

Introducción

El objeto de nuestra monografía es la reconstrucción de la concepción, aplicación y desarrollo de la tutela y curatela en Lima durante los siglos XVI y XVII. La investigación desarrolla parte de la tesis para optar el grado de abogado, presentada a la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El presente estudio concluye que ambas instituciones tenían diferencias respecto a su configuración legal y su configuración práctica (judicial y notarial), lo cual no constituyó una desventaja en el ordenamiento jurídico hispano-indiano, sino que dicha característica se convirtió en su virtud más sublime porque permitió su adaptación a diferentes circunstancias sin transgredir los principios de equidad y de actuación conforme a la razón natural que lo guiaban. Dicha afirmación, que deseamos haya podido ser demostrada en las conclusiones que ofrecemos, se sustenta en fuentes impresas e inéditas cuya comparación y análisis hemos efectuado. Los resultados de los mencionados procedimientos han sido agrupados en tres partes, las cuales ilustran aspectos trascendentales de las instituciones que hemos estudiado como son el estado evolutivo de las mismas a nivel legislativo, judicial y notarial; la competencia de los órganos jurisdiccionales del Virreinato en Lima, así como la estructura de la tutela y la curatela. Todo lo relatado conforma el esbozo que presentamos sobre las citadas instituciones y que de acuerdo a dicho término, no pretende ostentar carácter definitivo, sino el de sentar las bases para ulteriores investigaciones sobre el tema.

Entre las principales conclusiones a las cuales hemos arribado hallamos la que se refiere a la concepción que poseía de la tutela y la curatela como cargos civiles (en el sentido de beneficio a la sociedad pero no al Estado). Respecto a su desarrollo, debemos afirmar que durante las centurias decimosexta y decimoséptima, la tutela y la curatela de menores de veinticinco años habían sido unificadas por causas de orden práctico (niveles judicial y notarial) y legislativo (casuismo legal y normas supletorias). Además se

aplicaron otros medios de garantía a parte de los peños y fianzas que fueron regulados en las Partidas. Aquéllos se incorporaron a las escrituras de tutela y curatela gracias a la función de los escribanos públicos y que a pesar de haber sido contemplados en la legislación castellana no se habían insertado como cláusulas obligatorias en el Código de las Siete Partidas en cuyos modelos de cartas de guarda de huérfanos no se observan. Ello no significa que no hubieran existido en la práctica, porque un formulario castellano del siglo XIV publicado por Galo Sánchez nos revela que los escribanos y las autoridades ya las utilizaban para brindar mayor seguridad a los menores. Dichas cláusulas son entre otras la de sumisión a la competencia de las justicias y jueces reales, renuncia a las leyes favorables y al fuero del domicilio. Desde el derecho romano se conocían las cauciones para garantizar a los pupilos y a sus bienes (también a los sujetos a curatela) como la *satisdatio* rem salvam fore (que en sentido estricto hace referencia a la cautio promissoria otorgada por la stipulatio y en sentido amplio comprende a la cautio pignoratitia y cautio fideiussoria) cuya existencia se aprecia en los instrumentos notariales de los siglos XVI y XVII. La diferencia entre el derecho romano y los derechos castellano e indiano fue la mayor facilidad para ejecutar la garantía. Ésta durante el derecho romano justiniano, para poder ser ejecutada necesitaba de la acción hipotecaria (juicio de buena fe), lo que no sucedió en Castilla e Indias, sobre todo en Lima, donde se procedía por el simple mandato del juez, siempre que el valor adeudado estuviese determinado, porque de lo contrario debían exigirse las cuentas de la gestión al tutor y curador en la cual intervenían contadores (uno nombrado por cada parte y otro por el juez) y en caso de falta de pago de lo exigido por sentencia, para poder pedir la ejecución sin necesidad de otro proceso. Otro aspecto ligado con el desarrollo y aplicación de la tutela y curatela es la defensa judicial de los derechos del menor. En el Corpus Iuris Civilis hallamos una serie de acciones a favor del pupilo y de los sometidos a curatela, pero en el Código de las Siete Partidas sólo se regularon a la acusación de sospechoso y la restitución por entero (entrega) en forma similar al primero, excepto en cuanto al plazo de

caducidad para solicitar la restitución por entero que se computaba desde el día en que recibió el agravio hasta que cumpliera veinticinco años, lo cual en el *Corpus Iuris Civilis* se prescribió a partir de la edad de veinticinco años hasta cuatro años después y si hubiera fallecido, sus herederos podían solicitarla desde el día del agravio hasta el día en que hubiera cumplido el menor veinticinco años. La demanda de rendición de cuentas se reguló dentro de lo establecido para las obligaciones surgidas de promisiones y sobre todo a la casuística judicial.

Para lograr el objetivo propuesto fue de imperioso menester remontarse a los antecedentes jurídicos de las citadas instituciones indianas, por lo que se dedicó el capítulo primero, dividido en cuatro subcapítulos. En el primero hay una sección introductoria, donde hacemos descripción general de las instituciones romanas de familia con afinidad a la tutela y curatela, con el propósito de facilitar la comprensión del tema. La primera sección, se avoca al estudio de la tutela y curatela romanos desde su significado etimológico, definición, condiciones para ejercer el oficio, clases según las personas y las formas del nombramiento, deberes y derechos del tutor, responsabilidad por el mal ejercicio y la extinción de la tutela. En la segunda, se trata de todo lo relacionado con la curatela. El segundo subcapítulo está dedicado al derecho romano - bárbaro. Hemos preferido denominarle así por el hecho de constituir éste término un apoyo incuestionable para nuestra tarea de reconstrucción al llevar consigo al derecho romano. Aunque bien podría confundirse que con dicho título hemos estudiado sólo las leyes romano - bárbaras, lo cual no fue así, porque también se ha considerado las leyes que no estaban dirigidas a regir a los ciudadanos romanos. En su lugar nos hemos inclinado por considerar la influencia jurídica romana (derecho romano vulgar) presente en dichas leyes en menor grado o mayor grado. Este subcapítulo tiene una primera sección que versa sobre la familia germánica y una segunda, donde se trata la tutela y curatela en las leyes germánicas. Por último, un tercer subcapítulo se ocupa de los aportes de los Glosadores y Comentaristas más conspicuos.

El segundo capítulo estudia en su primer subcapítulo a la tutela y la curatela en la legislación castellana, en forma especial en el Código de las Siete Partidas y la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla. En esta parte realizamos un estudio comparativo entre el Corpus Iuris Civilis y las Partidas con la finalidad de obtener coincidencias y diferencias entre ambos. Pero también comprende la legislación indiana recopilada tanto en el Cedulaario de Encinas como en la Recopilación de Leyes de Indias. El segundo subcapítulo se analiza la práctica judicial sobre las instituciones de la tutela y curatela al confrontarse con la legislación castellana. En el tercero, se investiga sobre la tutela y la curatela a nivel notarial que se refiere al trámite y cláusulas y sus fórmulas. La trascendencia de dicha parte reside en el descubrimiento de semejanzas y diferencias entre la legislación vigente de aquella época con la función notarial.

En nuestra investigación hemos aplicado el método histórico - jurídico (dentro del cual se agrupan los métodos histórico y el sistemático) así como el comparativo, inductivo y deductivo. La utilización de dichos métodos se ha realizado en forma equilibrada para evitar caer en los defectos que cada uno de aquéllos conlleva. El método histórico - jurídico aspira a reconstruir las instituciones estudiadas para lo cual se puede valer del método (o criterio como lo denomina Bascuñán Valdéz en oposición al término "método" empleado por Alvaro D'ors) histórico, del sistemático o de la unión de dos. Estos nos han ayudado en el estudio de la tutela y la curatela. El método histórico ha sido aplicado en términos generales como en lo relacionado a la confección de los capítulos y el desarrollo de las instituciones mencionadas. El método sistemático nos ha servido para eliminar el principal defecto del histórico que consiste en la imposibilidad de reconstruir una institución de la cual no existen suficientes vestigios, puesto que no permite utilizar la intuición ni la valoración en la investigación, lo cual es permitido por el sistemático que se basa en las mismas instituciones pero de una época posterior (siempre que fuera lo más cercana posible, cuya configuración es más accesible por conocerse las fuentes que las regulan. Esto se aplica por ejemplo en la

satisdatio rem pupilli salvam fore, en la cual empezamos el estudio por el derecho justiniano y no por el antiguo. Es decir, se realiza un retroceso en la evolución de la institución. De igual manera sucede respecto al origen de algunas cláusulas que obran insertas en los instrumentos notariales de los siglos XVI y XVII, cuyo origen es oscuro y parecen ser frutos de la necesidad de cautelar los bienes y personas de los sometidos a la guarda, ya que no se hallan en los textos legales antiguos, sino más bien en los más recientes (reales cédulas), pero que la práctica notarial las conocía y aplicaba desde tiempos remotos. Ello indica que la práctica notarial (y judicial también) tomaba poca o ninguna consideración de la legislación real. Sin embargo, no se puede afirmar que lo anterior sea incuestionable, porque aún se necesitan mayores estudios y publicaciones sobre las fuentes jurídicas hispánicas que nos darían una senda segura en estos casos. Además es necesario aclarar que nuestra investigación trata de evitar las elucubraciones o suposiciones que no tengan sustento documental aunque fuera mínimo. Los métodos inductivo y deductivo son utilizados de igual manera que el sistemático. Estos son aplicados en lo que concierne a las causas judiciales, las cuales a pesar del escaso número que se aprecia en nuestros repositorios documentales, no pueden ser desmerecidos sus aportes y trascendencia al desarrollo de la tutela y curatela durante las dos primeras centurias virreinales cuando son contrastados los fallos que las finiquitaron con los textos legales y aportes de la doctrina. En éste punto arribamos al método comparativo, cuya utilización no limitamos a lo afirmado sino que lo extendemos a la legislación tanto justiniana (por considerarse como elemento del Derecho Común que fue recibido en Castilla), la castellana (de forma especial las Partidas y Nueva Recopilación de Leyes de Castilla) y la indiana (las reales cédulas contenidas en el Cedulaario de Encinas y Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias).

En relación al aspecto metodológico debemos agregar que junto con los consejos que nos ha brindado el asesor de nuestra monografía, el doctor Rafael Jaeger, Catedrático de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho, hemos consultado también por

su recomendación a Wilhem Bauer¹, Profesor de la Universidad de Viena y su minuciosa obra sobre metodología histórica, ciencias auxiliares y crítica de fuentes que fue de capital trascendencia para nuestro estudio; Jorge Luis Cassani y Antonio J. Pérez Amuchástegui, ambos Profesores en las Facultades de Filosofía y Letras de Buenos Aires (ambos especializados en Historia Antigua), así como el primero de ellos también en la Facultad de Derecho de la misma Universidad, cuyo libro nos permitió trazar el desarrollo de la presente investigación²; Carlos Bosch³ en lo referente a técnicas de investigación documental y la interesante obra de G.P. Gooch⁴ sobre los métodos de los historiadores más destacados y sus aportes a la investigación histórica moderna, así como una visión crítica de éstos. Es menester nombrar los estudios críticos de Alvaro D'Ors Pérez-Peix⁵; Alfonso García-Gallo⁶; Ismael Sánchez Bella⁷; Aníbal Bascuñán Valdés⁸ y la obra no menos importante a pesar de su antigüedad, de Rafael Altamira y Crevea⁹.

¹ BAUER, Wilhem. *Introducción al Estudio de la Historia*. Barcelona. Bosch. 1944. 626p.

² CASSANI, Jorge Luis y PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A.J. *Del Epos a la Historia Científica*. Buenos Aires. Editorial Nova. 1966. 234p.

³ BOSCH GARCÍA, Carlos. *La técnica de investigación documental*. México. Editorial Trillas. 1995. 74p.

⁴ GOOCH, G.P. *Historia e Historiadores en el siglo XIX..* Fondo de Cultura Económica. 1942. 607p.

⁵ D'ORS PÉREZ-PEIX, Alvaro. *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*. Salamanca. Colegio Trilingüe de la Universidad. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. S. Aguirre, editor. 1943. 150p.

⁶ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Problemas Metodológicos de la Historia del Derecho Indiano*. *Revista del Instituto de Derecho Indiano Ricardo Levene*. Buenos Aires. Nº16. 1967. pp. 13-64.

⁷ SÁNCHEZ BELLA, Ismael. *Edición y utilización de nuevas fuentes para el estudio de las instituciones indianas*. EN: *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid. XVIII. 1947. pp. 762-814.

⁸ BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal. *Elementos de Historia del Derecho*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1954. 237p.

⁹ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. *Manual de Investigación de Historia del Derecho Indiano*. México. Instituto Panamericano de Geografía e Historia. 1948. XVIIp. 154p.

Como podrá percatarse el lector, la extensión de la investigación se reduce en forma progresiva hasta quedar circunscrita sólo a la tutela y curatela de menores de veinticinco años. La razón que fundamenta lo anterior es la falta de documentos (expedientes judiciales e instrumentos notariales) sobre las demás clases de curatela. Dicha carencia documental no quiere indicar que no hubiesen existido casos de curatela para otros incapaces de ejercer sus derechos, lo cual se debe a la gran cantidad de legajos no clasificados al detalle que aún queda por revisar (lo que nosotros hemos realizado es sólo una recolección limitada de escrituras virreinales por esta causa) y la pérdida de muchos documentos que originaron los incendios y depredaciones de nuestros repositorios. Esto motivó que seleccionáramos tres momentos entre 1560 (año de la escritura más antigua hallada) y 1686. Antes de aquél año no hemos podido encontrar escrituras sobre tutela y curatela que pertenezcan a Lima (inclusive se revisó el “Protocolo ambulante” o “Becerro”). El primer grupo comprende desde 1560 a 1585, el segundo grupo se extiende desde 1629 a 1648 y el último grupo abarca los años 1671 a 1686. Dichos grupos acusan una gradual simplificación de las fórmulas clausulares. Algunas escrituras que hemos considerado relevantes han sido transcritas e incorporadas en el anexo de la presente tesis.

Las fuentes que hemos utilizado han sido divididas en inéditas y éditas. Las últimas se han clasificado a su vez, en legislativas, doctrinarias y autobiográficas. La bibliografía no ha sido considerada como fuente, porque no constituye el objeto directo de nuestro estudio, sino que tiene valor referencial y auxiliar de acuerdo a Bauer. Se ha evitado la división entre fuentes directas e indirectas por no ceñirse con propiedad a la finalidad que se pretendía lograr. Esto se explica cuando se analiza las opiniones de la doctrina y decisiones judiciales que tienen valor por sí mismas por el comentario o interpretación y no por resultar de la repetición completa o sesgada de las fuentes legales.

Las fuentes éditas de legislación que hemos empleado (sobre las fuentes inéditas ya se hizo mención) son las siguientes:

1. Ley de las Doce Tablas. Las reconstrucciones sobre el texto de dicha Ley que han sido tomadas en cuenta son la Ortolán¹⁰ y Riccobono¹¹. El primero empleó los trabajos de Dirksen y Zell para lograr su objetivo (estos utilizaron los fragmentos procedentes de la República de Cicerón y las Institutas de Gayo), pero con la diferencia que agregó los *Fragmenta quae dicuntur Vaticana* (o *Fragmenta Vaticana*). El autor cita las fuentes que se han utilizado para la reconstrucción en forma independiente (pie de página). Sin embargo, pese a dicha virtud a veces resumió disposiciones y las colocó en el cuerpo principal como sucede respecto a L.XII. T. 5. 1; L. XII. T.5.2 y L.XII. T.5.8 con la finalidad de armonizar con los fragmentos literales citados por los autores clásicos los cuales poseen un lenguaje imperativo. Lo anterior no es seguido por Riccobono quien empleó los fragmentos que son citados en forma literal y los fragmentos que han sido interpolados por los autores clásicos sin hacer discriminación entre ellos, como puede observarse con L. XII. T.5.1.; L.XII. T.5.2.; L.XII. T. 5.6. ; L.XII. T.5.7. C. y L.XII.T.5.8. A pesar de la incongruencia entre los textos de ambos autores sobre la forma, el contenido y sentido de los fragmentos citados no difieren, excepto en L.XII. T.5.7.C donde se incorpora en la versión de Riccobono, un fragmento sobre los pródigios que no figura en el texto de Ortolán y cuya inserción se debió a dos fragmentos de Ulpiano que obran en el Digesto (D.27.10.1) y en *Tituli ex Corpore* (Ulpiano. Tit. Corp. 12.2). En cambio, el texto reconstruido por Jacques Godefroy (o Jacobo Gothofredo)¹² se aleja mucho de los anteriores tanto en la estructura de la Ley como en la mayoría de los fragmentos, por lo cual nos hemos inclinado por darle sólo un valor referencial y trabajar en base a los textos de Ortolán y Riccobono, quienes tienen la ventaja de haber

¹⁰ ORTOLÁN, M. Historia de la legislación romana. 9ª ed. Madrid. S.E. 1872. pp. 96-115.

¹¹ RICCOBONO, Salvatore. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. Florentiae. APUD S.A. 1941. Pars Prima. Leges. p.p. 23-75.

¹² MEIRA, Silvio. *A Lei das XII Tábuas*. Fonte del Direito Publico e Privato. Belén. Pará. S/e. 1956. pp. 98-99.

utilizado trabajos anteriores a ellos, y que poseen mayor rigor crítico como para el caso de Ortolán a Humbold. Dirksen y Zell, así también para Riccobono lo fueron éstos junto a Bruns y Schoell. El texto de Godefroy es a pesar de lo anterior, el fundamento de los trabajos de reconstrucción emprendidos con posterioridad como lo prueba la perduración de su idea sobre el orden de las leyes y tablas en aquéllos, basada en los comentarios de Gayo a la Ley decenviral (la diferencia estaría en que dichos comentarios fueron extraídos del Digesto por Godefroy, lo cual fue enriquecido con el descubrimiento de las Institutas de Gayo que serían aprovechadas por los otros autores), pese a la crítica de Karlowa, quien no creyó en la existencia de sistemática en la Ley de las Doce Tablas por ser muy primitiva¹³.

Hemos evitado pronunciarnos a favor de alguna de las teorías que explican el origen de la Ley decenviral, por constituir aún materia de controversia.

2. Edicto perpetuo. Se ha empleado el texto de Otho Lenel editado y traducido al francés (sin alterar las fórmulas latinas) por la Librairie de la Societé du Recueil Général des lois et des arrêts¹⁴. La importancia de dicha edición reside en la exposición de los motivos que utilizó el autor para reconstruir a la obra de Salvio Juliano, lo cual no puede verse en los textos editados por Riccobono¹⁵ y Bonfante¹⁶. Este autor omitió colocar las fórmulas en la cláusula XII. “De Satisdando”, lo cual no sucedió con los otros autores.

¹³ MEIRA, Silvio. Op. cit. p. 84.

¹⁴ LENEL, Otto. Essai de Reconstitution de l'Edit Perpétuel. París. L. Larose. 1901-03. 2 t. American Libraries: [Tomo 1](#) y [Tomo 2](#).

¹⁵ RICCOBONO, Salvatore. Op. cit. Pars Prima. Leges. pp. 335-389.

¹⁶ BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho Romano. Trad. Santa Cruz Tejeiro. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1944. Vol. II. pp. 335-368.

3. Corpus Iuris Civilis. Hemos utilizado en la presente investigación la edición de Ildefonso García del Corral¹⁷, basada en la publicación de Alberto y Maurio Kriegel, Emilio Hermann y Ed. Osenbrüggen, con las variaciones que existen entre las diversas ediciones y las notas del primero de los citados. Dicha publicación recoge los aportes de Savigny, Hugo y Bluhme, así como ofrece una revisión crítica del Codex y una traducción de las Novelas¹⁸.

El Digesto, cuyo texto sigue la edición de Torelli (Lelio y Francisco, padre e hijo respectivamente) del año 1553 que fue hecha con mucho cuidado sobre el manuscrito llamado Florentina y recogidas ambas por los hermanos Kriegel. Sin embargo, pese a la delicada elaboración del texto latino no sucede lo mismo respecto al texto traducido al español, el cual en D. 27.10.1 se contradice con el texto latino. Este menciona al pródigo, mientras aquél al loco en forma exclusiva.

El Codex se halla editado en base a numerosos manuscritos y adiciones anteriores a la de Herman, la cual es tomada por García del Corral. Aunque el cuidado es igual al otorgado para el Digesto, también es cierto que la traducción dada a C. 5.51.3 es inexacta por cuanto el texto latino se refiere al curator y el texto en español sólo al tutor.

En la Instituta no hemos encontrado divergencias. Esta se ha editado en base a las principales publicaciones europeas.

Las Novelas, siguen la edición latina de Scrimger y Haloandro, que a su vez fue recogida por Osenbrüggen y García del Corral. No se perciben incongruencias, excepto con el texto griego que no fue tomado en cuenta, como sucede con la Nov. 72.8 (versión griega) y su correspondiente versión latina en Nov. 75.3. Lo mismo acontece con la Nov. 118 del texto griego y la Nov. 114 en la versión del

¹⁷ KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRUGGEN. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción de Ildefonso García del Corral. Barcelona. Jaime Molinas, editor. 1889. 6 t.

¹⁸ BONFANTE, Pietro. *Op. cit.* Vol.II. p. 232.

texto latino. Estas incongruencias son de numeración mas no de contenido.

4. Legislación romano-bárbara. Una parte de la legislación de los pueblos germanos ha sido tomada de la obra de Davoud-Oghlou¹⁹ y la otra de Baviera²⁰. Forman parte de la primera la Lex Sállica (cuya edición toma en cuenta varios manuscritos como el de Wolfenbuttle o de Eccard; el de Munich o de Feuerbach y el manuscrito de Lindenbrog o Lex Sállica emendata, último documento del cual se guía el autor por considerarla más intelegible a pesar de ser menos antigua y que nosotros seguimos); la Lex Ripuaria (que acoge la edición de Georgisch sin mayores referencias); Lex Angliorum et Verinorum hoc est Thuringorum (edición Georgisch); Lex Frisionum (edición Georgisch) ; Lex Saxonum (también sigue la edición de Georgisch) ; Lex Anglo-Saxonum (dentro de la cual se comprenden las leyes o los Domas de los Reyes Hlodhaeres y Eadrices así como las Leges Henrici, ambas extraídas de la edición de Thorpe, Londres de 1840 y las Leyes de los longobardos (Edictum Rotharis y Grimoaldi Leges; Liutprandi Leges y Aistulphi Leges, todos de la edición Georgisch). La segunda parte procede como hemos mencionado, de la obra de Baviera quien compilo y editó la Lex Romana Burgundionum y la Lex Romana Visigothorum (ésta fue consultada en virtud de los fragmentos que Baviera señala como precedentes de dicha Ley, los cuales se encuentran en el Epítome de Gayo e insertos en las Sentencias de Paulo).

