el tutor interponer su autoridad en su propia causa, ¿qué asistencia se daba al pupilo en el pleito que tenía que sostener contra su tutor?

R. Se le daba desde luego un tutor pretoriano (nombrado por el pretor). Después se le dió un curador, cuyas funciones debían cesar en cuanto se terminara el pleito, lo cual es más conforme á la regla, que no se nombra tutor para un asunto determinado (1).

(1) Según la Novela 72, nadie, á no ser la madre, puede llegar á ser tutor, siendo acreedor ó deudor del pupilo; y si el tutor se hace acreedor ó deudor del pupilo, después de entrar á ejercer sus funciones, se le debe acompañar un curador para mientras dure la tutela. Es, pues, casi imposible que haya necesidad de nombrar el curador especial de que aquí se trata.