Por otro lado, se halla la edición de Liber Iudiciorum y del Fuero Juzgo en la colección de Códigos Españoles Concordados y Anotados a cargo de la Imprenta La Publicidad, dirigida por D.M. Ribadeneyra y que se basa en la edición de la Real Academia de la

¹⁹ DAVOUD-OGHLOU, Garabed Artin. Histoire de la Legislation des Anciens Germains. Berlín. G. Reiner. iLibraire-Editeur. 1845. 2 t.

²⁰ BAVIERA, Johannes. Fontes Iuris Romani Antejustiniani.. Florentiae. APUD S.A. 1940. Pars Altera. Auctores. pp. 231-417 y pp. 656-750.

Historia de España, con estudio preliminar de Joaquín Francisco Pacheco y Fermín de la Puente²¹. Puede notarse que citamos ambos cuerpos legales al mismo tiempo a lo que nosotros manifestamos que se trata de favorecer el contraste y la semejanza entre ellos, pero de ninguna manera se pretende asimilarlos a un tiempo y realidad distintos a los que ambos pertenecen, ya que el Liber Iudiciorum corresponde a la Alta Edad Media y el Fuero Juzgo (su traducción en romance) a la Baja Edad Media. Dicha Edición del Fuero Juzgo incorpora notas comparativas entre el texto y los manuscritos que existen de aquél, pero no señala el manuscrito que sirve de base a la edición. Lo mismo se presenta con el Liber Iudiciorum, con la diferencia que en éste no existen notas.

5. Legislación alfonsina. Respecto a la legislación de Alfonso X hemos utilizado el Fuero Real y el Código de las Siete Partidas, en especial al último de los mencionados por constituir la fuente supletoria del derecho indiano como mayor riqueza normativa sobre la tutela y curatela que otras fuentes anteriores o posteriores.

La edición que utilizamos tanto del Fuero Real como del Código de las Siete Partidas es la edición de los Códigos Españoles Concordados y Anotados²². En el Fuero Real, dicha edición agrega

²¹ REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (compiladora). Liber Iudicum aut Codex Wisigothorum. Con discurso preliminar por Joaquín Pacheco y Fermín de la Puente y Apechea. Incluye glosario. En: Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1847. Tomo I. pp. V- 93. REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA (compiladora). Fuero Juzgo ó Libro de los Jueces. Con notas hechas por la compiladora. Incluye glosario. En: Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1847. Tomo I. pp. 13-218.

²² ALFONSO X (en el texto se consigna Alfonso IX, lo cual es errado). El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alfonso IX. Con introducción y notas, pero sin indicación del autor de las mismas. En: Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1847. Tomo I. pp. 347-424. LÓPEZ, Gregorio (compilador). Las Siete Partidas del Rey D . Alfonso El Sabio, glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo de Indias de Su Magestad, con nuevos comentarios y las

notas y concordancias con otros textos legales castellanos, pero no existe referencia alguna sobre los manuscritos que han servido para editar el texto. De igual manera, lo anterior puede verse en el Código de los Siete Partidas y que recoge la edición de Gregorio López. Este se basó en el cotejo y corrección de muchos códices y de la edición de Díaz de Montalvo (que había dejado mucho que desear y por ello superada por la de Gregorio López) con lo cual se logró un texto fijo y que luego sería considerado como oficial por Carlos V. Sin embargo, como afirmó García-Gallo²³ se trata de un texto que tuvo la finalidad de ser aplicado en los tribunales castellanos e indianos, lo cual no ofrece garantías sobre su autenticidad respecto al texto que sancionó el mismo Alfonso X y que correspondería al siglo XIII. Por este motivo, en nuestra investigación las Partidas se comparan con el Formularium Instrumentorum del siglo XIV y con otras cláusulas notariales del siglo XV, lo que determina la influencia de la legislación sobre la práctica notarial. Además debemos mencionar que a pesar de la inseguridad sobre la originalidad del texto en la Edad Media, este problema no tiene importancia cuando lo confrontamos con la aplicación de las Partidas en Lima, porque ya se había considerado a la edición de Gregorio López como la auténtica y en base a ella se aplicó el derecho.

6. Legislación castellana posterior al reinado de Alfonso X. El ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro y Nueva Recopilación de Leyes de Castilla se han utilizado en base a la edición de Los Códigos Españoles Concordados y Anotados²⁴. Del

concordancias con los demás códigos y con las leyes y disposiciones publicadas hasta el día. Introducción histórica por Pedro Gómez de La Serna. En: Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1847. Tomos II al V.

²³ GARCÍA-GALLO. El “Libro de las Leyes” de Alfonso El Sabio. Del Espéculo a las Partidas. En: Anuario de Historia del Derecho. Madrid. Tomo XXI-XXII. 1951-1952. pp. 344-528.

²⁴ DE ASSO, Jordán y DE MANUEL, Miguel (compiladores). El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho (Ordenamiento de Alcalá). Con discurso

Ordenamiento de Alcalá sabemos que para la referida edición se habían tenido en consideración manuscritos procedentes del Monasterio de Monserrate, de la Biblioteca de la Santa Iglesia Primada de Toledo y de la Biblioteca Real del Escorial. De todos ellos, se basaron los editores en un manuscrito de la Biblioteca que mencionamos en segundo lugar y que sirvió para superar las incorrecciones de los demás documentos. Sobre las Leyes de Toro no se indica de cuál edición se tomó para reeditarlas, aunque de la introducción hecha para la nueva edición de 1849 se recogió al parecer de la primera, la cual apareció en el año 1505, debido a que el autor de dicha introducción se guía del relato de Martínez Marina sobre una edición que coleccionó varias pragmáticas en un volumen (entre ellas las Leyes de Toro) y que fue publicada e impresa en muchas ocasiones, lo que nos induce a pensar que el autor de la introducción no la tuvo presente para la reedición²⁵ en que participó. En relación a la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla del año 1567, debemos mencionar que las disposiciones estudiadas respecto a nuestro tema de investigación se tomaron del texto la Novísima Recopilación de las Leyes de España del año 1805 (edición recogida del mismo año) que contenía la reproducción exacta de las normas de aquélla y que son indicadas con notas al final de las disposiciones, a diferencia de las que no provienen de dicho cuerpo legal y cuya edición reproducida corresponde a la del año 1745.

preliminar y texto por los compiladores. Reproducido en: Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1847. Tomo I. pp. 429-489.

²⁵ Leyes de Toro. Con introducción, pero sin consignar el nombre del autor de la misma. En: Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1849. T° VI, pp. 553-554. Novísima Recopilación de las Leyes de España. Con introducción hecha por F. de Díaz y Mendoza. En: Los Códigos Concordados y Anotados. Madrid, Imprenta de La Publicidad, 1850. Tomos VII al X. Leyes de la Nueva Recopilación que no han sido comprendidas en la Novísima. En: Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de La Publicidad. 1850. Tomo XI, 446 p.

7. Legislación indiana. Está representada de manera especial por el Cedulaario Indiano de Diego de Encinas (1596) y la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias (1680). El Cedulaario Indiano²⁶ ha sido editado en base al ejemplar impreso que se halla en la Biblioteca Nacional de Madrid que corresponde a la edición del año 1596 de número limitado de ejemplares y reproducido por facsímil por el Instituto de Cultura Hispánica en 1945. La Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias ha sido reeditada por el mismo Instituto en forma facsímil el año de 1943 y que recogió la edición de 1791 hecha en la Imprenta de la Viuda de Ibarra, pero en tamaño de cuarto de folio²⁷.

Para culminar la presente introducción, debemos añadir que nuestra investigación trata de seguir la senda de la objetividad, con el propósito de lograr una fiel reconstrucción de las instituciones que hemos estudiado, así como de las fuentes jurídicas que las exponen.

²⁶ ENCINAS, Diego de (compilador). Cedulaario Indiano. Reproducción facsímil de la edición única de 1596. Estudio e índices por el Doctor Don Alonso García Gallo. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1945. 4 t.

²⁷ INSTITUTO DE CULTURA HISPÁNICA (compilador). Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Madrid. Ediciones del Instituto de Cultura Hispánica. 1943. 3 t.

Capítulo I

Antecedentes

I.1. - Derecho Romano.

I.1.1. - Sección Introductoria.

1. La familia romana: Su doble sentido y las relaciones entre sus miembros.

La familia romana puede ser entendida como la reunión de todas las personas que tienen una misma autoridad a la cual están sometidos o como el conjunto de todos los agnados que se encontraron o se encuentran bajo la misma potestad doméstica. A la primera se le conoce como la familia propia iure dicta y que fuera definida por Ulpiano (texto recogido en el Digesto) ¹, como: “Familia con derecho propio decimos a las muchas personas que están sujetas a la potestad de uno solo por naturaleza o por derecho”. La segunda es conocida como *commune iure dicta*. Ulpiano la define como “a la familia con derecho común que decimos a todos los agnados; porque aunque muerto el padre de familia, cada uno tiene familia propia, no obstante todos los que estuvieron unidos bajo uno con potestad, sólo serán con razón llamados de la misma familia si fueron dados a luz de la misma casa y progenie”². La familia *commune iure dicta* se organizó con fines políticos y de defensa, además de motivos económicos y religiosos. Este orden se quebró con la consolidación de la ciudad como ente político judicial y económico.

Al morir el padre de familia se escinde la unidad de la familia *commune iure dicta* y los *fillifamilias* forman grupos familiares.

¹ D .50.16.195.2. KRIEGEL, HERMANN, OSENBRUGGEN (comp.) GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso (trad.). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Primera Parte. Digesto. T. III. p. 935 de cuya obra nos guiaremos en el desarrollo de la presente tesis.

² D .50.16.195.2.

Así también, se les concedió el derecho de conservar íntegro el patrimonio familiar en un régimen llamado *consortium inter fratres*.

La familia *proprio iure dicta* se fortaleció al crecer la Ciudad - Estado, pero al mismo tiempo decreció el poder del *paterfamilias* en cuanto a jurisdicción.

2. La agnación, la cognación y la afinidad.

La agnación era el vínculo que unía a todas las personas que estaban o habrían estado sometidas a la misma potestad doméstica. Por otro lado, estas personas tenían en común una legítima filiación que nacía de las justas nupcias o la adopción³.

La cognación era el vínculo que unía a todas las personas por el nacimiento y la procreación (*parentesco de sangre*). Podía ser en línea recta o colateral, ascendente o descendente.

La afinidad era el vínculo que tenían cada cónyuge con los parientes por cognación del otro.

3. El matrimonio.

El matrimonio romano era la unión de hombre y mujer fundada en la convivencia conyugal y en la *afectio maritalis*, prevaleciendo esta última como elemento subjetivo, ya que de faltar, cesaría el matrimonio. Sólo existía un tipo de matrimonio y no varias clases. Pero sí habían distintos estados de la mujer, la cual puede ser *uxor in manu* o *sine in manu conventione uxor*. Los requisitos para contraer matrimonio válido o *iustae nuptias* eran según Iglesias⁴:

³ CASTELLO, Carlo. *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*. Milano. Dott. A. Giuffré. 1942, p.p. 123-124. Ver también: JORS-KUNKEL. *Derecho Privado Romano*. Trad. de la 2da. Ed. alemana por L. Prieto Castro. Barcelona, Ed. Labor S.A., 1937, p. 93.

⁴ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 6ta ed. rev.. y aum. Barcelona, Editorial Ariel, 1979 p.p. 547 y ss.

- 1) Capacidad natural. Tener catorce años los varones y doce, las mujeres.
- 2) Capacidad jurídica. Ser libre y ciudadano
- 3) Consentimiento continuo de los cónyuges. Es decir que debían manifestar la intención de seguir casados, en forma habitual de conducirse como cónyuges.
- 4) Consentimiento de paterfamilias. Cuando los contrayentes no eran *sui iuris*. En el derecho clásico se exigía para las mujeres *sui iuris*, el consentimiento del tutor.

Los impedimentos absolutos eran:

- 1) Cuando existe matrimonio precedente no disuelto
- 2) La esclavitud de uno de los cónyuges.
- 3) Cuando existan el voto de castidad y órdenes mayores (Derecho justiniano).

Los impedimentos relativos eran:

- 1) El parentesco de sangre o cognación.
- 2) El parentesco espiritual, es decir, entre padrino y ahijada.
- 3) La afinidad.
- 4) El adulterio y el rapto.
- 5) Otros motivos:
 - a) Entre tutor y pupila, mientras no se rindan cuentas, así como también con sus descendientes bajo sanción de nulidad (senadoconsulto de Marco Aurelio Cómmodo).
 - b) El magistrado provincial con mujer de la provincia donde ejerce el cargo.
 - c) Los militares
 - d) Entre senadores y sus descendientes con libertas. Desapareció con Justiniano.

- e) La mujer antes de los diez meses de la disolución del anterior matrimonio (derecho clásico) o antes del año (derecho justiniano).
- f) Entre cristianos y judíos (derecho postclásico).

Los efectos del matrimonio fueron:

- 1) Defensa de la esposa (interdicta de uxore exhibenda et ducenda, para quien la retenga indebidamente).
- 2) Ambos cónyuges tienen derecho a los alimentos y a la sucesión hereditaria.

El matrimonio se disolvía:

- 1) Por la muerte de los cónyuges.
- 2) Por la *capitis deminutio* máxima y media de cualquiera de ellos.
- 3) Por impedimento sobreviniente.
- 4) Por divorcio, que se producía por la pérdida de la *affectio maritatis* de uno o en ambos.

4. La patria potestas: Derechos que la componían. Extinción y límites jurídicos.

La patria potestas era potestad del paterfamilias sobre sus hijos. Esta podía crearse por el nacimiento o por adoptio. Por el primero, el hijo debía ser concebido en un matrimonio justo o *iustae nuptiae*; en caso contrario era ilegítimo si a pesar de haber nacido dentro del matrimonio había sido concebido fuera de él. Por la adoptio, un *alieni iuris* (adoptio en sentido estricto) o un *sui iuris* (*adrogatio*)⁵ cambiaban de familia.

⁵ SCHULZ, F. Derecho romano clásico. Trad. de la ed. inglesa (no indica) por José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, p. 136. Además: DE COULANGES, Fustel. La ciudad antigua. Trad. del francés por Carlos Martín. Lima, Ed. Peisa S.A., p.p. 93-127.

El paterfamilias, en virtud de la patria potestas tenía derecho de vida y muerte sobre sus hijos (*ius vitae necisque*); el *ius exponendi* y el *ius vendendi*, es decir los derechos de exponerlos y venderlos. Así también tenía el derecho de liberarse de las responsabilidades por daños al poder entregar al hijo que produjo el daño en noxa, a la familia del perjudicado y evitar la venganza privada o la de sangre. Además tenía el derecho de nombrar tutor testamentario para sus hijos; de prestar el consentimiento para el matrimonio de sus hijos *alieni iuris* y tomar como propios los bienes que los hijos pudieran adquirir.

La patria potestas se extinguía por:

- 1) Muerte o *capitis deminutio* máxima o media de quien la ejerce.
- 2) *Capitis deminutio* maxima o media del hijo
- 3) Emancipación (*capite deminutio* mínima del hijo).
- 4) Entrada en el sacerdocio como flamines diales o vestales.
- 5) Colocación de la dignidad de patricio o el nombramiento de cónsul, prefecto de pretorio, prefecto de urbe; o *magister militum* en el derecho justiniano.
- 6) Exposición inmoral del hijo y prostitución de la hija.
- 7) Matrimonio incestuoso por parte del padre.

Los límites a la patria potestad estaban dados en relación al *fas*, a los *mores* y a las leyes. De esta manera debía respetar el *fas* costumbres y leyes, haciendo que las respeten sus hijos. Por otro lado, una vez que ha consentido el matrimonio del hijo, no puede venderlo como esclavo⁶.

5. Las relaciones patrimoniales y familia.

El paterfamilias como sujeto de derecho en la época antigua del derecho romano en el único titular de derechos y obligaciones. Todo lo que las personas subordinadas a él por medio de la patria potestas, la *dominica potestas*, la *manu* o *potestas maritalis* y el *mancipium*, adquirirían, pasaba de pleno derecho a su propiedad. Sin

⁶ CASTELLO, Carlo. Op. cit. p. 112.

embargo este principio general fue atenuándose por el tiempo con la aparición del régimen de los peculios a favor del filifamilias.

El peculio era una cantidad determinada de dinero o bienes que se entregaban a filifamilias para su goce y administración. Según el D. 39.5.7 éste tenía libertad de disposición del patrimonio que tiene, pero no podía donarlo. El D. 15.1.4. disponía la revocabilidad del peculio en cualquier momento a la muerte del titular del peculio, este último retornaba al patrimonio del paterfamilias. Este era el llamado *peculium profectivum*.

Luego, en la época del emperador Augusto se creó el *peculium castrense* que consistía en un conjunto de bienes que el filifamilias adquiría en el servicio militar. Pero aquí sí tenía total disposición de los bienes, pudiendo donarlos según el C. 12. 36 (37).

Finalmente durante el gobierno de Constantino, la legislación dio lugar al *peculium quasi castrense* y al *peculium adventivum*. El primero de los citados consistía en el conjunto de bienes adquiridos por el filifamilias como funcionario imperial de la corte y se hizo extensivo a cualquier cargo público incluyendo la abogacía, el clero y donaciones del emperador o emperatriz. El segundo se refiere a todos los bienes adquiridos de la madre y que pasaban al filifamilias (por herencia). El padre era su propietario, mas no podía enajenarlos porque estaban reservados al hijo (C. 6.60.1). Sólo podía usufructuarlos.

En el derecho justinianeo se otorgaba la propiedad de estos últimos peculios al hijo, concediéndose al paterfamilias la administración y usufructo.

I.1.2. SECCIÓN PRIMERA.

1. Etimología y definición de tutela.

El término “tutela” proviene del latino “tueor” que significa observar, considerar, estar atento, cuidar de. Así mismo alude a la acción de administrar, dirigir, guardar, mantener, y proteger⁷.

La definición dada por Servio Sulpicio, expuesta por Paulo y recogida en el Digesto, alude a ello:

“I. Paulus, libro XXXVIII, ad Edictum. Tutela est ut Servius definit vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa”⁸.

Traducida al español se podría decir que la tutela es como la define Servio, la fuerza y la potestad dadas y permitidas por el derecho civil sobre un individuo libre para proteger a éste, que por causa de su edad no puede defenderse espontáneamente.

La definición latina nos indica que “*vis ac potestas*” es la fuerza y la potestad que ejerce el tutor sobre el pupilo, lo que debe interpretarse como el rezago de la antigua concepción de la tutela como un derecho del tutor, que era un agnado, perteneciente a la gens, y por lo tanto tenía el derecho de ejercitarla para conservar el patrimonio del paterfamilias fallecido dentro del grupo gentilicio y evitar su pérdida en poder de otro grupo⁹. Esto no parece

⁷ BLANCO GARCÍA, Vicente. Diccionario ilustrado latino-español y español latino. Madrid. Aguilar, 1968, p. 512.

⁸ D .26.1.1.

⁹ PACCHIONI, G. Corso di Diritto Romano. 2da ed. Torino. Unione Tipografica Editrice Torinese. Vol. 2 p.p. 107-108. Este autor menciona las palabras “*ius ac potestas*” como el concepto original de la definición serviana. No comparten esta interpretación SCHULZ Y MEIRA. Así Schulz. Op. Cit. p. 161, afirma que la tutela era definida por Servio (Cónsul el año 51 a.C.) como “*vis ac potestas* (...)”. Igualmente MEIRA, Silvio Instituições de Direito Romano, 4ta ed. rev. e aum. Sao Paulo, Max Limonad, 1971. Vol 1. p. 200, nota 69, transcribe la definición serviana tal como la tomamos del trabajo realizado por los hermanos KRIEGEL, HERMANN y OSENBRUGGEN. Op.Cit. T° II., p. 225 quien tomó

observarse de la lectura de la Tabla 5, 3; de la Ley de las Doce Tablas que prescribía:

“*III. Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto.*” (Como mandare en testamento sobre las riquezas o tutela tuyas, así sea el derecho).

Sin embargo, en los siguientes párrafos se mandaba que:

“*IV. Si intestato moritur, cui suus haeres nec sit, adgnatus proximus familiam habito.*” (Si muere intestado, sin heredero, que el agnado más próximo posea la familia).

“*V. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)*”. (Si no hay agnado, los gentiles poseerán a la familia).

“*VI. A falta de tutor nombrado por testamento, los agnados son tutores legítimos*”¹⁰.

Los párrafos citados nos revelan la tendencia conservadora de la Ley de las Doce Tablas, que recogiendo las relaciones gentilicias y familiares romanas, evita la dispersión del patrimonio fuera del ámbito de éstas. Todo debía estar dentro de la gens, porque ella representaba el vínculo religioso, político y de parentesco, de las diversas personas que participaban en forma solidaria de los mismos intereses. Así es difícil imaginar un grupo gentilicio sin bienes necesarios para lograr su subsistencia en la primitiva Roma, donde las luchas con las ciudades vecinas y las eventuales confrontaciones entre gens, producirían inestabilidad social. Ejemplo de ello es la presencia de las res mancipi, cuya

en consideración al Código florentino del Digesto, lo cual, nos parece más acertado, debido a que se trata del primer manuscrito de la obra jurídica justiniana, la cual sería posteriormente alterada por otras versiones.

¹⁰ ORTOLÁN, M. Historia de la Legislación romana. 9a ed. Madrid. Librería de D. Locadio López, editor, 1872, p. 102. Esta obra contiene las disposiciones de las Doce Tablas tanto en latín como en español. También puede verse la editada por RICCOBONO, Salvatore. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. Florentiae. APUD. S.A., 1941, Pars Prima, Leges, p. 38. Aquí el texto se encuentra integrante en latín.

enajenación requería de estrictas formalidades dado su carácter de bienes destinados al trabajo agrícola y artesanal.

De allí que la Ley decenviral previera en caso de inexistencia de tutor testamentario, se otorgara la tutela a los agnados, para que éstos administraran el patrimonio y la persona del pupilo (que era secundaria frente al patrimonio). Pero ambos desempeñaban una función viril¹¹, que consistía en la defensa del patrimonio del incapaz (impúber o mujer) como si defendieran sus propios intereses, ya que al no existir la representación directa en el Derecho romano, el tutor adquiría, enajenaba y defendía él mismo sin invocar el nombre de su representado (*gestio*) para *infantiae proximus* y su *auctoritas* solamente cuando el incapaz fuera *pubertati proximus*. En lo mencionado radica el significado de “*vis ac potestas*”. La “*vis*” era el acto material de poder ejercer la “*potestas*” y esta consistía de acuerdo a De Lima¹² en una efectiva subordinación del pupilo al poder del tutor cuya característica era la temporalidad. A su opinión agregamos que este poder generador de subordinación, se añadió también un poder de auxilio y consejo al *sui iuris*, que no atacaba su calidad de sujeto libre (*in capite libero*); reconocido además por las costumbres de los mayores y por la ley. En conclusión:

La *potestas* era un poder temporal (duraba hasta la pubertad en caso de los pupilos varones y en las mujeres perpetua) del tutor que generaba la condición de subordinación, pero con la finalidad de permitir un desenvolvimiento libre de la personalidad del pupilo en base a un patrimonio sin afectaciones ni pérdidas y sin destruir la calidad adquirida de *sui iuris* mediante atribuciones como la *gestio* y *auctoritas*.

La *potestas* del tutor se distingue de la *potestas* del paterfamilias en que ésta era un derecho personal, propio sobre el incapaz (le impone la incapacidad de derecho). En cambio, la *potestas* tutelar

¹¹ D'ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano. 2da ed. Pamplona. Ed. Universidad de Navarra S.A. p. 163. Tomado de D . 26.1.16 y C. 5.35.

¹² LIMA, Tito Carlos de. *A tutela e a patria potestas no Direito Romano*. Río de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1949, p. 14.

era tan sólo directiva y conservaba la calidad adquirida de *sui iuris* por el incapaz.

La potestas del paterfamilias era exclusiva sobre los miembros de su familia la potestas tutelar no implicaba necesariamente exclusividad, porque los agnados que tienen el mismo grado podrían ser llamados a ser tutores, porque todos tenían derecho a ello en el derecho antiguo y luego, podrían existir tutores honorarios y un tutor gerente encargado de la tutela, según el derecho posterior¹³. Por otro lado, la potestas del paterfamilias era perpetua, es decir, se extendía durante toda la vida de éste; en cambio, la potestas tutelar es temporal, porque termina con la pubertad (catorce años en los varones y doce en las mujeres).

A lo expuesto se une el término “*ad tuendum*”, que hace referencia a la protección que debe dispensar el tutor al incapaz. Debemos tener presente que esta función se realizaba en consideración a la persona del incapaz, ya no sobre el patrimonio, como el derecho antiguo, porque la definición serviana del Digesto ya modificada parte de la concepción post-clásica de que el tutor ejerce un oficio y un deber públicos (*munus publicum*). Es el término “*ad tuendum*” el que modifica el sentido original del texto serviano de “*vis ac potestas*” y lo adapta a la concepción post-clásica.

Las palabras “*eum qui propter aetatem se defendere necquit*” aluden a la incapacidad generada por la edad del pupilo. Lo interesante aquí es que ya no hace referencia a la incapacidad por el sexo, la cual habría sido eliminada por el transcurso del tiempo, a partir del emperador Claudio. Pero esta parte sobre la mujer es muy probable que se haya suprimido de la definición original según Serafini, al ser recogida en el Digesto¹⁴.

Es menester recordar que de acuerdo al derecho romano justiniano, la tutela no era un cargo de la administración imperial,

¹³ INST. 1.16.7.

¹⁴ SERAFINI, F. Instituciones de Derecho Romano. 9na ed. italiana y trad.. por José María Trías de Bes. Barcelona, Hijos de J. Espasa, Editores, 1915. T° II. p. 315.

sino un cargo de ciudadano en interés de la sociedad. En D. 27.1.15, podemos percatarnos de ello.

Se hace referencia a que la tutela “no es un cargo (*munus*) de la República, ni en lo que a los gastos se refiere, sino civil; tampoco se considera cargo provincial administrar la tutela”.

La mayor parte de la doctrina romanista la considera como un oficio y deber públicos (*munus publicum*)¹⁵. Más estos términos, al ser contrastados con el fragmento expuesto, podrían parecer contradictorios, lo que no es cierto, porque en él se puede deducir que se refiere al cargo de ciudadano y al deber que tiene que cumplir frente a la sociedad romana cuando alude a cargo civil¹⁶.

2. Clases de Tutela.

2.1. Tutela de los impúberos.

1) Constitución. La constitución se realizaba sobre impúberes que no se hallaban bajo la patria potestas de paterfamilias, es decir, eran *sui iuris*, que no estaban tampoco bajo la potestas tutelar.

El impúber era el menor de catorce años en los varones o de doce en las mujeres. Hasta dicha edad los impúberes eran llamados también “pupilos” (*pupillus* que significa “pequeña muñeca” y que proviene del latín “*pupus*”) y que según Schulz se utilizaba para designar al impúber que tiene o debe tener tutor¹⁷.

¹⁵ INST. JUST. 1.13.1. Muestra la definición de Servio en forma similar a la que aparece en el Digesto; pero se diferencian que en aquella no aparece la palabra “*sponte*” que significa “espontáneamente”. En: KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRUGGEN. Ibidem. T.I. pág. 19.

¹⁶ MAYNZ, Carlos. Curso de Derecho Romano. Trad. al español por Antonio José Pou y Ordinas. Barcelona. Jaime Molinas, Editor, 1888, T° III., p.p. 160-161. Cita textualmente la definición de Servio y agrega que “en el derecho de Justiniano, que considera la tutela como una carga impuesta únicamente en interés del impúber, las palabras *vis et potestas* son solamente una ampliación retórica (...)”.

¹⁷ SCHULZ, F. Op. Cit. p. 156.

Debemos mencionar al término “infans” que significaba originalmente según De Lima, individuo incapaz de hablar las fórmulas del ritual baconiano en forma comprensible¹⁸; luego en el derecho posterior sirvió para indicar al menor de siete años (infans minor) para diferenciarlo del infante mayor (infans maior) capaz de recitar el ritual. Pero debía esperar hasta cumplir los catorce años para demostrar a la familia y a la sociedad que no solamente había llegado a la pubertad, sino también que podía recitar el carmen en honor a Baco. A esta ceremonia se le conocía como “Liberalia” y en ella el púber recibía la toga viril.

Durante mucho tiempo, especialmente durante la época clásica, existieron opiniones discrepantes acerca del momento en que el pupilo se convertía en púber. Así tenemos la posición de los Sabinianos que determinaron la pubertad basándose en la inspección del cuerpo (inspectio corporis). Pero los Proculleyanos señalaron que la pubertad empieza a los catorce años, de acuerdo con las costumbres¹⁹. Justiniano se inclinó por la postura de los proculleyanos²⁰.

¹⁸ DE LIMA, Carlos. Op, cit. p. 22.

¹⁹ GAYO. Inst. I, 196. Señaló que los varones al empezar la pubertad se liberan de la tutela. Expresó que Sabino, Casio y otros de sus preceptores se inclinan por la ostentación de la pubertad por medio de la muestra del cuerpo, para determinar que tiene edad en que puede procrear. Sin embargo, mencionó que existen otros autores que estiman suficiente la edad de catorce años para que los pupilos sean púberes. ULPIANO. Tit. Corp . 11, 28, hizo referencia que los varones se liberan de la tutela con la pubertad, y que según los seguidores de Casio, ésta se determina con la muestra del cuerpo, concluyendo así que se está en posibilidad de procrear y que los Proculleyanos opinan que la pubertad comienza con los catorce años cumplidos. Ver. BAVIERA, J. Op.cit. p.p. 47 y 276. A Justiniano le pareció mejor la idea de los Proculleyanos por razones de castidad y pudor. Ver: Inst.1.22. Debemos agregar que en cuanto a la edad, se prosiguió con el criterio adoptado antiguamente que para los varones comenzaba la pubertad después de cumplirse el “décimo cuarto año” y a las mujeres el “duodécimo año”.

²⁰ SCHULZ, F. Ibidem. P. 156. Menciona el autor tres posturas: a) La sabiniana; b) la proculleyana y c) otra doctrina que proclamaba de pleno derecho la pubertad del pupilo. Sobre la sabiniana nos refiere que era partidaria de mantener la antigua costumbre de la ceremonia de investidura de la toga viril (*liberalia*) y de la inscripción del púber en el censo. La doctrina proculleyana estimaba la pubertad al llegar a los catorce años. La tercera (según él) que surgió en el siglo

Para que existiera una constitución válida de tutela era necesario que existiera un tutor capaz y que el tutor no se excusase.

- a) Condiciones para ser tutor. Al principio, en derecho romano se requería ser *sui iuris*; tener los estados de libertad, ciudadanía, de familia, ser agnado, varón y tener la capacidad de discernimiento. Ello se deduce de las disposiciones contenidas en la Ley de las Doce Tablas, donde podemos apreciar que las mujeres están excluidas de ejercer la tutela, y es más, estaban sometidas a la perpetua de sus agnados (L.XII.T.5.1) debido a que los romanos consideraban que tenían un espíritu poco serio e idóneo para los negocios según lo que nos expresa Gayo en su Instituta I, 144, 145, 155 y 157. Los agnados tenían fundamentado su derecho a ejercer la tutela en la conservación del patrimonio familiar. Este debía permanecer en interior de la familia agnaticia. Todos los parientes que tenían un ascendiente común varón tenían derecho tanto al patrimonio como a los derechos que emanaban de la participación en los rituales privados de la religión doméstica, como la de presidir las ceremonias y sacrificios, en conservar y recitar las fórmulas secretas de éstos, entre otras. No podía concebirse que las mujeres administraran el patrimonio familiar agnaticio, porque al casarse ellas pasarían a formar parte de la familia del marido renunciando a sus tradiciones y adquiriendo las de su cónyuge. Al adquirir la potestad marital, el esposo podría tener derecho al patrimonio de su esposa y a los rituales con sus fórmulas sagradas de la religión doméstica, lo cual no podía suceder ya

II a.C. en que “un muchacho era legalmente púber cuando tenía catorce años y lo era en realidad” (sic.)

BONFANTE, P. Historia del Derecho Romano. Trad. de Santa Cruz Tejeiro. Madrid, Edit. Trillas, 1944, Vol. II., p. 329. No dice más detalles. No hace mención a la tercera posición, e indica que los Proculeyanos estaban de acuerdo con las costumbres sociales (al contrario de lo mencionado por Schulz para la opinión de esta escuela) y que los Sabinianos se basaban en la *inspectio corporis*. Lo dicho por BONFANTE, nos parece lo más fiel a las fuentes, ya que hemos podido corroborarlo fehacientemente en la anterior nota, en base a ellas.

que sí tomamos en cuenta que la gens fue un ente político, religioso, social y económico durante largo tiempo, no sería del agrado de sus miembros compartir sus bienes con los individuos de otras gens porque de la supervivencia de su patrimonio y religión privada dependía la existencia de la organización de aquella.

El derecho justiniano permite que sean tutores testamentarios, el padre de familia y el hijo de familia²¹. Pero a éste, le exige el cumplimiento de los veinticinco años de edad para poder ejercer la tutela²².

La tutela legítima en esta época recae sobre los agnados. Pero a consecuencia de la Novela 118, se permite que la madre y la abuela tengan preferencia sobre los demás candidatos a ser tutores legítimos. Sin embargo, el objeto de esta disposición se remonta al tiempo de Teodosio I, Valentiniano y Arcadio, que otorgaron el derecho a las mujeres de pedir la tutela a falta de otros parientes, con la condición de no volverse a casar, pero si aún, llegaran a casarse hipotecarían los bienes de su segundo cónyuge. Esto fue repetido en la Novela 118, cuando condicionaba el derecho a ejercer la tutela a la renuncia de contraer nuevas nupcias y los beneficios del Senadoconsulto Veleyano.

En la tutela dativa, el magistrado verificaba el cumplimiento de las condiciones por el candidato a ser tutor en virtud de una información que debía rendirse sobre su persona y bienes de acuerdo a leyes Atilia (en Roma), Julia y Titia (en provincias), lo que fue recogido en el Digesto e Instituta²³.

También se prescribió que el loco, el mudo y el sordo no podían ser tutores, porque el cargo exigía que los sentidos estén en buenas condiciones para poder desempeñar la gestio y dar auctoritas²⁴. Pero en caso de que un loco fuera nombrado tutor, se prescribió

²¹ INST. 1, 14.

²² INST. 1, 14. 2.

²³ INST. 1, 20. 1 al 5; D . 26.5.21. S.D. 27.8.7; C.5.66.1. y C.S.66.2.

²⁴ D . 26,1. 1 a 3.

que debía serlo cuando hubiera comenzado a ser cuerdo²⁵. Se permitió no obstante, en la Instituta de Justiniano 1.14.1 que el esclavo pudiera ser nombrado tutor por testamento, al mismo tiempo que se lo manumitía. Si no se hiciera ésta, se estableció que se reputaba haberlo manumitido tácitamente.

En general, el derecho romano justiniano admitió como impedimentos para ejercer la tutela a las siguientes causas:

1. Ser peregrino (extranjero)²⁶.
2. Ser menor impúber²⁷.
3. Las mujeres no podían ejercer el cargo, hasta que el derecho postclásico y precisamente el justiniano les permitió hacerlo con posterioridad²⁸.
4. Los militares, quienes por razón de su servicio no podrían encargarse de la protección del menor. Salvo que fueran nombrados tutores por testamento de su compañero de armas²⁹.
5. Los mudos, los sordos, los furiosos y cualquier persona que adoleciera de enfermedad o incapacidad física o mental que le hiciera difícil encargarse de la tutoría³⁰.
6. Los Obispos y los monjes³¹.
7. Los menores de veinticinco años según el derecho justiniano. Antes según MAYNZ, sólo estaban dispensados de ejercer la tutela. Con JUSTINIANO, devienen en incapaces³².

²⁵ D .26.1, 11.

²⁶ GAYO. Inst. 1, 23; ULPiano . TIT. CORP. 11, 16 como precedentes. INST. 1.22.4.

²⁷ VAT. FRAG. 151, 183, 223 como precedentes. Está implícito en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano en relación al menor de veinticinco años.

²⁸ D . 26.1.18.

²⁹ C. 5.34.4. concordante con D . 27.1.23.1.

³⁰ D . 26,1-1. 2 y 3.

³¹ NOV.78 permitió a los monjes y clérigos ser nombrados tutores, más no administrar.

³² INST. 1.14.2.

8. Los acreedores, deudores o cualquiera que tuviera litigio o enemistad con el pupilo, excepto la madre y la abuela³³.
9. Los esclavos no manumitidos en testamento y en forma expresa, nombrándolos tutores³⁴.

Tienen incapacidad relativa los que no teniendo las calidades aludidas, sin embargo, el magistrado los excluye del derecho a ejercer la tutela por considerar sospechosa su petición o por tener conocido encono contra el padre y el pupilo antes de haberse dado el testamento, en el cual el padre le nombra tutor del hijo (D.27.1.6.17.).

- b) Excusa. La excusa fue el derecho que le asistió al tutor dativo para no ejercer la tutela debido a la existencia de ciertas causas. Pero éstas aún no estaban definidas en el derecho romano antiguo, pero a nivel doctrinario, paulatinamente se fueron indicando. Sin embargo, debemos mencionar que la Ley Papia y Poppea (9 a.C.) permitió la excusa de ejercer tutela a quien tuviese tres hijos en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias. También en los Fragmenta dicuntur Vaticana (conocida como Vaticana Fragmenta) se recopilan varias causas de excusa, como la existencia de tres o más tutelas o curatelas, los que padecen de artritis o epilepsia (frag.130); el liberto que gestiona los negocios del senado romano (frag.131); los que cuidan al emperador (frag.136) entre otras³⁵.

El *Tituli ex corpore Ulpiani*³⁶ se refiere al tutor sospechoso, considerándolo como causal para excusarlo y sustituirlo por otro más idóneo; pero no da más detalles. Estos sí se encuentran en las

³³ VAT. FRAG 139 como precedente; INST. 1.25.4.; D .27.1.20 y 21; C.5.34.8; C.5.62.7 y 16. JUSTINIANO en Nov. 72.1.3 creó la incapacidad, que antiguamente no existía de acuerdo a MAYNZ Op. Cit. T.III. p. 168. Nota 9.

³⁴ INST. 1.14.1. concordante con D .26.2.10.4.

³⁵ VAT. FRAG.. 123-247. En BAVIERA, J. *Ibidem*. t. III. p.p. 494-512. Esta es la Edición de que nos servimos para la presente tesis.

³⁶ ULPIANO. Tit. Corp. 23.

Sentencias de Paulo³⁷ donde se enumeran las causas de excusa, las cuales son:

1. Enemistad capital hacia el padre o al hijo.
2. Los que administran curatelas o tutelas.
3. Los sordos, los mudos o los furiosos.
4. Los pobres.

En el siglo IV se extendió a otras clases de tutela el régimen de la excusa.

El derecho Justiniano expone las causas de excusa siguientes:

1. Tener tres hijos en Roma o cuatro en Italia o cinco en las provincias³⁸.
2. Tres tutelas, consideradas cada una con su correspondiente patrimonio para administrar³⁹.
3. Ejercicio de cargos públicos⁴⁰.
4. Pobreza⁴¹.
5. Analfabetismo⁴².
6. Salud deficiente⁴³.
7. Tener más de setenta años⁴⁴.
8. Los profesores de gramática y retórica⁴⁵.
9. Los médicos y otros profesionales⁴⁶.
10. Los atletas premiados⁴⁷.
11. Los filósofos⁴⁸.

³⁷ PAULO. Sent. Recep. . 27.1. al 6. En: Baviera, J. *Ibidem*. T. III. P.P. 352-353.

³⁸ D .27.1.2.2; 3,4,y 7. Además D .27.1.45.2 y C.5.66.1. INST. 1.25.

³⁹ D .27.1.2.9; D .27.1. 3 al 5. INST. 1.25.5.

⁴⁰ D .27.1.8 . D .27.1.10.5.; D .27.1.6.14, 16. D .27.1.9. INST. 1.25.1; INST.1.25.14.

⁴¹ D .27.1.7 y D .27.1.40.1. e INST. 1.25.6.

⁴² D .27.1.6.19 e INST. 1.25.8.

⁴³ D .27.1.10.8. e INST. 1.25.7.

⁴⁴ D .27.1.2 e INST. 1.25.13.

⁴⁵ D .27.1.6.8. e INST. 1.25.15.

⁴⁶ D .27.1.6.8 e INST.1.25.15.

⁴⁷ D .27.1.6.13.

⁴⁸ D .27.1.6.7.

12. Enemistad capital⁴⁹.

13. Los doctores en leyes que enseñan en Roma⁵⁰.

Lo primero que se puede advertir de esta relación de causas de exención es una pródiga delación de privilegios, así como también la preferencia entre órdenes o estados de las personas en la sociedad y en el Imperio.

La primera causa de exención era tener más de tres hijos en Roma y otros más en provincias, que tiene antigua procedencia en la Lex Papia Poppea, recogida en su idea principal, en dos fragmentos de los Fragmenta Vaticana. El primero de ellos con el número 191, se refiere a la disposición dada por el emperador Severo a Claudio Herodiano, que prescribía que tres hijos en Roma y cuatro en Italia ameritaban la excusa del cargo de tutor. El fragmento número 192, indica en forma separada la causa de excusa que tienen las personas llamadas a cargo, con cinco hijos⁵¹. En cambio, en los fragmentos de Modestino añadidos al Digesto, no se hace referencia al número de hijos, sino que escuetamente se señala que para poder excusarse tiene que haber una “multitud de hijos (...)” (sic) como podemos apreciar en el D. 27.1.2.2. El fragmento siguiente, el número tres de la misma referencia ya indicada del Digesto, agrega la condición de legitimidad⁵² para que proceda la excusa “aunque no estén en potestad”, señalándose a los hijos mayores de veinticinco años, a los manumitidos y la hija dada en matrimonio.

En el Código de Justiniano⁵³ se repiten las disposiciones contenidas en la Lex Papia Poppea y en Fragmenta Vaticana, con la diferencia frente a la última, ya que no se disgrega el contenido sobre el número de hijos para eximir del cargo al llamado a ejercerlo. Pero sí aparecen diferencias en cuanto al término “incólumes” (*incolumium*) y de cuyo estado no se duda “*quorum*

⁴⁹ D. 27.1.6.17 e INST. 1.25.9.

⁵⁰ D. 27.1.6.12.

⁵¹ VAT. FRAG. 191 y 192.

⁵² La legitimidad referida como consecuencia de las justas nupcias.

⁵³ C. 55.6.1.

etiam status non ambigitur” que aparecen en el Código, más no en Fragmenta Vaticana, donde se hace sólo referencia a los municipios de Italia, sin adjetivizar. De esto, no podemos concluir si hay interpolación o transcripción fiel en el Código respecto al contenido de la constitución de los emperadores Severo y Antonino; pero sí opinamos que en Fragmenta Vaticana pudo omitirse ciertos términos del original, ya que el texto de ésta sólo hace referencia de la norma⁵⁴. En D. 27.1.2.8., se prescribía que el número de hijos que darían excusa debería existir antes nombramiento, de lo contrario no procedía la excusa.

La existencia de tres tutelas o de curatelas hacía procedente el pedido de exención del cargo de tutor. El principio que rige esta causa de excusa es el de protección y auxilio al impúber, y que es deber del tutor preservar al menor y su patrimonio, a fin de que pueda desenvolverse adecuadamente en el futuro, es necesario que el tutor se avoque en forma idónea al fin propuesto con diligencia. De allí, que el tutor que no podía hacerse cargo de otra tutela pudiera solicitar la excusa en el término señalado de cincuenta días para quienes habitaban dentro de las cien millas de la ciudad donde se le nombró, de lo contrario ya no se admitía⁵⁵. Sin embargo hay un término especial para quienes vivían fuera de las cien millas, que era de cincuenta días, más los días de camino, más treinta días para interponer la excusa según la Constitución de Marco Aurelio recogida en D. 27.1.13.2.

El número de tutelas se computaban de acuerdo al número de patrimonios independientes y no por el número de pupilos, de acuerdo al D. 27.1.2.9 concordado con el fragmento de Ulpiano inserto en D. 27.1.3.1. Ello obedecía a la necesidad de salvaguardar el patrimonio del pupilo para asegurarle su manutención y futuro desenvolvimiento personal y porque también se evitaría que la excusa por el número de tutelas ascendiera, ya que si se tomara en cuenta el número de pupilos y no el de patrimonios, la disposición referida a la procedencia de excusa para el que tuviera más de tres

⁵⁴ C.55.6.1. Se hace alusión a la fecha y a los cónsules, bajo los cuales se promulgó.

⁵⁵ D. 27.1.13.1.

tutelas o curatelas sería ampliamente superada en el caso de que en una familia hubiesen existido cuatro o más hermanos. Además se evitaría la multiplicidad de tutores sobre un mismo patrimonio, caso anómalo y de difícil manejo en el derecho clásico que se vio obligado a reconocer dos tipos de tutores, el tutor gerente y honorario, siendo el primero el que administraba directamente el patrimonio y cuidaba de la persona del pupilo. No puede obviarse la eventual discordia entre hermanos sobre cuestiones patrimoniales, que sería mayor si hubiesen existido dos o más tutores para igual número de aquéllos. Todo lo anterior podría resumirse en que debía existir un solo tutor para un solo patrimonio y para una pluralidad de impúberes, porque era imperiosa la necesidad de una sola dirección en los asuntos patrimoniales de los pupilos y de sus personas. En Vaticana fragmenta⁵⁶ también ubicamos el número de tres tutelas o curatelas para la exoneración del cargo.

El ejercicio de cargo público también dispensaba del cargo. Aquí debemos distinguir a los militares licenciados, los magistrados y los que se desempeñaban como servidores de las personas con altos cargos y de confianza del príncipe.

Los militares licenciados tenían un régimen de privilegio basado en la naturaleza del servicio que prestaron. Así, según D. 27.1.8 los que fueron militares tenían excepción de ejercer el cargo de tutela sólo con los particulares, más no con los de su misma clase, ya sean activos o licenciados. La obligación con los últimos llegaba sólo hasta los hijos y no a los nietos. Por otro lado, este privilegio era sólo temporal para los licenciados y se computaba por el lapso de un año, a partir de los cinco años de haber cumplido el servicio militar y luego ya no la tenían al expirar el período anual, hasta después de cumplir los ocho años de licenciado en donde el plazo de un año con derecho a examinarse de la tutela se duplicaba y después de doce, a tres años con tal derecho y así sucesivamente. Antes del plazo de un año o más según el tiempo de licenciatura o después de éste, no había derecho a excusarse del acuerdo a D. 27.1.8.3. Pero el derecho de excusa exigía para proceder, que los

⁵⁶ VAT. FRAG. 128.

licenciados hubiesen dejado el servicio militar en condiciones honrosas o por enfermedad (D. 27.1.8.5)⁵⁷.

Los presidentes de las regiones también gozaban del privilegio de excusarse de la tutela aunque sólo mientras desempeñasen sus funciones, de acuerdo al D. 27.1.6.14. Igualmente se extiende el privilegio a los magistrados de las ciudades⁵⁸.

Otras personas que hubiesen trabajado en los servicios públicos tuvieron beneficio anual de la misma manera que lo tuvieron los militares⁵⁹.

Por otra parte, el D. 27.1.15.2 prescribía que la dignidad no daba excusa, y que los senadores estaban obligados a ser tutores, aún de los de inferior categoría. Lo anterior se cumplía siempre y cuando el nombramiento de tutor o curador hubiese sido posterior al nombramiento de senador, de lo contrario se lo eximía, a no ser que el pupilo fuera hijo de otro senador⁶⁰.

Las personas que pertenecían a un orden inferior, podían serlo de las de orden superior, según D. 27.15.4 y C. 5.33; aquellas personas podían estar en la clase de los copistas de libros, los contadores, libertos⁶¹ entre otros. Pero el ingenuo podía ser eximido de la tutela del libertino⁶².

Dado que el cargo de tutor era uno de protección y auxilio, así como de administración de patrimonio, sería muy complicado para una persona pobre y analfabeta desempeñarse como tutor, por lo que se otorgaba la facultad de excusarse⁶³. De igual modo ocurría con la persona de salud deficiente⁶⁴ y la demás de setenta años⁶⁵. El

⁵⁷ El D. 27.1.8.4. y 12 distingue de los demás militares a los primipilarios (militares de primera lanza) y los guardias nocturnos, para quienes establece el régimen del orden y exclusividad frente a D. 27.1.8.6 que no hace distinciones entre los licenciados. Sólo pueden ser tutores del hijo otro licenciado primipilaro o de otro guardia nocturno respectivamente.

⁵⁸ D. 27.1.6.16

⁵⁹ D. 27.1.10.1.

⁶⁰ D. 27.1.15.3

⁶¹ D. 27.1.15.5

⁶² D. 27.1.44

⁶³ D. 27.1.6.19 concordado con D. 27.1.7.

⁶⁴ D. 27.1.10.8

⁶⁵ D. 27.1.2.

tutor debía gestionar personalmente y en nombre propio los negocios que beneficiaran al pupilo y en otras oportunidades debía prestar su auctoritas lo que exigía diligencia y discernimiento que se logran con buena salud, para no perjudicar el patrimonio pupilar.

Los Fragmenta Vaticana se refiere a estos casos de igual manera. En los fragmentos 185 y 240 se permitió la excusación de los pobres. El fragmento 238 se refiere a los furiosos perpetuos, a quienes excusa de ser tutores así como a los enfermos crónicos. Así mismo, los ignorantes (“*mediocritas et rusticitas*”) son excusados en el fragmento 244.

El derecho justiniano eximió de la tutela a todos aquellos que por razón de su oficio o profesión no hubieran podido dedicarse convenientemente a ejercer el cargo, aunque en ciertos casos existe una razón de mero privilegio. Este es el caso de los gramáticos, los retóricos, los filósofos y los médicos no podían ser soldados en contra de su voluntad ni a otro servicio, ni podían ser jueces, ni sacerdotes. Los doctores en leyes por principio general no tenían excusa; pero sí la tenían los que enseñaban en Roma, de acuerdo con D. 27.1.6.12. Igualmente ocurría con los atletas, que para eximirse del cargo debían haber sido premiados⁶⁶. En cambio, los panaderos estaban libres del cargo de tutela teniendo excusa sin condicionamientos, aún entre ellos. En D. 27.1.46 no se dan las razones de ésto, pero puede suponerse que la función que desarrollaban era muy importante y de la cual dependía la alimentación de las ciudades en gran medida y que dedicarse a un cargo de éste género equivaldría a dejar de producir; por otra parte podría entenderse el bajo nivel cultural de los mismos. No sucedió igual con los géometras quienes no tenían excusa⁶⁷.

La enemistad capital se convirtió en causa de excusa en el derecho de la época justiniana. Salvo que el padre del pupilo designara a su enemigo capital como tutor en su testamento⁶⁸.

⁶⁶ D.27.1.6.13.

⁶⁷ D.27.1.22.

⁶⁸ D.27.1.6.17.

El Código justiniano⁶⁹ prescribía que en caso de que el acreedor fuera nombrado tutor del deudor, perdía el derecho de petitionar el cobro. El D. 27.1.21, daba excusa a toda persona que tuviera litigio con el padre y el pupilo.

En el derecho anterior al Corpus Iuris Civilis de Justiniano existía, la facultad y a su vez la causa de excusa llamada *potior nominatio*, que consistía en el señalamiento de otra persona por quien había sido designado tutor, por el magistrado (tutor dativo) para eximirse del cargo, aduciendo que aquella persona era más hábil que él. Paulo en sus Sentencias⁷⁰ menciona que aquella procedía no sólo por cuestión “de grado del género”, sino por las substancia de la cosa de la familia, es decir, por la proximidad e interés familiar.

El liberto no podía ser tutor por medio de la *potior nominatio* según Paulo. En Vaticana Fragmenta se aprecia una mayor restricción, pues quien ha sido señalado para ser tutor por la *potior nominatio*, no puede hacer lo mismo con otro.⁷¹ El derecho justiniano no la tomó en cuenta como causa de excusa.

El extraño en el derecho romano-justiniano no fue eximido del cargo.⁷²

La excusa se presentaba en el plazo de cincuenta días para quienes vivían dentro de las cien millas del lugar donde se le otorgó el cargo⁷³. Pero sí se facilitó a quienes vivieran más allá de las cien millas, a que presentaran sus excusas en el plazo de cincuenta días, más los días de camino adicionados con treinta días para la presentación efectiva de aquella⁷⁴ cuando hubiesen llegado al lugar del nombramiento. Transcurridos los mencionados plazos cada caso, no procedía la petición de excusa, salvo que probara que tuvo contratiempos⁷⁵.

⁶⁹ C.5.34.8.

⁷⁰ PAULO. Sent. Recep. . 2.28 y 29.E.

⁷¹ VAT. FRAG 208.

⁷² D .27.1.13.14.

⁷³ D .27.2.38 concord. Con D .27.1.13.1.

⁷⁴ D .27.1.13.2.

⁷⁵ D .27.1.13.7.

El plazo de cincuenta días se consideró como “de días continuados” (naturales) desde el día en que se tomó conocimiento del nombramiento⁷⁶ a no ser de que se tratara de tutor elegido en lugar de quien no debería ejercer⁷⁷.

c) Delación. La delación es el otorgamiento de tutela. Según la delación, podemos distinguir tres clases de tutela llamadas: testamentaria, legítima y dativa.

1) Tutela testamentaria. Era aquella que se otorgaba por testamento y podía ser de dos clases llamada la primera, *tutela testamentaria perfecta o recte data (dada conforme a derecho)* y la segunda, con la denominación de *tutela testamentaria imperfecta o non recte data (no dada conforme a derecho)*.

a) Tutela testamentaria perfecta. Para que existiera en el derecho romano pre-justineano la tutela testamentaria perfecta se requerían los requisitos de capacidad para otorgarla y recibirla, así como la formalidad que debía emplearse.

a.1. Capacidad. Por lo que se refiere a la delación, quien practicaba el acto, tenía que reunir los requisitos generales consistentes en ser *sui iuris*, que implicaba los estados de libertad, ciudadanía y familia; ser agnado y varón y tener capacidad de discernimiento, más los requisitos especiales que eran primero, ser paterfamilias con patria potestad (no haber incurrido en *capitis deminutio*) y segundo, tener hijos impúberes bajo su patria potestad directa.

⁷⁶ D.27.1.13.9.

⁷⁷ D.27.1.13.12.

Para poder ser nombrado tutor se requería haber sido instituido heredero en el testamento y poseer los requisitos generales de capacidad ya nombrados⁷⁸.

a.2. La formalidad. Debía tener la delación de tutela testamentaria forma solemne⁷⁹ realizada en testamento que reuniera los requisitos de validez⁸⁰. El otorgamiento debía estar después de

8 GAYO. Inst. 1. 144 y 145. Se hace referencia al permiso que tienen los parientes de dar tutores por testamento a hijos que están bajo su potestad. En el fragmento 146 alude a la posibilidad de dar tutor por testamento a los nietos que no estén bajo la potestad de su padre a l momento de la muerte del testador. El fragmento 147, expresa que los póstumos pueden ser herederos del testador, siempre y cuando si hubieran nacido antes de la muerte de éste, habrían recaído bajo su potestad. ULPIANO. Tit. Corp 11.15. Igualmente, expresa que pueden darse tutores a los hijos que están en potestad. Así mismo, hace extensiva tal facultad a los latinos junianos. Estos y los ciudadanos romanos tenían la llamada "*testamenti factionem*" que se bifurcaba en capacidad de otorgar testamento, es decir, *testamenti factio activa* y en la *testamenti factio pasiva*, que consistía en la capacidad de ser instituido heredero, adquirir legados o ser nombrado como tutor por testamento. Los latinos junianos carecían de la última.

⁷⁹ Según GAYO Inst.1.149 debía expresarse en el testamento la fórmula "L.Titius liberis meis tutorem do" o la que rezaba "*liberis meis vel uxori meae Titius tutor esto*".

⁸⁰ De acuerdo al tipo de testamento, el derecho pre-justiniano prescribía los requisitos. Para las formas más primitivas, llamadas *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*. El primero se otorgaba ante los comicios curiados presididos por el pontífice máximo. No se conoce mucho de él. El *testamentum in procinctu*, se otorgaba cuando se iba a la batalla; mientras que el anterior, lo era en tiempo de paz. Luego aparecería el *testamento per aes et libram*, que consistía en la entrega por *mancipatio*, de una persona que no había hecho testamento y que se encontraba en situación de peligro de muerte, a otra persona para que dispusiera del mismo según ciertas indicaciones. De acuerdo a GAYO Inst.2.104 se requerían cinco testigos que fueran ciudadanos romanos púberos; el testador que hace la *mancipatio* por fórmula; su patrimonio y otra persona que lo recibiera, que debía también dar fórmula. Luego procedía este a golpear la balanza con un trozo de cobre y lo entregaba al testador, quien debía pronunciar *nuncupatio* con las tablas del testamento en la mano. Se le denominó también testamento civil sí reunía las formalidades. El acto mancipatorio (considerado como testamento por interpretación jurisprudencial para el caso mencionado) tiene la parte oral ya relatada y otra escrita, que supone la envoltura y signación por los cinco testigos de testamento escrito en las tablas. También existió el

la institución de heredero, pues en ella se instituían como herederos al impúber y al tutor, presupuesto indispensable para que existiera la tutela testamentaria.

Los efectos del nombramiento permitían al tutor ejercer tanto la auctoritas como la gestio. La persona nombrada era tutora, desde el momento en que el testamento entraba en vigor, automáticamente.

En el período clásico (la etapa que pertenece al imperio), la tutela imperfecta era susceptible de confirmación, de acuerdo a las constituciones imperiales. Sin embargo, este tutor si era confirmado, ya no tenía como fundamento de su cargo al testamento, sino a la decisión del magistrado. Era un tutor cuyas funciones, derechos y obligaciones, estaban ceñidos al régimen de la tutela dativa. Pero en la época clásica estaba registrada su delación a un senadoconsulto o posteriormente en la época imperial, de una constitución que otorgara la autorización al magistrado para hacerlo. No podía recurrirse al tutor legítimo, ya que el testador al nombrar tutor había excluido la posibilidad de que existiera la tutela legítima.

testamento pretorio, llamado así porque el pretor concedía la posesión a los herederos instituidos en las tablas; pero sin garantía definitiva, por no haberse cumplido las formalidades de la *mancipatio*. En la época post-clásica se puede hallar el testamento escrito y oral o nuncupativo. En el derecho justiniano el testamento escrito exigía dos testigos, las suscripciones de los testigos y del testador. El nuncupativo exigía siete testigos reunidos a un mismo tiempo para escuchar la última voluntad del testador (INST.2.10.3 y 14 con C.6.23.21.). En los testamentos especiales, como el testamento dado en tiempo de peste, bastaban cinco testigos concurrentes o no a la expresión de la última voluntad del testador, y de igual forma para el testamento de condiciones rurales, con la diferencia, que se permitía a otras personas firmar en lugar de los testigos analfabetos (C.6.23.8 y C.6.23.31 respectivamente). El testamento militar tenía validez independientemente de su forma, siempre que se encuentren expresadas la voluntad y la seriedad del testador (D.29.1.1). Hay que mencionar, que en D .26.2 no se permite dar tutor a los militares. La razón posiblemente esté en el servicio que ejecutaban. En cuanto a quienes tenían la capacidad de testar en la etapa antigua y parte de la clásica eran el paterfamilias, el esclavo público (del Estado) el *filiusfamilias* en cuanto a su peculio y la mujer liberada de la tutela por compra fiduciaria (*coemptio testamenti faciendi causa*) hasta que a partir de Adriano se le concede la capacidad (GAYO, Inst.1.115 A.).

b) Tutela testamentaria imperfecta.

El derecho justiniano modificó las condiciones en que debía darse la tutela testamentaria perfecta.

1. Capacidad. Para quien otorgaba la tutela testamentaria se exigía ser *sui iuris*, y consecuentemente los estados de libertad, de ciudadanía y de familia⁸¹. Para mayor redundancia, debían tener la *testamenti factio* activa y no ser militar⁸², ser ascendiente con potestad directa sobre sus descendientes (ya fueran éstos varones o mujeres, nietos bajo su potestad o que lo estarían si hubieran nacido mientras vivía el testador, como lo fueron los póstumos)⁸³, así también la madre respecto al hijo instituido como heredero, pero no al desheredado⁸⁴.

⁸¹ Según INST. 2.12, no podían lícitamente hacer testamento los que estuvieren en potestad de otro como los impúberos (porque “no tienen juicio en su inteligencia”, según la mencionada disposición); los locos (“carecen de razón”) a no ser que lo hayan hecho antes de serlo; el pródigo (salvo que lo hiciera antes de serlo); el sordo y el ciego, quien sólo puede testar bajo forma especial introducida por ley del emperador Justino; por último, quien haya caído prisionero y sí lo hubiera hecho sería inválido aunque hubiera regresado, excepto que lo hubiera hecho en ciudad romana y regresara (de acuerdo al derecho de *postliminio*) o hubiese fallecido allí (ley Cornelia).

⁸² D .26.2.2 no da razones sobre la exclusión de los militares. Nos inclinamos por la razón basada en la naturaleza del servicio militar, que impedía que se ejecutara el cargo en forma conveniente. LUZÓN DOMINGO, Manuel. El Derecho Militar de los Romanos, Murcia. Sucesores de Nogués, Editores. 1952. p. 30, señala que el militar era incapaz como consecuencia de las atenciones del servicio y por razón de la disciplina para el ejercicio de la tutela con la salvedad de que fuera nombrado tutor por un compañero.

⁸³ D .26.2.1.1 fragmento atribuido a GAYO, perteneciente a su obra Comentarios al Edicto provincial, libro XII. Concordante con D .26.2.5. Estos fragmentos no difieren de los pertenecientes a sus Institutas y al Epitome. Por otra parte, hay que advertir que con “bajo potestad directa” se alude a todos los agnados, según INST. 1.9.3.

⁸⁴ D .26.2.4. Pero hay que señalar que respecto a la madre procede la información como presupuesto de la confirmación. En cambio para el padre no es necesario, aunque fuere no conforme a derecho. Concordancias con C.5.28.4, C.5.29.1.2.e INST. 3.3.

Podía ser nombrado tutor el esclavo manumitido⁸⁵, el loco siempre que recuperase la razón y el menor de veinticinco años cuando los cumpliera⁸⁶, todos ellos junto aquél que tuviera los requisitos de ser *sui iuris*, los estados de libertad, ciudadanía y familia, más la *testamenti factio* pasiva.

2. La formalidad. El nombramiento podía hacerse en testamento solemne como también por medio de codicilos⁸⁷ confirmados en testamento en cualquiera de ambos casos, el cargo se daba bajo fórmula adecuada que expresara en forma fehaciente la persona sobre la cual recaería aquél⁸⁸. Es por ello que se consideró inválido el nombramiento realizado a persona incierta.⁸⁹ Además se tuvo por inválido al discernimiento de tutela que tuviera por fin el cuidado de bienes o causas⁹⁰ porque este cargo se otorgaba a favor de la persona, para su protección y auxilio en cualquier circunstancia. Lo anterior supone la manifestación clara del cambio producido desde la antigua concepción de la tutela como derecho y señorío del heredero de los agnados o gentiles, según la Ley de las Doce Tablas. El Corpus Iuris Civilis de Justiniano concretó el principio de que la tutela se debe al afecto hacia el pupilo y no se constituye sobre la patria potestas o el derecho de los agnados y gentiles.

⁸⁵ INST. 1.14.1.

⁸⁶ INST. 1.14.2.

⁸⁷ D .26.2.3. y D .26.2.8.

⁸⁸ D .26.2.16., expone la fórmula “*fillis meis tutorem do*” (doy tutor a mis hijos). El D .26.2.10.4 ilustra la fórmula para el esclavo ajeno “*si liber erit tutor esto*” (si fuere libre, sea tutor). En D .26.2.23.1 la fórmula que corresponde a la elección del pupilo por el tutor.

⁸⁹ D .26.2.20.

⁹⁰ D .26.2.12 concordante con D .2.14. La excepción de este principio lo constituye D .26.2.15 cuando se refiere a los bienes ubicados en Africa o en Siria, porque la razón se encuentra en la continua práctica jurídica (“*iure utimur*”). Concordancia con D .26.3.32 que permite el nombramiento de tutor que vive en otra ciudad, posibilitando lo mencionado.

Se admitió que el tutor nombrado por testamento o codicilo pudiera ser impedido de ejercer el cargo por manifestación dada en cualquiera de los medios mencionados que fueran hechos con posterioridad⁹¹ porque la última escritura era la que valía.

En lo que respecta al documento en donde debía ir el nombramiento, se consideró incorrecto que el testamento se diera por carta⁹². En cambio, se permitió la utilización del idioma griego en los testamentos⁹³.

Los efectos que producía el nombramiento en la tutela testamentaria perfecta eran los mismos que la tutela del mismo género de la época anterior. Pero si la herencia no había sido adida, no ejercía quien fue nombrado y sería dado un tutor dativo⁹⁴.

La tutela testamentaria imperfecta era sometida a la confirmación del magistrado. Esta confirmación podía realizarse con previa información o sin ella. La información consistía en la investigación acerca de la idoneidad moral y económica del futuro tutor. Lograda la confirmación, el tutor debía entregar caución (*satisdatio*) que era la fianza de que quedarían incólumes los bienes del pupilo durante su administración. La caución no era obligatoria para el tutor testamentario⁹⁵ ya fuere por tutela testamentaria perfecta o imperfecta, aunque en esta última habían casos en que sí lo era⁹⁶.

⁹¹ D .26.2.10.

⁹² C.5.29.2.

⁹³ C.5.28.8.

⁹⁴ D .26.2.10 autorizaba la procedencia de la tutela dativa en caso de no adición de la herencia debido a que el D .26.2.9 estableció que la adición era el presupuesto para la validez del contenido del testamento, en consecuencia, la tutela deferida en él tampoco lo era.

⁹⁵ D .26.2.17. Se declaraba que los tutores testamentarios no darían obligatoriamente fianza, salvo que existieran varios y uno la hubiera ofrecido para administrar el patrimonio él sólo. El magistrado, ante la posibilidad de que todos quisieran darla, debía escoger al más idóneo. El tutor testamentario no daba caución por que su nombramiento reposaba en la confianza del testador.

⁹⁶ D .26.3.2. Se refiere al caso de nombramiento de la mujer que da tutor por testamento a sus hijos. El precepto lo califica como “no dada correctamente” (“nom recti testamento tutorem dat”) También en D .26.3.3., dispensa de otorgar caución al tutor que fue nombrado en testamento ilegal por el padre, siempre que

En cuanto a la información, ésta era procedente en los casos de dación de tutela imperfecta como la otorgada por quien no tenía derecho a hacerlo como la mujer o el extraño. El nombramiento realizado por el padre en forma imperfecta, en cambio, sí sería confirmado sin información⁹⁷, más no el que correspondía a los tutores nombrados por el tío paterno, porque primero debían ser investigados para ser declarados ingenuos⁹⁸.

También se exigía información para el hijo natural que no había recibido herencia y se consideró inútil para éste, el nombramiento de tutor testamentario por esa razón, procediendo la tutela dativa.

La información (*inquisitio*) tenía como objetivos encontrar si quien había otorgado la tutela tenía derecho para hacerlo, quien lo recibió tenía derecho a recibirla, si se le otorgó correctamente a quien debía recibirla y si se interpuso decreto ante el tribunal⁹⁹ y si había persistido la voluntad del padre en designar tutor. Los dos primeros objetivos estaban referidos a la capacidad para otorgar o ser tutor que ya hemos mencionado. El segundo tiene que ver con la correcta expresión de la fórmula, para que no exista error en la elección de la persona. El tercero tenía que evitar la duplicidad del nombramiento, que recaería sobre dos personas distintas confirmadas por diferentes autoridades. El típico ejemplo de lo anterior lo podemos apreciar en D. 26.3.5, donde existe la autoridad del pretor como instancia superior a la de los magistrados (tal vez municipales) que han conocido previamente la causa y aquél interpone su decreto ante ellos para que confirmen al tutor nombrado.

fuese confirmado. El D .26.3.5 obligaba a los magistrados a recibir caución de los tutores nombrados en el testamento del tío paterno.

⁹⁷ D .26.3.1.2. Excepto en D .26.3.4 donde se refiere al patrono o al extraño que instituye heredero único al pupilo.

⁹⁸ D .26.3.5.

⁹⁹ D .26.3.7.1 concordante con D .26.3.8.

La persistencia de la voluntad del testador en nombrar a determinada persona como tutora, se advertía por medio de indicios.¹⁰⁰

Como hemos podido percatarnos, la información o inquisición representaba la intromisión del derecho público en el ámbito del derecho privado. Mediante la investigación que se realizaba sobre la aptitud, solvencia moral y económica del futuro tutor, se llegaba a cautelar el interés del pupilo y también, el de la sociedad. Por otra parte permitía la subsanación de errores cometidos en el momento del nombramiento, impidiéndose la nulidad de muchos testamentos, porque en el derecho justiniano era importante la declaración de la última voluntad, pese a que en determinados casos la sometía a formalidades, que ya no son las rígidas disposiciones del antiguo derecho.

En el testamento se podía disponer la modalidad del ejercicio del cargo¹⁰¹ que podía ser según D. 26.2.8 e Inst. 1.14.3:

¹⁰⁰ D. 26.3.8 indicaba al pretor los hechos que tenía que tomar en consideración para determinar si la voluntad del padre que nombró tutor en su testamento fue la misma antes y después de la realización del testamento, especialmente en el tiempo intermedio entre la dicha realización y la muerte de aquél. Los hechos eran: 1) La disminución de los bienes del tutor nombrado antes de producirse la muerte del testador (que implicaría la sospecha de engaño, inducción a error al padre por el tutor testamentario); 2) La improbidad de la conducta (costumbres o "morum") del tutor, ya sea oculta o ignorada; 3) la enemistad contra el padre del pupilo, debiéndose investigar sus causas. De comprobarse aquellos hechos, el pretor declaraba de oficio como excusado de la tutela a la persona nombrada de acuerdo al D. 27.1.6.17 y con las excepciones contenidas en él

¹⁰¹ ESPASA CALPE. TUTELA. Enciclopedia universal ilustrada europeo-americana. Bilbao-Madrid. Espasa Calpe S.A. 1929. T. LXV. P. 597. Se hace mención en el artículo referido a la tutela (sin nombre de autor) que existen "modalidades del nombramiento". Nosotros opinamos que "nombramiento" no es el término apropiado, sino el de "ejercicio del cargo de tutor" o de "tutela", porque el nombramiento existía de por sí en el testamento por decisión del propio testador. No estaba condicionado, ni sujeto a plazo, lo que si sucedía con el ejercicio del cargo. MAYNZ, C. Idem. t.III p.p. 164-165. Hace referencia modalidades de dación de tutor y D' ORS, Alvaro. Op. cit. p.p. 163-164 señala que en su *datio tutores*, el tutor podía imponer una condición o término. Para nosotros, la última opinión es la que mejor se aproxima a lo que concluimos porque "*datio tutoris*" es el nombramiento solamente y otra es la modalidad del ejercicio, que puede estar condicionada.

1. Absoluto. Era la modalidad que no admitía plazo ni condición. Se establecía en el testamento y se ejercía a partir de la entrada en vigor del mismo es decir, a partir de la adición de la herencia.
2. Sujeto a condición. El ejercicio de la tutela comenzaba a partir de la realización de un hecho que era futuro o incierto al momento del nombramiento o terminaba cuando se producía éste.
3. Sujeto a plazo. El ejercicio del cargo comenzaba a partir de la culminación de cierto plazo (*ex certo tempore*) o terminaba en cierto plazo (*certo tempore*).

El tutor testamentario antiguamente podía renunciar a la tutela otorgada mediante el *ius abdicandi*¹⁰². Desde Claudio, el *ius si excusandi* sustituye al anterior, el cual se prolongó hasta el derecho justinianeo¹⁰³. En relación a éste derecho, se permitió a los tutores testamentarios (y a los dativos también) apelar las sentencias que denegaran sus excusas¹⁰⁴.

Para concluir las características generales de la tutela testamentaria¹⁰⁵ pre-justiniana son las siguientes:

¹⁰² ULPIANO. Tit. Corp. 11.17. Menciona que no se admite a la tutela al que hubiere incurrido en causal de disminución de cabeza y que igualmente, quien abdica a la tutela deja de ser tutor, porque abdicar es decir no querer ser autor. En: BAVIERA, J. Idem. p. 275. D'ORS, Alvaro. Ibidem. P.p. 163 -164. SCHULZ. F. Ibidem. P. 158.

¹⁰³ D .26.2.28. Quien se excusaba de la tutela testamentaria, tenía que rechazar los legados dados a su favor.

¹⁰⁴ D .27.1.13. Extiende este derecho a los curadores dativos, manifestando que no existen muchas diferencias entre tutores y curadores.

¹⁰⁵ SHULZ, F. Idem. p. 163. Rechaza el término de tutela testamentaria porque no aparece en las fuentes jurídicas clásicas. Nosotros consideramos a este término en relación a la funcionalidad de la institución y porque permite abarcar los diferentes estadios del desarrollo de la misma, lo que no releva de la obligación de citar textualmente la opinión del autor aludido que es: “Tutela legítima y tutor legitimus son expresiones clásicas: GAYO. Inst 1, 155, 165. El término tutela testamentaria no aparece en GAYO. Inst. (cf. GAYO, 1. 155 *tutor testamento datus*); los pasajes del Digesto que lo contienen (Voc. Iur. Rom. V.

1. Formalidad solemne en la delación de tutela testamentaria.
2. Régimen de exoneración del cargo de tutor era amplio y casuístico. Se basaba primero en el *ius abdicandi* y luego en *ius excusandi*.
3. La tutela era concebida como derecho de quien la ejerce o está llamado a ejercerla para proteger el patrimonio del pupilo.
4. La confirmación del nombramiento era restringida.
5. Capacidad para dar tutela por testamento restringida y también para ejercerla¹⁰⁶.

1021. 14 y 5) son espurios. *Tutor dativus* aparece en el Digesto una vez solamente (Voc. Iur. Rom. II. 18.24); D . (46.6) 7, interpolado”.

¹⁰⁶ SERAFINI, F. op. cit. Tomo II. p. 317. Afirma que “la validez de la tutela dependía de la del testamento en general, y de aquí que el tutor testamentario debiese tener con el difunto la *testamenti factio* pasiva, según el antiguo derecho, se anulaba si el testamento era formalmente inválido. Durante el Imperio, esta tutela imperfecta estuvo sujeta a la confirmación de la autoridad pupilar”. SHULZ, F. Idem. p. 158. “El derecho del padre a designar en su testamento tutor para sus hijos sometidos a potestad, se fundaba, según los juristas en las Doce Tablas. La madre no poseía este derecho porque no existía una materna potestas (supra N° 240). El padre no debía interferir en la potestas de otra persona (...). El padre utiliza una cierta fórmula cuyo modelo es la del *legatum per vindicationem* (infra N° 555) o el de la *heredis institutio* (infra N° 443). La persona nombrada es tutor automáticamente, en el instante en que el testamento entra en vigor, sin que se requiera confirmación por la autoridad, ni aceptación por parte de la persona designada. Esta última puede (...) rechazar la tutela (se *abdicare* tutela). Este género de tutela ha conservado su arcaico carácter de *munt* (supra N° 280), ya que entrañaba un verdadero derecho del tutor, pero no el correlativo deber a actuar como tal. Desde el tiempo de Claudio, el *tutor testamentarius* se hallaba obligado a ejercer sus funciones y el antiguo *ius se abdicandi* fue sustituido por un mero *ius se excusandi* (infra N° 292)”. MAYNZ, C. Idem. T.III. p.p. 161 - 162. “Refiere que la tutela de los impúberes según “la ley de las Doce Tablas había reconocido al padre de la familia al derecho de nombrar tutor para sus hijos que tenía bajo su potestad (...). (...) el padre podía nombrar tutor aún para los hijos a quienes desheredaba (...) en *testamentum inuistum* (...) (...), la persona (era) confirmada por el magistrado (...). Por fin, en tiempo de Papiano, este derecho se concedió a la madre y aún a todo extraño; pero la tutela por estas personas exigía (sic) la confirmación de la autoridad, que no podía concederse

La tutela testamentaria justiniana presentaba las características siguientes:

1. Formalidad solemne, que si no era observada podía ser suplida por la autoridad competente mediante la confirmación sin mayor obstáculo.
2. El régimen de exoneración del cargo de tutor estaba sujeto a la existencia de determinadas causales previstas en los textos legales y sólo como excepción podían presentarse causales no indicadas en aquéllos.
3. La tutela era concebida como un deber ciudadano, (este es el sentido del término “público” que le da la doctrina romanista) destinada a la protección y auxilio del pupilo, no era ya un derecho del tutor.
4. La confirmación del nombramiento realizado incorrectamente ya no está supeditada a la autorización del senado o del emperador.
5. La capacidad para otorgar tutela por testamento se amplía a otras personas que antes eran consideradas

sino mediante una información previa”. PACCHIONI, G. Op. cit. Vol. II. p.p. 109-110. Menciona que “el nombramiento debía venir de ciertas (imperativis) palabras (223), inmediatamente después de la institución de heredero, y era válida siempre que el tutor nombrado fuese ciudadano romano o latino (224). En seguida se abandonó también en esta materia el vigor formal, y no sólo se admite que el nombramiento del tutor pudiese avenirse con palabras cualquiera, y antes de la institución de heredero, pero se reconocería válido otro nombramiento de tutor en un Codicilo confirmado en el testamento, o también en el testamento mismo”. D’ORS, Alvaro. *Ibidem*. p.p. 163-164. “(...) el testamentario empezó por poder renunciar libremente a la tutela (abdicatio tutelae) y puede ser removido de su administración, mediante una acción pública por la que cualquiera persona le cause de fraude en la tutela (crimen o accusatio suspecti tutoris). Esta tutela puede recaer también sobre un libertino, un latino, un alieni iuris, incluso un impúber, en este (...) caso, el magistrado debe nombrar otro tutor que ejerza la tutela hasta que el nombrado sea capaz y lo mismo hace cuando el testador impuso una condición o término en sudatio tutoris. Si este nombramiento hecho por el padre del pupilo resulta inválido por defecto del testamento, el magistrado lo mantiene a pesar de todo, y también suele confirmar, los nombramientos hechos por la madre u otro pariente del pupilo.”

incapaces, así como también una mayor amplitud en reconocer la capacidad de las personas para ejercerla.

Tanto en el derecho pre-justiniano como en el *Corpus Iuris Civilis* la tutela testamentaria se extingue con la pérdida del estado de libertad y el de ciudadanía (*capitis deminutio* máxima y media).

- 2) Tutela legítima. Era la tutela conferida por reconocimiento legal del derecho a ejercer la tutoría que tenían en virtud de las relaciones de agnación, patronato, de los ascendientes del manumisor o por la fiducia¹⁰⁷.
- a) Tutela legítima de los agnados. Otorgada por la Ley de las Doce Tablas a los parientes masculinos descendientes de un mismo paterfamilias. La tabla 5.6 prescribía que “a falta de tutor nombrado por testamento, los agnados son tutores legítimos”. Mediante una interpretación analógica del texto legal decenviral, se dedujo que en el caso de no existir agnados, la tutela legítima recaía en los gentiles. Pero al decaer la gens como organización social, también cayó abatida la tutela de los gentiles. La tutela agnaticia prosiguió subsistiendo hasta que el parentesco agnaticio quedó prácticamente asimilado al parentesco cognaticio en la época Postclásica, especialmente en la época de Justiniano, en la cual el parentesco agnaticio pese a

¹⁰⁷ Los romanistas se inclinan por considerar como fundamento de la tutela legítima a la ley. Así algunos de ellos: PACCHIONI, G. *Idem*. Vol. 2 p.p. 110-111, MEIRA, S. *Idem*. Vol. 1. p. 2001 y MAYNZ, C. *Idem*. T. III. P. 165; BRUGI, Biagio. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3ed. Torino . Unione tipográfica Editrice Torinese. 1926. p. 123; SCHULZ, F. *Ídem*. p. 158. Esta posición se encuentra sustentada Tabla 5. 4, 5 y 6 de la Ley de las Doce Tablas, así como el fragmento de ULPIANO compilado en D. 26.4.5. Pero también parece atendible la de quienes opinan que la tutela legítima tenía por fundamento al parentesco agnaticio y gentilicio, llamado “legítimo” por los romanos. El sustento a este parecer se halla en D. 26.4.1. y C. 5.30.1. Véase al respecto: SERAFINI, F. *Ibidem*. P. 317; DE LIMA, Tito Carlos. *Ibidem*. p. 26 y ESPASA CALPE op. cit. T. LXV. p. 597.

que aparece regulado en la Instituta y Digesto, en las Novelas desaparece como forma de referencia sucesoria.¹⁰⁸

1. Capacidad. Era necesario ser *sui iuris* para ejercer el cargo, tener los estados de libertad, ciudadanía y familia. De acuerdo a la Ley de las Doce Tablas requería las cualidades de pariente agnado más próximo (ó en su defecto ser gentil) y pertenecer al sexo masculino; tener capacidad de discernimiento. Cabe mencionar que el pariente agnado más próximo debía ser el heredero más próximo del impúber en caso de que éste muriera.¹⁰⁹

El impúber debía ser agnado o gentil de quien sería su tutor; ser *sui iuris* o no sujeto a potestad alguna, no tener tutor testamentario (ya fuere por no existir testamento, por haber sido declarado nulo éste o nula la cláusula de nombramiento, o por no haber dicha cláusula en el testamento).

¹⁰⁸ INST. 1.15.1 y D. 26.4.6; D. 26.4.7 y D. 26.4.10. Contrario a los anteriores está el D. 26.4.1.

¹⁰⁹ BETTI, E. *Instituzioni di Diritto Romano*. Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1947, Vol.1 p.p. 66-67. “Existen ante todo una serie de indicios convergentes para establecer (...) que la figura de tutor se identificaba en el origen con aquella del heredero vale decir del sucesor en el gobierno de la familia. (...) En principio, la capacidad del impúber y de la mujer no debía ser una simple incapacidad de adquirir, pero sí una verdadera y propia incapacidad de derecho: Así no solamente no podían ejercitar potestad y derecho, sino podían tenerlos. El heredero era por esto mismo, el protector de los impúberes y de las mujeres que se encontraban sujetos a la potestad del paterfamilias difunto (...) mas en el sentido mas estricto de reconocerles una relativa independendencia para la potestad del nuevo paterfamilias (tutor) y una circunscrita capacidad patrimonial bajo su control. Ahora la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se distancia de las otras potestades familiares para asumir fisonomía distinta y denominación de tutela. En las relaciones del impuber, la tutela se configura ahora como un control de familia de carácter transitorio (...) hasta que dure su pubertad (del incapaz). Aquél (el tutor) es llamado por otro, no en virtud de un oficio instituido en el interés del incapaz, sino en virtud de un derecho conexo al puesto familiar del agnado próximo: Derecho que no es explicación de la potestad familiar inherente a tal puesto”.

El derecho Justiniano reconoce casi todos los requisitos exigidos por el derecho anterior, con la salvedad de no incurrir en causa de incapacidad reconocida y permitir que sean tutores la madre y la abuela bajo condición de renunciar a los beneficios del Senadoconsulto Velejano y a no contraer matrimonio nuevo¹¹⁰. A su vez, dispuso la preferencia de aquéllas con relación a los parientes colaterales. Por consiguiente se consideró este orden¹¹¹:

1. El padre.
2. El abuelo.
3. La madre.
4. La abuela.
5. Los hermanos legítimos del impúber y a la vez, los hijos de éstos.
6. Otros parientes de acuerdo al orden de la sucesión abintestato.

Como puede observarse, el parentesco cognaticio ya reconocido como referencia sucesoria. En cambio, el parentesco gentilicio ha desaparecido.

¹¹⁰ Debemos mencionar que en el DIGESTO no se permite en principio el ejercicio del cargo a la mujer (hablamos de la madre y abuela) como en D .26.5.10 para la tutela legítima al que el D .26.1.16 parece hacerle excepción (“las más de las veces”). El C.5.35.2 concede el cargo a las mujeres bajo las condiciones descritas en relación a la dativa . La NOV. 114 (o 118) elimina las restricciones del C.5.35.2 y D .26.5.10.

¹¹¹ ESPASA CALPE. *Ibidem*. T.LXV. P. 598. Se menciona el orden indicado y el orden de sucesión. Este orden en el llamamiento a la tutela se debía al principio “*Ubi est emolumentum successionis, ibi et tutelae ovus esse debet*” elaborado por los jurisconsultos romanos. La NOV. 114 (118 en la versión griega) estableció dicho orden sucesorio, otorgando preferencia a los descendientes del difunto intestado no importando si es agnado o cognado, frente a los ascendientes, como puede observarse en el Capítulo I de dicha Novela. En el Capítulo II se dispuso que en caso de ausencia de descendientes, heredaran el padre, la madre u otros ascendientes. De no haber éstos, heredarían los colaterales al difunto, con preferencia a los hermanos legítimos (Capítulo III). Así la tutela se otorgaría a quienes les correspondiera la herencia del pupilo que falleciere intestado según el Capítulo V.

En cuanto al impúber, debía ser *sui iuris* y carecer de tutor testamentario por cualquiera de las razones mencionadas. No debía haber incurrido en *capitis deminutio*, en cualquiera de sus especies¹¹².

2. La formalidad. Se cree que la delación de la tutela en el antiguo derecho romano se realizaba en el seno del consejo de familia¹¹³ quien designaba de acuerdo a la costumbre y luego conforme a la ley decenviral, al tutor legítimo. No hay mayores detalles¹¹⁴.

El derecho justiniano no señaló cómo debería concretizarse el otorgamiento del cargo, previsto en la ley. Sin embargo, en el Digesto encontramos casos hipotéticos con referencia al nombramiento en una persona determinada. Así, se dispone que puede discernirse la tutela en una persona, pese a existir varias en el mismo grado, siempre que las otras personas no pudieran ser nombradas porque estaban ausentes o incapacitadas¹¹⁵ y todos pueden ser tutores si están en edad perfecta (veinticinco años) y no tienen incapacidad¹¹⁶.

Los efectos que producía el otorgamiento eran de pleno derecho desde el momento en que el impúber adquiría la calidad de *sui iuris*.¹¹⁷ En consecuencia, tenía la auctoritas y la gestio. No poseía

¹¹² D . 26.4.2

¹¹³ DE LIMA, Carlos. *Ibidem*. p. 42.

¹¹⁴ GAYO. Inst. 1.155 y ULPiano Tit. Corp. 11.2. Confrontar con LAUDATIO TURIAE (746-752 de Roma) en: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. Florentiae. APUD. S.A 1943. Pars Tertia. *Negotia*.p. 211: “*Nec sub conditionem tutelae legitimae venturam, quous per [legem in te ius non] esset neque enim familia[e] gens ulla probari poterat, quae te id facere [cogeret]: / nam etsi patris testamentum ruptum esset, tamen iis, qui intenderen [t, non esse id] / ius, qui gentis liusdem essent . /” También: LONGO, Carlo. *Gens*. En: Mancini, Pasquale S . (Dir.) . *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Milano. Società Editrice Libreria. 1916 . Vol. VI. Parte III . p. 1039. N°4 .*

¹¹⁵ D .26.4.5.2.

¹¹⁶ D . 26.4.8 concordante con D . 26.4.10 y 11.

¹¹⁷ SCHULZ, F. *Idem*. p. 158. “El tutor *legitimus* es automáticamente tutor en el momento mismo en que surge la necesidad de la tutela. A diferencia del tutor

el *ius abdicandi* porque el cargo le había sido conferido en virtud de la ley, por lo que se tornaba obligatorio su cumplimiento. Tampoco tuvo el *ius excusandi* hasta el siglo IV d. C. en donde tal derecho se extendió a todas las clases de tutela y no sólo a la dativa. Antes de aquél, no lo tuvo, porque no estaba obligado a ejercer el cargo en el caso de que hubieran varios tutores legítimos, parientes en el mismo grado de agnación porque podría darse un tutor gerente (quien efectivamente ejercía el cargo) y los tutores restantes que tomaban el nombre de honorarios (solamente vigilaban el desempeño del tutor gerente). Sin embargo, se le reconoció el derecho de ceder el cargo a otro por medio de *in iure cessio*, que con el transcurrir del tiempo lo perdería. La *in iure cessio* según el derecho clásico expuesto por Gayo¹¹⁸ estaba restringida a las mujeres porque la de los pupilos varones se consideraba onerosa. Por otra parte, al producirse la cesión, si el cesionario (*cessicius*) moría o recaía en *capitis deminutio*, la tutela retornaba al cedente pero también el cesionario la perdía en caso de que el cedente sufriera alguno de los dos supuestos mencionados, entonces la tutela pasaba a la persona que ocupare el segundo grado después de éste¹¹⁹. El tutor legítimo (en el caso de pluralidad de tutores) podía solicitar asumir la administración pero debía entregar caución para

testamentarius no tiene derecho a abdicar del encargo, si bien puede transferir la tutela a otra persona mediante una *in iure cessio*. Se originó esta norma cuando todavía la *tutela decretalis* era desconocida o por lo menos, no practicada como institución normal (...) el *tutor legitimus* no tenía el *ius se abdicandi* (...). El *tutor legitimus* no tuvo el *ius se excusandi* por no estar obligado a desempeñar sus funciones”.

¹¹⁸ GAYO. Inst. 1,168. “Pueden los agnados, que son tutores legítimos y también los manumisores, ceder válidamente a otros la tutela de las hembras; más no así la de los pupilos varones. Consiste esta diferencia en que la última no se considera onerosa pues que cesa en la época de la pubertad”.

¹¹⁹ GAYO. Inst. 1, 170. “Cuando muere el tutor cesionario o sufre la disminución de cabeza vuelve la tutela al que la había cedido. También pierde la tutela el tutor cesionario por la muerte o la disminución de cabeza del cedente, en cuyo caso pertenece a la persona que ocupare el segundo grado después de éste en la tutela”. Como se ha podido apreciar éste fragmento evidencia el derecho de los agnados a la tutela, el cual no desaparecía por la *in iure cessio*, ya que lo único que en realidad se había cedido era el ejercicio del derecho, mas no el goce del mismo.

asegurar integridad del patrimonio pupilar. Esta obligatoriedad residía en que el parentesco no era suficiente garantía.¹²⁰

El derecho justiniano siguió lo establecido por el derecho clásico, con excepción de lo dispuesto sobre la tutela de la mujer y la *in iure cessio* que no son tomadas en cuenta. Además, la excusa se constituyó como aplicable a todas las tutelas.

La tutela legítima de los agnados se extinguía por la *capitis deminutio* máxima, media o mínima¹²¹ y por muerte tanto del pupilo como el tutor. Lo anterior se debe a la ruptura del vínculo agnaticio que produce la *capitis deminutio*, por basarse aquél en la ley y no en la naturaleza, como es el caso del vínculo cognaticio el cual no era mermado por ésta sino cuando se incurría en la *capitis deminutio* mínima.¹²²

b) Tutela legítima de los patronos. Era la tutela conferida por interpretación analógica de la ley a los patronos y a sus hijos respecto a los esclavos manumitidos (libertos) antes de la pubertad.¹²³ El derecho romano asimiló el régimen de la

¹²⁰ D. 26.4.1.2.3

¹²¹ D. 26.4.2.

¹²² INST. 1.15.3. Concordante con INST. 1.16. En el derecho clásico ver a GAYO. INST. 1.163 donde menciona que el “derecho de agnación no se destruye por la disminución de cabeza máxima y media sino también por la mínima, y por consiguiente si el padre de dos hijos mancipa al uno y retiene al otro bajo su potestad, ninguno de los dos quedará ligado al otro por el derecho de agnación”. La INST. 1.15.3 prescribía: “Pero el derecho de agnación se extingue por regla general de todas maneras por la disminución de cabeza; porque la agnación es el nombre de un derecho. Más el derecho de cognación no se altera en todas las cosas, porque la ley civil puede en verdad destruir los derechos civiles, pero no ciertamente los naturales”. En INST. 1.16 se define la *capitis deminutio* como el cambio del estado anterior, que puede ocurrir de tres maneras: La *capitis deminutio* máxima, media y mínima. El fragmento 6 del mismo título, indica que la cognación perecía con la disminución máxima de cabeza y no se volvía a recuperar.

¹²³ GAYO. Inst. 1.165 y D. 26.4.1. El fragmento de Gayo reza lo siguiente: “La tutela de los libertos de uno y otro sexo corresponde, según la misma ley de las Doce Tablas a los patronos y a sus hijos. Esta tutela se llama también legítima,

herencia de los libertos (la cual al morir éstos pertenecería al patrono y a sus hijos) al régimen de la tutela legítima, que tenía por fin el cuidado de los impúberes, que se constituían en *sui iuris*. Las relaciones patrimoniales surgidas por la manumisión quedaban garantizadas con la relación de tutoría que ejerce el patrono. Más aún, se creó una situación de equilibrio entre el derecho y la obligación de los patronos. Estos tendrían el derecho a la herencia del liberto fallecido ab in testato siempre que hubiesen cumplido con su deber de ejercer el cargo de tutor.

- 1) Capacidad. Para ejercer el cargo se requería ser *sui iuris*, contar con los estados de libertad, ciudadanía y familia (ser paterfamilias en los primeros períodos de la historia del derecho romano), además ser patrono. En cuanto a los hijos, éstos debían estar edad e ejercer sus derechos o tener tutor.¹²⁴ El derecho justiniano exigía ser *sui iuris*, poseer el estado de libertad y ciudadanía, pero ya no era obligatorio el estado de familia porque no se necesitaba ser paterfamilias para ejercitar derechos. Además no era necesario debido a que entre el patrono y el liberto impúber no existía relación de parentesco. El pupilo debía ser *sui iuris* y liberto impúber y sin tutor.
- 2) La formalidad. Las fuentes jurídicas del derecho pre-justiniano no han dejado previsto un procedimiento en el que se hiciera

no porque sobre ella haya en la ley disposición expresa, sino porque la ha introducido la interpretación como si lo estuviese por las mismas palabras de la ley, pues por igual razón que ésta había declarado pertenecer la herencia de los libertos que muriesen intestados a sus patronos e hijos, creyeron los antiguos que también quería que tuviesen la tutela, puesto que manda sean tutores los mismos agnados a quienes llama a la herencia. El D . 26.4.1. declaró que “por la ley de las Doce Tablas fueron deferidas las tutelas legítimas a los agnados y a los consanguíneos, y también a los patronos, esto es, a aquellos que puedan ser admitidos a la herencia legítima. Esto por suma previsión, para que los mismos que esperen esta sucesión cuiden de que no se dilapiden los bienes.”

¹²⁴ GAYO. Inst. 1.179. “Ciertamente puede el hijo del patrono, aún cuando sea impúber ser tutor de la liberta; pero en ningún caso puede darle su autorización, por cuanto a él mismo no es dado obrar la de su propio tutor.”

efectivo el otorgamiento de la tutela en persona determinada, salvo los casos de *in iure cessio* y la *mancipatio*, que son conocidos.¹²⁵ Esto nos permite deducir que es muy probable que no existiese tal procedimiento y que el otorgamiento se realizara de pleno derecho junto con la formalidad requerida para la manumisión y las instituciones mencionadas. En el derecho justiniano ocurría lo mismo. Se limitaba a prescribir la solución a determinados supuestos previstos normativamente¹²⁶

Los efectos del otorgamiento eran de pleno derecho desde que se producía la manumisión o la *iure cessio*.

La caución que debía entregarse era la fianza. El pretor era quien se encargaba de investigar si el patrono o sus descendientes estaban obligados a prestar fianza para garantizar el patrimonio del liberto. Si la persona era honesta se le dispensaba del deber de otorgar fianza¹²⁷.

c) Tutela legítima de los ascendientes. Era aquella desempeñada por el ascendiente emancipador del impúber. Este había tenido parentesco agnaticio con el ascendiente quien podría haber sido su padre o abuelo; pero que lo había perdido por motivo de la emancipación.

¹²⁵ GAYO. Inst. 1.166. “A manera de los patronos (...) que por tanto nos competen por haber manumitido a un hombre libre dado a nosotros en *mancipio* por su ascendiente o por su coempcionador”.

¹²⁶ D . 26.4.3.3. Prescribía que los libertos *orcinos* tenían como tutor a la familia del testador que los haya manumitido (a los primeros descendientes). El D . 26.4.3.4 mandaba que la tutela perteneciera a todos los patronos manumisores y que en el caso de que uno o varios muriesen, la tutela no pasaría a sus hijos mientras uno de aquéllos viviera. En este caso, la tutela recaería sobre el hijo y no sobre el nieto (D.26.4.3.7.) . Lo mismo se aplicaría en caso de disminución de cabeza. El tutor será el pariente agnado del siguiente grado (D. 26.4.3.9).

¹²⁷ D . 26.4.5.1.

Según la Ley de las Doce Tablas ¹²⁸ el padre que vendía por tres veces a su hijo perdía la patria potestas sobre éste. Pero si estas ventas habían sido promovidas con el propósito de emancipar al hijo impúber y convertirlo en *sui iuris*, el padre podía pactar con el adquirente de aquél con el fin de que a la tercera venta, éste lo manumitiera por vindicta y retornara al lado del padre. Por efecto legal el padre ya perdió la patria potestas sin embargo se le permitió conservar a su hijo, otorgándole por interpretación analógica la tutela legítima en lugar de conferírsele al patrono ¹²⁹.

El origen de la tutela legítima de los ascendientes se encuentra en la convención fiduciaria, pero después fue asimilada por jurisconsultos y magistrados a la ley. De allí que existan opiniones

¹²⁸ L. XII. T. 4. 3. “Si el padre ha vendido tres veces a su hijo, que éste quede libre de la patria potestad”.

¹²⁹ GAYO. Inst. 1.132. Se relata el procedimiento de la *mancipatio*. “La emancipación es otro de los modos por los cuales pueden los descendientes librarse de la potestad de sus ascendientes pero con una diferencia, que el hijo necesita ser emancipado tres veces para hacerse independiente, al paso que los demás descendientes, ya sean del sexo masculino o del femenino, salen de la patria potestad mediante una sola mancipación, pues la ley de las Doce Tablas solo hace mención de tres mancipaciones respecto de la persona del hijo. He aquí sus palabras: Si el padre vende tres veces al hijo, éste se hace independiente. Lo cual se practica de este modo. El padre da su hijo en *mancipio* a otra persona; ésta lo manumite por vindicta y mediante este hecho vuelve a la potestad de su padre, quien lo mancipa por segunda vez, bien sea a la misma persona, bien a otra, aunque por lo común es a la misma; vuelve a ésta a manumitirle como antes por vindicta (...) otra vez a la potestad del padre (...) vuelve, entonces le mancipa el padre por tercera vez a la misma persona o a otra, si bien el uso ha establecido que sea a la misma. En otro pasaje GAYO. Inst. 1.175 dijo que “el ascendiente que manumite a su hija, nieta o biznieta después de haberle sido reemancipada y que adquiere de este modo una tutela legítima ocupa también el mismo lugar del patrono”. Pese a que el texto está referido a las mujeres, no parece haber obstáculo para determinar analógicamente el mismo efecto para los varones, debido a que para el derecho romano hasta la pubertad no existen diferencias (salvo en la cesión de tutela en el derecho clásico) en el régimen de la tutela de impúberes entre éstos y aquéllas. No aparece, además otro fragmento que exprese lo mismo para los varones impúberes, de allí que tomemos nuestra opinión del resultado de una interpretación por analogía.

de romanistas que la denominen tutela fiduciaria sin considerar a la ley¹³⁰.

En el derecho justiniano¹³¹ tanto la tutela de los ascendientes como la tutela fiduciaria o de los descendientes, son modalidades

¹³⁰ MEIRA, S. Idem. Vol. 1. P. 2002. “(...) el padre no ejerce más su derecho en virtud de la ley, más sí de la convención de fiducia; es en virtud de esa convención que aquél se torna tutor. No recibe, por tanto, el nombre de tutor legítimo sino por deferencia especial, la prueba es que la tutela retoma el nombre de fiduciaria cuando pasa a los hijos del emancipador”.

¹³¹ INST. 1.12.6. El procedimiento clásico para emancipar al hijo ha sido dejado de lado en el derecho justiniano: “además, también por la emancipación dejan de estar los hijos bajo la potestad de sus ascendientes. Pero la emancipación procedía antes o por la antigua formalidad de la ley la cual se celebraba por medio de ventas imaginarias y de manumisiones intermedias, o por rescripto imperial. Más nuestra providencia reformó también esto, mejorándolo, por una constitución, para que, desechada la antigua ficción, se presenten directamente los ascendientes a los jueces o magistrados competentes y emancipen de sí a sus hijos o hijas, a sus nietos o nietas, ó a otros. Y entonces, según el edicto del pretor, se dan al ascendiente sobre los bienes de este hijo o hija, nieto o nieta, que hubiese sido manumitido por el ascendiente, los mismos derechos que se conceden al patrono sobre los bienes del liberto, y además, si el hijo, la hija o alguno de los demás obtienen por la manumisión su tutela”. Pero cabe mencionar que se reconoció el derecho del padre a determinar a cuáles de sus descendientes emancipaba. Así en INST. 1.12.7. “Pero debemos advertir que queda al libre arbitrio del que tuviere bajo su potestad a un hijo y a un nieto o a una nieta habidos de él emancipar de su potestad al hijo, y retener en ella al nieto o a la nieta y de otro modo conservar bajo su potestad al hijo, y manumitir al nieto o a la nieta o a hacerlos a todos *sui iuris*. Y entiéndase que lo mismo queda dicho respecto al biznieto y la biznieta”. Todo lo anterior completa su sentido en INST. 1.12 donde se expresa la relación de potestad de padre, abuelo, hijos y nietos con lo siguiente: “Veamos ahora de qué maneras los que están sujetos a la potestad de otro se libran de esta potestad. Mas de qué modo se libran los esclavos de la potestad, podemos colegirlo de lo que más arriba expusimos sobre las manumisiones de los esclavos. Pero los que están bajo la potestad de un ascendiente, fallecido éste, se hacen dueños de sí (*sui iuris*). Esto, sin embargo, requiere una distinción. Porque muerto el padre, indudablemente sus hijos e hijas se hacen absolutamente *sui iuris*; pero muerto el abuelo, sus nietos y nietas no se hacen siempre *sui iuris*, sino cuando después de la muerte del abuelo no han de recaer bajo la potestad de su padre. Así pues, si al morir el abuelo vive el padre de aquéllos y se halla además bajo la potestad de su propio padre, entonces, después del fallecimiento del abuelo, caen bajo la potestad de su padre. Mas si éste al tiempo en que fallece el abuelo, o ha muerto ya, o salió de la potestad de

de la tutela fiduciaria propiamente dicha de la época clásica. Lo que diferencia a las dos primeras es la imposibilidad del retorno del hijo emancipado (por muerte de quien lo emancipó) al mismo ascendiente emancipador caso en el cual, la tutela recaía en sus descendientes. Pero hay que indicar que el nuevo procedimiento de emancipación se convirtió en la base de la tutela de los ascendientes, ya no en las tres ventas que se debían al pacto fiduciario.

1. Capacidad. Quien fuera tutor debía ser conforme a la interpretación de la ley de las Doce Tablas *sui iuris*, tener el estado de libertad, ciudadanía y de familia, más específicamente tener la calidad de ascendiente emancipador del hijo mediante tres ventas¹³² haber

su padre, entonces aquéllos se hacen *sui iuris*, porque no pueden caer bajo su potestad.”

¹³² GAYO. Inst. 1.119. “La mancipación, como hemos dicho, es aquella venta imaginaria, que es propia de los ciudadanos romanos y la cual se realiza ante cinco testigos por lo menos, ciudadanos romanos púberes y además ante otra de la misma condición llamada el libripens, que tenga el peso del metal. La persona que recibe en *mancipio*, teniendo y mostrando la cosa que va ser mancipada dice: Digo que este hombre me pertenece por derecho quirritario y que lo he comprado con esta moneda y esta balanza de metal. Toca en seguida la balanza con la moneda y entrega ésta al vendedor como si fuera el precio del objeto comprado. En el derecho clásico tres ventas ficticias (o tres *mancipatio*) producían la emancipación del hijo. En GAYO, Inst. 1.120 se dice que así se emancipaban los esclavos, las personas libres y los animales mancipi (que sirven para el trabajo agrícola) y los predios. Sin embargo la diferencia entre unos y otros, afirmando que las personas libres y esclavos (entre otros) se mancipan estando presentes. Consecuentemente los hijos o descendientes para ser liberados de la patria potestad debían estar presentes en los tres actos. La persona libre que era mancipada adquiriría una condición similar a la de los esclavos. En GAYO, Inst. 1.123 se ilustra esta situación: “Si se pregunta sin embargo por que (...) la coempción (...) mancipados o mancipadas se constituyen en la clase de esclavos, hasta tal punto, que no pueden recibir la herencia ni los legados de la persona que los tuviese en *mancipio*, si ésta no les confiriese la libertad en el mismo testamento como está determinado respecto de los esclavos. Pero la razón de la diferencia es manifiesta, con los parientes y con los coemptionadores (coemptionatoribus) con las mismas palabras se admiten que para los esclavos, lo cual no es hecho similarmente en la *coemptio*.” (Los paréntesis que se

celebrado la convención fiduciaria (basada en la confianza) con otra persona *sui iuris* y con los mismos atributos del ascendiente emancipador para poseer capacidad jurídica.

El pupilo debía ser *sui iuris*, tener el estado de libertad, ciudadanía (el vínculo agnaticio se ha roto, por lo que no existe el estado de familia que antiguamente reposaba en él). Sin embargo, es menester decir que se reconocía el hecho de la filiación para otorgar la tutela.

En el derecho justiniano se exige para ejercer esta tutela ser *sui iuris*, tener el estado de libertad, ciudadanía y familia (ascendiente manumisor y haber manumitido de acuerdo a lo establecido en la norma legal).

El pupilo tenía que poseer los mismos requisitos que en el derecho clásico; pero ya se tomaba en cuenta al parentesco cognaticio.

2. La formalidad. De pleno derecho quedaba como tutor el ascendiente emancipador, luego que el pupilo era recuperado por vindicta de acuerdo al derecho clásico.

encuentran al inicio del último fragmento revelan los vacíos que hay en el texto de GAYO). Lo anterior es corroborado por un fragmento de Paulo de su obra Comentarios al Edicto, insertada en el Digesto. Pese a que había desaparecido el antiguo procedimiento emancipatorio por efecto de las disposiciones justinianas, en D .4.5.3.1 se aprecia claramente que el fragmento paulino no se relaciona con lo prescrito en INST. 1.12.6, ya que alude procedimiento emancipatorio antiguo y no al nuevo de Justiniano: “Emancipado un hijo, manifiestamente sobreviene también a las demás personas la disminución de cabeza, porque nadie puede ser emancipado, sino habiendo sido llevado a imaginaria condición servil. Y de distinta manera es cuando un esclavo es manumitido, porque la cabeza servil no tiene ningún derecho y por tanto no puede ser disminuida. No hay necesidad de acudir a la *mancipatio* para emancipar porque esto se realiza en forma directa y no hay porque recurrir a la venta imaginaria y a la ficticia condición servil.”

También podía cederse la tutela mediante la *in iure cessio*.

En el derecho justiniano bastaba efectuar la emancipación del hijo, para que el padre u otro ascendiente emancipador adquirirse la tutela.

La entrega de fianza como caución quedaba sujeto a lo previsto para la tutela de los patronos.

d) Tutela legítima fiduciaria. Es aquella que tenía por sustento a la convención fiducia. De la interpretación realizada a la Ley de las Doce Tablas por los jurisconsultos y magistrados, no llegó a otorgar la tutela fiduciaria a los descendientes del emancipador a no ser que existiera una cláusula en el pacto fiduciario.¹³³

En el derecho justiniano se advierte el menoscabo en la importancia de la convención fiducia por las razones ya aludidas.¹³⁴

¹³³ ESPASA CALPE. Op. Cit. T.LXV. p. 598. Hace referencia de que la Ley de las Doce Tablas no concedía el derecho de herencia a los hijos de manumisos de un mancipium sobre ésta, por lo que tampoco le otorgaba la tutela. En GAYO. Inst. 1,166 a: "Existen otras tutelas las cuales se llaman fiduciarias, esto es la que a nosotros competen porque manumitimos al cabeza libre mancipado, para nosotros o a pariente o a *coemptionador*."

¹³⁴ INST. 1.19. "Hay otra tutela que se llama fiduciaria. Porque si un ascendiente hubiere manumitido, siendo impúberos su hijo o su hija, a su nieto o nieta, o a otros descendientes, obtiene su legítima tutela y muerto él, si le sobreviven hijos del sexo masculino, se hacen tutores fiduciarios de sus hijos, o del hermano o de la hermana y de los demás. Sin embargo, a la muerte del patrono, tutor legítimo, sus hijos son también tutores legítimos, porque en verdad, el hijo del difunto, si no hubiese sido emancipado por su padre en vida se haría *sui iuris* a la muerte de éste, y no caería bajo la potestad de sus hermanos, ni por consiguiente bajo su tutela, más el liberto, si hubiese permanecido esclavo, habría estado ciertamente sometido bajo el mismo título a los hijos de su señor a la muerte de éste. Estas personas, sin embargo, son llamadas a la tutela, si son de edad perfecta: lo que una constitución nuestra mandó que en general se observe en todas las tutelas y curatelas". Se puede observar que el nombre de tutela fiduciaria es aparente, porque en realidad, ya no se aprecia como su fundamento a la convención de fiducia, la cual según MONIER, R. Vocabulaire de Droit Romain. 4ed. Montchrestien. Eds. Domat. 1948. p. 123, desapareció con el derecho de

Sin embargo la tutela fiduciaria, aún se mantuvo en la legislación permitiendo a los descendientes del emancipador ser tutores del hijo emancipado.

1. Capacidad. En el derecho anterior al de Justiniano para ser tutor se requerían los atributos de ser *sui iuris*, ciudadano, libre y pertenecer a la familia del difunto emancipador, pero ante todo debía existir la cláusula fiduciaria que autorizara el traslado de la tutela a los descendientes, ya que no existía derecho de herencia entre éstos y el hijo emancipado. Es obvio que no había entre ellos el estado de familia.

El derecho justiniano prosiguió con las mismas exigencias para ser tutor legítimo fiduciario que en el derecho anterior, excepto que el traslado de la tutela a los descendientes del emancipador es ya por efecto legal y ya no por la cláusula referida, pues por disposición legal la tutela era concedida.

Justiniano. Pero sí podemos percatarnos de que se trata de un efecto legal, producido a partir del fallecimiento del ascendente emancipador. Sin embargo, MEIRA, S. Idem. Vol. I. p. 202, opina que la convención de fiducia siguió siendo el fundamento de la tutela fiduciaria, argumentando que el adjetivo de “legítima” era sólo por deferencia especial al ascendente y que es prueba de lo anterior que la tutela retome el adjetivo de “fiduciaria” cuando pasa a los hijos del emancipador, lo que para nosotros es improbable por la existencia de otras circunstancias en el derecho justiniano de las cuales ya hemos hecho referencia. Del mismo parecer que el autor citado, es Maynz, aunque expresa lo anticuado de la institución en la época justiniana. Ver MAYNZ, C. Idem. T.III. p.p. 161-162. “No obstante, cuando la emancipación se había hecho por el mismo paterfamilias, el respeto debido al jefe de familia hizo que se diese a la tutela el nombre y carácter de tutela legítima que perdió no obstante, para volver a tomar el nombre de fiduciaria, cuando después de la muerte del padre, pasaba a los hijos *sui iuris* que le sucedían. Justiniano al abolir la preeminencia de los agnados en la herencia, así como el derecho de sucesión del patrono en los bienes del hijo emancipado y las antiguas formalidades de la emancipación, debió naturalmente (...) abolir la tutela fiduciaria y modificar el sistema de la tutela legítima. Conforme al principio según el cual reguló, por la célebre Novela 118, las sucesiones ab intestato, la tutela legítima pertenece en el derecho nuevo, a los más próximos parientes llamados a la sucesión.”

2. La formalidad. En el derecho pre-justiniano operaba de pleno derecho la tutela fiduciaria deferida por la cláusula a los descendientes. En el derecho justiniano el otorgamiento era también de pleno derecho, desde la muerte del ascendiente emancipador.

En lo referente a la caución, aplicaba lo previsto para la tutela legítima de los patronos.

El derecho pre-justiniano permitía la cesión por *in iure cessio*. Esto no fue posible en el derecho justiniano.

Para finiquitar lo expuesto sobre la tutela legítima, señalaremos a continuación las principales características que tuvo la citada institución tanto en la época pre-justiniana como la época del derecho de Justiniano. De la primera etapa podemos mencionar lo siguiente:

- 1) Tuvo como arquetipo para las demás especies de tutela legítima a la tutela agnaticia.
- 2) Es posible determinar dos aspectos en la tutela legítima, en los cuales el primero se fundamenta en las relaciones gentilicias y agnaticias. El segundo aspecto tiene un fundamento normativo cual es la Ley de las Doce Tablas y en el pasado remoto a la costumbre.
- 3) Utilización de la interpretación analógica para crear nuevas especies de tutela legítima.
- 4) El cargo de tutor se entendía conferido desde que surgía la necesidad de tutela al producirse la muerte ab intestado del paterfamilias, la emancipación o la manumisión. Sin embargo, es menester consignar que el ejercicio de la administración y cuidado de los bienes del pupilo comenzaba a partir del otorgamiento de la caución ante el magistrado competente.
- 5) Podía cederse la tutela legítima por *in iure cessio*; pero en algún momento ésta se pierde.

-
- 6) Se extingüía la tutela por *capitis deminutio* en cualquiera de sus modalidades, tanto respecto al tutor como al pupilo.

La tutela legítima presentó en el derecho justiniano los siguientes caracteres:

- 1) La tutela agnaticia fue el modelo sobre el cual se estructuraron los demás clases de tutela.
 - 2) Se encuentra un aspecto que se fundamenta en el parentesco agnaticio y luego en el cognaticio y además otro aspecto fundamentado en la norma justiniana.
 - 3) Utilización restringida de la interpretación por analogía para lograr modificaciones en la tutela fiduciaria a nivel legal más ya no casuístico.
 - 4) El cargo de tutor se entendía conferido a partir del surgimiento de la necesidad de tutela al igual que en el derecho anterior. El ejercicio del cargo empezaba con el otorgamiento de caución al magistrado, salvo que decidiera exonerarlo de la garantía.
 - 5) Ya no existía la facultad de ceder la tutela por *in iure cessio*, sólo podía alegarse excusa.
 - 6) La *capitis deminutio* extingüía la tutela, ya sea que ésta hubiera recaído en el tutor o en el pupilo.
- 3) Tutela por decreto o dativa. Fue la tutela conferida en virtud de un decreto del magistrado competente, cuando no era posible la tutela testamentaria ni la legítima.¹³⁵ Su creación se debe a la Ley Atilia, cuyo ámbito de aplicación era la ciudad de Roma

¹³⁵ Existen varias opiniones en cuanto a la denominación de esta tutela, que podemos clasificar en tres: 1) Las que consideran el nombre de la tutela dativa; 2) La que considera el nombre de tutela honoraria; y 3) La que considera el nombre de tutela decretalis. A la primera pertenecen las opiniones de: PACCHIONI, G. Idem. Vol. 2 p.p. 113-114; SERAFINI, F. Idem. T.II. p. 318; D ORS, Alvaro. Idem. p. 164 y MAYNZ, C. Idem. T. III. p. 166. A la segunda pertenece la de MEIRA, S. Idem. Vol. 1. P. 201. La tercera es la de SCHULZ, F. Idem. p. 163.

pero después se extendió la tutela a las provincias por medio de las leyes (o ley) Julia y Titia¹³⁶.

1. Capacidad. Para ser nombrado tutor por el magistrado, se debía ser *sui iuris*, tener el estado de libertad, ciudadanía o familia (aunque éste no sería necesario en relación al pupilo cuando no existieran parientes). Además es posible que se prescribiera en las leyes mencionadas las condiciones de solvencia moral y económica que debían tener los postulantes a ser tutores, lo que

¹³⁶Sobre la fecha y las causas de la dación de las leyes aludidas existen varios pareceres. PACCHIONI, G. Idem. Vol. 2. p. 113, señala que la ley Atilia fue dada hacia fines del siglo VI a.C. y para las provincias se dieron las leyes Julia et Titia a fines de la República. D ORS, A. Idem p. 164, se limita a señalar al siglo III a.C. (finales de dicho siglo) como fecha probable de la entrada en vigencia de la ley Atilia. No señala a las otras. SCHULZ, F. Idem. p. 159 indica como fecha probable de la ley Atilia al período anterior al año 186. Se apoya en Livio. Para las otras dos leyes estableció al año 31 a.C. como fecha de la dación, que para él no son dos leyes, sino una y que el hecho que se mencione como dos diferentes es un error que ha sido esclarecido por los papiros egipcios que registran la fórmula de petición de tutor nombrando como una sola ley (*lex Julia et Titia*). JOLOWICZ, H. Historical Introduction the Roman Law. Cambridge at the University Press, 1952, p. 249. Sitúa la fecha de dación antes del año 186 a.C. para la ley Atilia. SOLAZZI, S. Instituti Tutelari. Napoli, Nuova Jovene, 1929, p.p. 30-31 establece el período entre los años 568 y 186 para la ley Atilia. En cuanto a la ley Titia que para él es distinta de la ley Julia) duda en asignar un período, por lo que establece el lapso de tiempo entre 655 y 99 a.C. (cuando fue tribuno P. Titius al cual también se atribuye su dación). Para la ley Julia el período entre los años 722 y 32 a.C. y eventualmente hasta el 14 a.C. MONIER, R. Op. cit. p. 179, también determina el período anterior al año 186 a.C. para la ley Atilia. Para las leyes Julia y Titia determina que se dieron en el siglo III a.C. FRANCISCI, P. Síntesis Storica del Diritto Romano. Roma. Ed. dell Ateneo. 1948. p. 325, no hace referencia a las fechas de posible aparición de las leyes. ROSELLO, A. Storia del Diritto Romano. Génova. Tip. Marsana. 1920-21. 408p, ni PADELLETTI, G. Storia del Diritto Romano. XII. 707 p., tampoco lo hacen. En ESPASA CALPE. Ibídem. T.LXV. p. 599 se menciona que pudo ser después del año 387, no coincidiendo con la opinión de Tito Livio que la sitúa en el 568 a.C. (narra el caso de la liberta Jesenia Hispalia que solicitó un tutor dativo). Se cita la opinión de VOIGT quien supone su dación en el periodo en que se libraron las batallas de Tessino, Trevia, Trasimeno y Cannas durante la Segunda Guerra Púnica. Determina la ley Titia el año 526 a.C. y para la ley Julia el siglo VIII.

era verificado mediante información realizado por el magistrado. El pupilo también debía contar con tales condiciones para recibir tutor. Tanto el derecho pre-justiniano como el justiniano no difieren en ello.

2. La formalidad. La tutela se discernía mediante decreto del magistrado previo procedimiento de postulación, información y eventual otorgamiento de fianza.

1) Magistrados Competentes. La ley Atilia designó al pretor urbano para conocer los casos de nombramiento de tutor, acompañado con la mayoría de los tribunos de la plebe (más de cinco de los diez que habían), cuando no existiese tutor testamentario ni legítimo¹³⁷. La ley Titia (según los que defienden su autonomía frente a la otra ley) prescribió como magistrado competente al gobernador y la ley Julia determinó que fuera el presidente¹³⁸, los cuales se encargarían de nombrar tutores en las provincias. Más tarde, Claudio designó a los Cónsules para realizar tal función, a los cuales se sumaron el pretor tutelarius y los italicus iuridice (con Marco Aurelio). En relación con los anteriores, los magistrados municipales sólo podían formular propuestas. Esta tarea la hacían los duoviri en los municipios latinos y los magistrados municipales en los romanos¹³⁹. En la época de Justiniano se dispuso que se

¹³⁷ GAYO. Inst. 1.185 y ULPIANO. Tit. Corp. 11.18.

¹³⁸ Es necesario aclarar que tanto GAYO. Inst. 1.185 y ULPIANO. Tit. Corp. 11.18 sólo se refieren al praesides (presidente).

¹³⁹ Los *duoviri iuri dicundo* eran los magistrados municipales que en número de dos, poseían una jurisdicción civil y criminal limitada a los asuntos más importantes. Según MONIER. *Ibidem*. p. 107. podían ejercer su cargo en un municipio o en una colonia. En GIRARD, Paul Frederic. *Historie de l'organisation judiciaire des romains*. París, Arthur Rousseau, 1901, p.p. 307-316. Se hace referencia a la organización municipal romana y las facultades de los magistrados, así como su origen. Se pronuncia a favor de la tesis que considera la no existencia de magistrados propios en las ciudades romanas, porque éstos eran originarios de Roma. En consecuencia, la administración de justicia recaía en ellos y no en los del propio lugar (ciudad). Como prueba de lo anterior ofrece

mantuviera en vigor la organización de la magistratura de la etapa anterior, en la capital¹⁴⁰. Pero se innova respecto a los magistrados defensores de las ciudades junto con los obispos de las mismas y el jurídico de la ciudad de Alejandría para que puedan nombrar tutores sin aguardar el mandato de los presidentes (antes sí debían esperar), siempre que los bienes del pupilo llegaran a quinientos sueldos más la debida prestación de caución, cuyo otorgamiento estaba bajo riesgo de los magistrados que la recibían¹⁴¹. En el Digesto se prescribió que en las provincias podían dar tutor el procónsul, el presidente o en defecto del último, el prefecto de Egipto. Así mismo se dispuso que el legado del procónsul también pudiera nombrarlo, en virtud de la oración de Marco Aurelio¹⁴².

los ejemplos de la colonia de Ostia (“la más antigua colonia de los ciudadanos”) y la villa de Tusculum (“la más antigua villa independiente incorporada al Estado romano”), basado en las inscripciones latinas publicadas por Mommsen, Dessau y las descripciones hechas por Tito Livio y Festus. Por su parte Arangio-Ruiz, Vicenzo. *Ibidem*, p.p. 241-242; menciona que las antiguas colonias y comunidades ciudadanas que habían sido reconocidas como tales antes de las guerras sociales, siguieron llamando *duoviri iure dicundo* a los magistrados nombrados a partir de las reformas de Sila, los cuales ahora formaban parte de los *quattuorviri*, pero que siempre en el número de dos administraban justicia con el nombre de *quattuorviri iure dicundo* (los otros dos se denominaban *quattuorviri edilitia postestate* y desempeñaban funciones policíacas). La nueva organización se basó en la ficción de considerar como una extensión de la ciudad de Roma el territorio habitado por ciudadanos.

¹⁴⁰ INST. 1.20.4.

¹⁴¹ INST. 1.20.5. Concordancia con D .26.5.1.

¹⁴² D . 26.5.1. Concordante con D .26.5.5. (competencia del presidente para nombrar tutor, tanto al que se encuentra ausente como para el que está presente. Así mismo al referirse al pupilo señala que éste puede recibir tutor ya sea al encontrarse ausente o al estar presente). D .1.18.1 (presidentes son los procónsules, los legados y todos los que gobiernan las provincias. Procónsul es un nombre especial); D .1.18.10 (corresponde a los corregidores y presidentes de provincia el conocimiento de todas las causas de que en Roma conocen o el prefecto de ciudad o el prefecto del pretorio, además los cónsules, los pretores y demás magistrados); D . 1.18.11 (pertenecen al cargo del presidente todas las pretensiones provinciales que en Roma tienen asignadas varios jueces); D . 1.18.6.8 (todos los que gobiernan provincias tienen poder para castigar); D .

- 2) Procedimiento. Comenzaba con la presentación del candidato al magistrado (*petitio tutoris*) por las personas interesadas en el bienestar del pupilo o las que la ley obligaba. Esto sucedía en el derecho justinianeo, más en el derecho anterior es difícil determinarlo con certeza debido a la escasez de fuentes jurídicas (no se han encontrado aún los textos de las leyes de Atila, Julia e Titia). El pupilo podía pedir tutor para sí, más no se le podía obligar a pedirlo¹⁴³.

Entre las personas que voluntariamente podían pedir tutor estaban los agnados y los parientes por afinidad del pupilo (cualquiera que fuere su sexo), los amigos de sus ascendientes más sus educadores¹⁴⁴. En cambio, era obligatoria la petición para la madre y los libertos, bajo sanción. Esta consistía en el rechazo de la madre para la herencia legítima de su hijo no tenía derecho a

1.16.7.2. (el *procónsul* tiene atribuciones como los magistrados que ejercen justicia en forma extraordinaria en Roma); D .1.12.1.7 (suelen remitirse al prefecto de la ciudad, los tutores y curadores sospechosos, cuya infamia que es consecuencia de la declaración de sospechoso no bastare por necesitar castigo mayor); D . 2.1.1. (“el cargo del que administra justicia es muy lato, porque puede dar la posesión de bienes y poner en posesión, nombrar tutores a los pupilos que no los tienen y dar jueces a los litigantes”). En D .2.1.3 completa todo lo citado con anterioridad al definir al imperio mero del magistrado (potestad de espada que era el poder de castigar) y el imperio mixto (potestad de dar la posesión de bienes o dar jueces); lo cual se aplica al curador o al tutor que no obedecen los mandatos del magistrado, pues reciben el castigo pertinente de acuerdo a D .2.3.1.1. El código señala la competencia de cada magistrado: C. 1.39.1 (el cargo de pretor otorga la facultad de vigilar el cumplimiento de los decretos emitidos por el pretor con el fin de nombrar tutores o curadores, según la constitución del emperador Constancio del 359 D .C.). C.3.3.2 (los presidentes pueden nombrar jueces *pedáneos* para que conozcan las causas que no pudieren atender, pero sin que ello disminuya sus facultades) y C.3.14.1 (que fija la competencia del emperador para conocer las causas entre pupilos o viudas u “otras personas miserables” frente a una persona poderosa) y C. 3.21.1 (señala el lugar donde debe pedirse las cuentas de la tutela que es el lugar donde se administró así como el magistrado de ese lugar).

¹⁴³ D . 26.1. 2.

¹⁴⁴ D . 26. 6. 2.

reivindicar los bienes que le pertenecieran¹⁴⁵. Para los segundos; la sanción consistía en ser castigados ante el pretor. Era indiferente si hubieran obrado con malicia o con negligencia.

El acreedor no podía pedir tutor para el pupilo (el deudor por su padre u otra persona que lo hubiese tenido como tutor) sino que debía rogar a los parientes del impúber para que fueran ellos los que solicitaran el tutor. En caso de no hacerlo, debía dirigirse el acreedor al presidente para que nombrara tutor¹⁴⁶.

La situación de los excusados o removidos de la tutela frente al pupilo sin tutor era de considerarlos como no obligados a pedir tutor dativo.

No podían ser nombrados tutores quienes a sí mismos se proponían para el cargo o los que ofrecieren dinero para hacerlo¹⁴⁷.

A la fase de postulación a la tutoría seguía otra llamada inquisitiva. En ella el magistrado debía examinar las condiciones morales, económicas y jurídicas del candidato al cargo de tutor¹⁴⁸ a fin de conocer con mayor certeza sus aptitudes y darle mayor garantía al pupilo en cuanto a su educación como a su patrimonio. Además, el magistrado debía investigar si el futuro tutor no se hallaba en una legación (en el sentido de cargo público en provincias), a fin de no darle el cargo¹⁴⁹. La excepción a este principio estaba en la facultad que tenía el emperador de nombrar tutor al prefecto, el cual era separado de este cargo¹⁵⁰. Sin embargo, los consejeros y los senadores no estaban impedidos de ser nombrados tutores, porque ellos podían serlo de los hijos de quienes no tenían tales calidades¹⁵¹. De similar manera ocurría con el ingenuo que era nombrado tutor de un liberto, siempre que no se excusara, pero se establecía como regla general que el liberto (si es que no tenía tutor testamentario o legítimo) debía tener un tutor

¹⁴⁵ D . 26. 6. 2. 2.

¹⁴⁶ D . 26. 6. 2. 3.

¹⁴⁷ D . 26. 5. 21. 6.

¹⁴⁸ D . 26. 5. 21. 5.

¹⁴⁹ D . 26. 5. 21. 3.

¹⁵⁰ D . 26. 5. 21. 4.

¹⁵¹ D . 26. 5.22. Concordante con D . 26. 5. 19.

liberto¹⁵². También se tomaba en cuenta el criterio de la ubicación de los bienes, según el cual, para el pupilo que tuviere bienes en Roma y en provincias, se nombraba tutor para los bienes situados en Roma y otro tutor para los bienes situados en las provincias¹⁵³.

El magistrado podía nombrar como tutor al que estaba ausente y al pupilo que también lo estaba¹⁵⁴. El tutor elegido que estuviera ausente debía ser notificado sobre su nombramiento en el plazo de treinta días¹⁵⁵ a fin de que asumiera la administración y el riesgo¹⁵⁶ y en caso de controversia judicial, le correspondía al pupilo probar que el tutor tuvo conocimiento del nombramiento¹⁵⁷. Esto último constituía una desventaja para el pupilo, puesto que en el caso mencionado de viaje sería muy difícil probar el conocimiento del nombramiento de la tutela debido a las circunstancias de tiempo y lugar. La distancia en ocasiones frecuentes podría haber sido grande y el pupilo no se encontraría en condiciones de encontrar testigos u otros medios de prueba que le permitieran probar su alegación, a lo que se suma el tiempo en el cual se realizó la notificación, que en variadas ocasiones impediría una adecuada recolección de aquellos medios de probanza. Con lo anterior se demuestra que no existía preferencia por razón de edad o condición del pupilo en lo referente a la notificación y adquisición del riesgo por la administración. Debería haberse dado la carga de la prueba al tutor nombrado.

La información procedía aunque el candidato fuera senador según un rescripto del emperador Severo¹⁵⁸. Lo que implicaba un estricto control del magistrado sobre el postulante a tutor, al igual que en lo referido a la tutela testamentaria, el magistrado confirmaba con información cuando el nombramiento correspondía a la tutela imperfecta, porque al no haberse cumplido las exigencias legales y no haber sido dado el nombramiento por persona con

¹⁵² D . 26. 5. 27. 1.

¹⁵³ D . 26. 5. 27.

¹⁵⁴ D . 26. 5. 5.

¹⁵⁵ D . 26. 5. 29. Concordante con D . 26. 7.1.1.

¹⁵⁶ D . 26. 7. 5. 10.

¹⁵⁷ D . 26. 7. 6.

¹⁵⁸ D . 5. 18.

derecho a ello, se consideraba necesaria la intervención de aquél, a fin de verificar las condiciones en que se había otorgado tutor. No sucedía lo mismo cuando se trataba de la tutela perfecta porque allí la elección había recaído en una persona de confianza del testador y se presumía tal condición (a no ser que por indicios se llegara a sospechar de lo contrario) respetándose la libertad de nombrar tutor. Era éste un verdadero tutor testamentario, en cambio, el otro tutor ya no tenía como fundamento al testamento, sino la decisión del magistrado, como dijo Schulz en la obra ya citada¹⁵⁹.

Por otro lado, el magistrado tenía limitado su poder. Así no podía nombrarse tutor¹⁶⁰, ni delegar a otra persona su facultad de nombramiento y debía dar tutor en determinados casos, que eran los siguientes:

- a) Cuando no había tutor testamentario o legítimo. En este caso debía otorgar el nombramiento tanto a la persona presente como a la ausente. Lo mismo ocurría con el pupilo. Inclusive para el caso del tutor, lo elegía a pesar de su voluntad negativa para asumir el cargo o cuando éste lo ignoraba¹⁶¹.
- b) Cuando la mujer se iba a casar y necesitaba de tutor para dar la dote, o si ya lo estaba, para lo mismo¹⁶².
- c) Cuando el impúbero necesitaba adir una herencia¹⁶³.
- d) Cuando estaba ausente el tutor del impúber por cualquiera motivo y sobre todo, por causa de la República¹⁶⁴.
- e) Cuando los tutores nombrados hubiesen apelado el discernimiento¹⁶⁵.

Otra atribución reconocida al magistrado era la de buscar una persona honesta en las ciudades vecinas para otorgarle el cargo de tutor, cuando faltaran personas idóneas en la ciudad natal del

¹⁵⁹ SCHULZ, F. Idem. p. 162.

¹⁶⁰ D . 26. 5.4.

¹⁶¹ D . 26. 5. 5. Y D . 26. 5. 6.

¹⁶² D . 26. 5. 7.

¹⁶³ D . 26. 5. 9. Concordante con D . 26. 5.13. y D . 26.2.10.

¹⁶⁴ D . 26. 5.11. Tener en cuenta lo preceptuado en D . 26. 5. 10.

¹⁶⁵ D . 26. 5. 2. Tutor temporal.

impúber¹⁶⁶. En este supuesto, debían remitir el nombre del candidato a tutor al presidente para que efectuara el nombramiento.

Un caso no comprendido entre los anteriores, consistía en la facultad del magistrado de nombrar tutor para aquel que litigaba sobre su estado y este nombramiento sería válido si esta persona era libre¹⁶⁷. No causa duda este fragmento de Ulpiano citando a Pomponio pese a no establecer si dirige a una persona mayor de catorce o doce años o mayor veinticinco años (en ambos casos se trataría de una persona de sexo femenino), o si nos indica el estado incierto de un impúber. Nosotros nos inclinamos por considerar que se trataba de un menor impúber ingenuo o liberto sobre el cual pendía un juicio sobre su estado familiar o de ciudadanía porque en el derecho justiniano no aparece la tutela dativa de las mujeres. El fundamento de nuestra conclusión reside en la definición de tutela dada por Servio y citada por Paulo y en donde se afirma que dicha institución “es la fuerza y la potestad dadas y permitidas por el derecho civil, sobre un individuo libre, para proteger al que por su edad no puede defenderse espontáneamente” Sólo se hace referencia a la edad y al sexo como fundamento de protección¹⁶⁸. En relación al carácter genuino del fragmento es muy posible que en la época de Pomponio (y tal vez en la de Ulpiano, aunque lo creemos muy remoto) aún existiera la tutela dativa sobre las mujeres (la cual como sabemos era perpetua) lo que explicaría la ausencia de una distinción entre ellas y los impúberes en las obras de los jurisconsultos o que tal vez, ésta existiera en el texto original de Pomponio y en el de igual calidad de Paulo, pero al ser transcrito el último en la compilación justiniana del Digesto hubiera sido suprimida por los juristas que formaron dicha parte del

¹⁶⁶ D .26. 5. 24.-Este fragmento no se contradice con D . 26. 1. 10 en el cual se faculta al magistrado (presidente) para nombrar tutor al que no es del municipio, siempre y cuando se de al pupilo pertenezca al mismo organismo municipal por razón del territorio.

¹⁶⁷ D . 26.5 17. Escribe Pomponio, que al que litiga sobre su estado se le puede dar tutor, y es verdad; pero de suerte que sólo sea válido el nombramiento si es libre. Concordante con C. 5. 34. 1 que esclarece el sentido del pasaje justiniano aludido.

¹⁶⁸ D . 26. 1. 1.

Corpus Iuris Civilis . Lo anterior se puede comprobar porque en él ya no se encuentran referencias a la tutela de las mujeres, siendo ejemplo de ello que en la definición serviana incorporada en el Digesto fue interpolada y el resultado de la supresión fue que ya no se mencionara aquélla. El principio que determinaba la distinción entre las clases de tutela ya no se fundamentaba en el sexo de las personas sino en su edad.

El nombramiento era inválido:

- a) Cuando el magistrado o el juez se nombraban a sí mismos tutores¹⁶⁹.
- b) Cuando era realizado por persona incompetente¹⁷⁰.
- c) Cuando se efectuaba para casos que no permitían la tutela¹⁷¹.
- d) Cuando era realizado por magistrado furioso¹⁷².
- e) Cuando había tutor ausente o existía error en la petición del mismo sobre la causa de hecho (se solicitaba tutor creyendo que no había)¹⁷³.

El magistrado podía nombrar tutor en forma definitiva o provisional. Aquella procedía en los siguientes casos:

- a) Cuando el pupilo carecía de cualquier clase de tutor.
- b) Cuando existían varios tutores testamentarios y uno de ellos moría o perdía la ciudadanía¹⁷⁴.

¹⁶⁹ D . 26 . 5 . 4.

¹⁷⁰ D . 26 . 5 . 8.

¹⁷¹ D . 26 . 5 . 20.

¹⁷² D . 26 . 5 . 8.

¹⁷³ D . 26 . 5 . 10. Se puede considerar que los casos señalados en D . 26.5. 21. 2 (persona que no podía ser tutora por haberlo prohibido los ascendientes del pupilo y que sin embargo le fue discernido el cargo) y D . 26 . 5 . 21 . 3 (La persona que estaba en legación no podía ser nombrada tutora) son manifestaciones concretas del error en la causa de hecho que motiva la petición de tutela, pues en ambos existe una falsa percepción de necesidad de amparo del pupilo, ya sea de parte del peticionante o del magistrado.

¹⁷⁴ D . 26 . 2 . 11 . 4.

- c) Cuando los tutores testamentarios o los legítimos se excusaban o eran removidos del cargo¹⁷⁵.

En cambio, el magistrado nombraba en forma provisional:

- a) Cuando el tutor testamentario había sido nombrado bajo condición, desde cierto día o cuando el nombramiento del tutor no contuviera modalidad (puro), mientras la herencia no fuera adida. Al realizarse la condición, o al cumplirse el plazo en el día señalado y había tutor testamentario sustituía al tutor dativo. Pero si los casos mencionados no se realizaban, era el tutor legítimo quien ocupaba el lugar del tutor dativo, el cual cesaba en sus funciones¹⁷⁶.
- b) Cuando el tutor testamentario era furioso o menor de veinticinco años. El nombramiento del primero era condicional¹⁷⁷ y el del segundo caso a partir de cierto día (cuando cumplía veinticinco años de edad)¹⁷⁸.
- c) Cuando el tutor testamentario estaba ausente, el magistrado nombraba un tutor dativo provisional (“*temporero*”) hasta que regresara el primero¹⁷⁹. De igual manera ocurría con el tutor legítimo, al igual le sustituía interinamente un tutor dativo, si estaba ausente o en poder del enemigo¹⁸⁰. Es obvio que esta situación provisional no sería eterna, porque de lo contrario sería absurdo el preceptuado en el fragmento D. 26. 1. 14. 2, que señala la extinción de la tutela por causa de haber caído el tutor prisionero del enemigo y el fragmento D. 26. 1. 14. 3 en el caso de que se hubiera vencido el plazo para ejercer el cargo de tutor provisorio, aplicándose lo dispuesto para estas circunstancias. Concluimos que en ambas situaciones, el

¹⁷⁵ D. 26. 2. 11. 2 y 3.

¹⁷⁶ D. 26. 2. 11.

¹⁷⁷ D. 26. 2. 10. 3.

¹⁷⁸ D. 26. 2. 8. 2.

¹⁷⁹ D. 26. 5. 2. Nos inclinamos por considerar que se trata de un enunciado general.

¹⁸⁰ D. 26. 4. 1. 2.

magistrado nombraba un tutor dativo que estaba sujeto a un plazo corto, mediano o extenso.

2. Responsabilidad del cargo.

a) Obligaciones preliminares al entrar en funciones.

- 1) Prestar juramento de administrar bien. Se realizaba ante el Magistrado.
- 2) Otorgar caución. El principio general era que todos los tutores dieran caución de que administrarían correctamente los bienes del pupilo. La caución consistía en la garantía personal de la fianza (*fideiussio*). Durante la mayor parte de la existencia del derecho romano como derecho vigente, ésta constituyó la principal forma de caución hasta que en la etapa Postclásica comenzó a otorgarse otra consistente en hipoteca general sobre el patrimonio del tutor. Es muy posible que este cambio se deba a la mayor inseguridad jurídica originada por los cada vez más continuos fraudes. Las hipotecas legales iban acompañadas por la fianza¹⁸¹.

¹⁸¹ SCIOLOJA, Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos. Trad. al castellano de la ed. italiana de 1936, por Santiago Sentís Melendo y Marino Aversa Redin. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América. 1954. p.p. 83-93. El autor no da una definición de cautio; pero sí nos ilustra con los diversos significados del término referido. Afirma que "la cautio puede constituirse para dar vida a una acción en algún caso en que la acción no existiría por la relación misma (....). Se puede dar caución para asegurar la prueba de la relación (....). Se puede dar caución para reforzar el vínculo (....). Se puede dar caución para asegurar la ejecución del derecho y está es la caución tal como se entiende comúnmente en nuestro derecho moderno". Emprende la elaboración de una clasificación de las cauciones, la que a su vez, se ubica dentro de otra que versa sobre los medios de asegurar el ejercicio de los derechos (garantía de los derechos). Sin embargo, debido a esto no logra finiquitar su cometido con éxito porque en lugar de incluir bajo el nombre de "cautiones" a todas las especies, éstas aparecen como independientes a lo general y de la siguiente manera: A) "*Ius retentionis*"; B) Obligación de inventario; C) "*Cautiones*"; D) "*Cautio promissoria*"; E) "*Cautio iuratoria*"; F) "*Caución real*"; G) Cauciones necesarias, cauciones voluntarias (dentro de las necesarias

hace una sub-clasificación por la finalidad en pretorias y éstas en caucionales, cita al caso de la tutela); judiciales y comunes . Sub-clasifica además de acuerdo a la persona que la impone en judiciales, pretorias y comunes; H) “*Missio in possessionem*” e I) “*Sequestratio*”. Alude a la naturaleza de la cautio fideiussoria, a la cual considera real: "Es de notar que cuando se trata de caución real, se debe entender en general la caución mediante fiadores y no mediante prenda o hipoteca; sobre todo cuando se trata de cauciones pretorias en este sentido, sí la caución no se restringe a la simple promesa de que hemos hablado, hay que entender que se debe la prestación de fiadores. Es uno de los hechos característicos del derecho romano que la garantía se da preferentemente mediante fiadores y no mediante prenda o hipoteca. Constituye, al menos, uno de los característicos rasgos del derecho romano clásico; puesto que, en el derecho romano de la decadencia y en el justiniano, la garantía real con prenda y con hipoteca adopta una extensión desconocida en el derecho precedente, y se llega a un nuevo género de garantía pignoraticia: el de la prenda y el de la hipoteca legal, de la cual tan desmedidamente se abusó en la legislación justiniana hasta producir numerosos inconvenientes en la práctica. Esta caución real, y particularmente la fideiussoria, toma también el nombre de satisdatio; esta palabra puede tener, sin embargo, también un sentido más estricto o más amplio; en el sentido más estricto puede estar limitada a la simple caución promisoria; y en le más amplio, puede extenderse incluso a la caución hipotecaria o pignoraticia. Naturalmente, esta caución real va unida por lo común a la caución promisoria, ya que se impondrá a uno que prometa y garantice después la ejecución de su promesa por medio de fiadores o por medio de prenda. El fragmento INST. 1. 20. 3 hace referencia de que en las leyes Atilia, Julia y Titia nada se prescribía sobre la caución que debía exigirse a los tutores, ni el modo de compeler a los tutores a la administración de la tutela. SOLAZZI, S. Op. cit. p.p. 17 y ss. Afirma que ello obedecía a la razón de que los tutores dativos no estaban obligados a otorgar caución, que bastaba la inquisición sobre su persona. No sucedía lo mismo con los tutores legítimos, los cuales debían responder por el actio rationibus distrahendis que tenía la desventaja de ser muy limitada, al no cubrir la obligación de administrar y guardar los bienes. Para superar ésta limitación los cónsules introdujeron con posterioridad la obligación de dar caución. En consecuencia, dicha obligación no nació de la tutela dativa porque para ella existía la actio tutelae. Así, los cónsules no introdujeron ninguna norma nueva para los tutores dativos. En relación al modo de compeler a los tutores dativos a la administración de la tutela dice que existían dos medios: 1) Un medio ordinario, constituido por la actio utilis tutelae de naturaleza pretoria; 2) los medios extraordinarios, conformados por la multae dictio, la pignoris capio, entre otros. Los tutores legítimos eran obligados a la administración de la tutela por medio de la *stipulatio*. Para los testamentarios la obligación de administrar surgió de la declaración del magistrado, quien interpretó la conciencia jurídica

Como hemos observado en las páginas anteriores, no todos los tutores otorgaban caución. En el caso de los testamentarios y de los dativos. Los primeros estaban exentos gracias al reconocimiento jurídico de la regla moral de la confianza del testador en el nombramiento de una persona idónea para la tutoría del impúber, la cual estaba protegida por el principio de libertad de testar. En el derecho justinianeo son distinguibles la tutela testamentaria perfecta y la imperfecta. En la tutela testamentaria perfecta, se aplicaba sin condicionamientos lo ya mencionado, constituyendo una garantía moral superior a la patrimonial, la cual, se ofrecía en forma voluntaria por el tutor o tutores designados por testamento. Cuando existía pluralidad de tutores y todos ofrecían fianza, el magistrado elegía al más idóneo¹⁸². En la tutela testamentaria

que desaprobaba la *abdicatorio* y señaló como responsable al tutor por la abstención. Sin embargo el tutor tuvo el derecho de apelación.

¹⁸² D . 26. 2. 17. Fragmento de la obra de ULPIANO titulada “Comentarios al Edicto”. Libro XXXV, donde se prescribía que los tutores testamentarios no dan fianza obligatoriamente. El numeral 1º expresa la excepción de que en caso de que se diera por uno, los demás no están obligados a darla por esta razón, quedando a cargo del pretor la aplicación del principio de la igualdad de los tutores testamentarios designados en conjunto, es decir que, no hay preferencia por virtud de la caución. En el numeral 2º se hace referencia a que la caución es una afrenta si en el caso al cual nos referimos, es exigida a una persona honrada. Su fundamento moral radica en la confianza del testador y su fundamento jurídico es la libertad de testar de antiguo origen en los romanos. Pero ello no incluía la posibilidad de que fueran varios los que quisieren otorgar fianza y en este caso el pretor podía elegir el más idóneo sin temor de afrentar a los demás, como puede verse en D . 26. 2. 18, fragmento de Calistrato de su obra “Del Edicto monitorio”, Libro III. Estos preceptos regían para los que expresamente hubieren sido designados en el testamento ya que ni el extraño (D .26.2.19) ni la persona incierta (D.26.2.20) podían ofrecerla voluntariamente. En Inst. 1. 24., se observa un esclarecimiento de lo anterior. Se menciona que si por testamento o por información se han nombrado tutores a varias personas (numeral 1º) el que ofrecía caución debía ser oído y confiársele la administración. Este debía ofrecerla a los demás cotutores previamente a la entrega de la responsabilidad de administrador, para que éstos tengan la posibilidad de elegir entre aceptar la caución ofrecida o darla o los que hubieran recibido ya no administraban, restringiéndose a vigilar al elegido. Pero si todos no se ponían de acuerdo sobre quien o quienes debían administrar, el pretor debía intervenir para tal efecto. Cuando se hace referencia al término “con información”, interpretamos que se

imperfecta la obligación de dar caución variaba de acuerdo a la calidad del tutor designado en el testamento. Estos casos ya fueron mencionados en su oportunidad, por lo que nos excusamos por no volverlos a enumerar. Los tutores dativos se hallaban exonerados de la caución por la presunción de que el magistrado había sido diligente en la elección del tutor. Los tutores legítimos y fiduciarios estaban sometidos a la regla general de otorgar caución, salvo que el pretor determinase que eran personas honestas. En todo caso, el magistrado competente tenía poder para ordenar o exonerar de la caución de acuerdo al D. 26.4.5. 1.

Junto con la caución de la fianza (*cautio fideiussoria*) y la caución real de la hipoteca legal se encontraba la caución promisoría (*cautio promisoría*), que consistía en la obligación contraída por el tutor mediante estipulación, donde se comprometía a ejercer el cargo y no permanecer inactivo. En virtud de ella se constituía la *actio ex stipulatu*. El fundamento de la existencia de esta caución era que no había una acción abstracta aplicable a todos los casos en el edicto pretorio, puesto que sólo estaban las acciones determinadas y ninguna protegía a la obligación de administrar los bienes del pupilo así como la de no permanecer inactivo en forma directa¹⁸³. Podían ser voluntarias o necesarias¹⁸⁴.

trata de los tutores testamentarios imperfectos así como de los dativos. De los legítimos no hay indicación expresa de que debieran pasar por la investigación del magistrado, aunque para la elección del que deseaba administrar debía el magistrado elegir al más idóneo, según lo preceptuado en D .26.4.5.1, lo que nos aconseja a pensar en una posible y sumaria inquisición para determinar aquella condición.

¹⁸³ SCIALOJA, Vittorio. Op. Cit. nota 7. p. 83. “La *stipulatio*, como es sabido consiste en una pregunta por parte de quien se constituye acreedor y en la correspondiente respuesta por parte de quien se constituye deudor, pregunta y respuesta que al principio tenían una forma solemne y sacramental. Pero poco a poco la parte formal de la estipulación cayó en desuso, y bastó que estipulara verbalmente, con pregunta y respuesta no dudosas. En el derecho justiniano, aunque la *stipulatio* conserve el nombre y el tipo de *verborum obligatio*, termina por ser un acto escrito; efectivamente, sobre la base de la *stipulatio* se extendía un documento, y poco a poco toda la importancia del acto pasó a este escrito, en virtud del cual se presume siempre que haya habido la *stipulatio* cuando todas las

Estos eran caracteres de la caución regulados en la compilación del Corpus Iuris Civilis. ¿Fue similar la regulación de aquélla en el derecho pre-justiniano? Difícil es responder a esta interrogante en forma certera, debido a la falta o escasez de fuentes de dicha época. Sin embargo, podemos nombrar los resultados de las diversas tareas de reconstrucción de la doctrina romanista, así como también las fuentes encontradas o depuradas por el método de ubicar las interpolaciones. Lo mencionado, constituye la razón por la cual no hemos iniciado el estudio de la caución desde la etapa antigua sino que empezamos por la justiniana, lo que tiene por fin la determinación del origen y la perduración de los elementos antiguos en ella.

A continuación consignamos los siguientes resultados:

- a) Sobre el origen de la caución. En la época antigua, el tutor legítimo y el testamentario desempeñaban sus funciones sin restricciones y sin otorgar fianza alguna, lo que obedecía al carácter potestativo que tenía la tutela, al tener el tutor poder sobre la persona del pupilo¹⁸⁵. Cuando se estableció la tutela dativa durante el período clásico, se permitió una intervención

circunstancias prueban el asenso (sic.); menos en el caso de que se pruebe que las partes no estuvieron presentes lo cual excluye ciertamente la posibilidad de la estipulación”.

¹⁸⁴ SOLAZZI, Siro. *Ibidem.* p.p. 127 y s.s.. Sobre la estructura de la *stipulatio rem pupilli salvam fore*, el autor concluye que: 1) La doble función de la *stipulatio*, la cual creaba el derecho y la acción; 2) el tutor testamentario al ofrecer la *satidatio*, renunciaba a disponer de la tutela; 3) el tutor legítimo obligado por los cónsules a prometerla, perdía la libertad de su poder (para cederla); 4) no cree que la caución contuviese las palabras “*rem meam salvam fore*” (la opinión de Lenel es afirmativa) porque contiene materiales espúreos justinianos, 5) la estipulación protegía contra la inactividad del tutor; 6) tanto en la tutela testamentaria como en la legítima, la caución debía comprender la *gestio* y la *cessatio*.

¹⁸⁵ D . 26. 2. 17. Para la tutela testamentaria es voluntaria la caución. No sucedía lo mismo para los tutores legítimos, salvo decisión del Magistrado, según D . 26. 4. 5. 1.

limitada del pretor para ejercer actos de vigilancia sobre el tutor elegido. El principio jurídico en vigencia era que el tutor debía desempeñar sus funciones y administrar el patrimonio del pupilo de acuerdo a la buena fe con la diligencia que él mismo pondría en sus negocios¹⁸⁶. Para cautelar este principio se establecieron en la Ley de las Doce Tablas la *actio rationibus distrahendis* y la *accusatio suspectitutoris*, a las cuales haremos referencia en su oportunidad.

La doctrina romanista coincide en que la caución voluntaria (para los tutores testamentarios) era otorgada al pretor antes que los cónsules tuvieran el derecho de dar tutor basándose en los escritos de Gayo¹⁸⁷. Sin embargo, no ha establecido la época, ni los años en los cuales las autoridades romanas (pretore) comenzaron a recibirlas.

- b) El carácter obligatorio de la caución fideiussoria (es la *satisdatio rem pupilli salvam fore* por excelencia) . Se discute el origen de la obligación de dar caución con fiadores, debido a que no ha podido establecerse si ésta fue impuesta y creada por

¹⁸⁶ Coinciden: MAYNZ, Carlos. Idem. T.III. pp. 176-177. PACCHIONI. Idem. T.III. pp. 118-119; SCHULZ, Fritz. Idem. pp. 164-165; JORS, P.-KUNKEL, W. Derecho Privado Romano. Trad. de la 2da ed. alemana por L. Prieto Castro. Barcelona. Ed. Labor S.A. 1937 p.p. 426-427. ARANGIO-RUIZ. Istituzioni di Diritto Romano. Trad. de la 2da ed. italiana por Francisco Pelmaeker e Iváñez . 5ta ed. castellana. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1994 p. 500; SERAFINI, Felipe. Idem. p.p. 323-324.

¹⁸⁷ GAYO. Inst. 1. 200. Menciona Que los tutores dados por testamento no están obligados a entregar *satisdatio* al pretor, puesto que se reputa que su diligencia y fidelidad está probada por el testador. A su vez es menester considerar a los escritos de ULPIANO en D . 26. 4. 5. 1 y D . 26. 2. 17 que comentan el edicto del pretor, pero debiendo tener en cuenta que estos fragmentos han sido analizados por el método de las interpolaciones. Entre los autores que se inclinan por esta posición se encuentran: SCHULTZ, F. Idem. p. 165 y SOLAZZI, S. Idem. p. 90.

los pretores o si lo fue por los cónsules (para éstos durante la época del emperador Claudio)¹⁸⁸.

La consecuencia de no dar caución era que no se le permitía administrar.¹⁸⁹

- c) La exoneración en virtud de la jerarquía de los magistrados. Por principio general todos los tutores daban caución salvo los dativos y los testamentarios. La caución era recibida por los magistrados competentes sin excepción, por lo que no se encuentra determinada su exoneración por los magistrados superiores, salvo en ciertos casos de tutela testamentaria imperfecta. Esto también es punto de desaveniencia entre los romanistas.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Podemos citar tres posiciones: 1) La que establece que es una institución de origen pretorio; 2) la que establece el origen consular y 3) la que se abstiene de dar opinión. La primera posición es sostenida por BRUGI, Biagio. Op. Cit. p. 540. No fundamenta su afirmación. La segunda, que corresponde a SOLAZZI, Siro. *Ibidem*. p. 101. Él señaló a la tutela legítima como ámbito en donde se desarrolló la *satisfatio* necesaria como creación consular. Distingue entre la *satisfatio* necesaria y tutela obligatoria, al decir que ambas no se implicaban. Así sucedía con la tutela dativa (tutela obligatoria) en donde no siempre había *satisfatio* necesaria. Se basa en el verdadero sentido de Inst. 1. 20. 3 (tutela testamentaria) obtenido por la aplicación del método para descubrir interpolaciones. También tenemos a SCHULZ, F. *Idem*. p. 165. En la tercera posición tenemos a SERAFINI, Felipe. *Ibidem*. T.II. p. 325; MAYNZ, C. *Ibidem* T. III, p. 189.

¹⁸⁹ D. 26. 1. 6. 1.

¹⁹⁰ He aquí algunos de ellos: GIRARD, P. F. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 3ª ed. rev. et augm. p. 218; SERAFINI, F. *Idem*. p. 325; GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile. Edit. Jurídica de Chile. 1997. p.p. 392-395; BRY, Georges. *Principes de Droit Romain*. 2da ed. París. L. Larose et Forcel. 1896. p. 101, quienes hacen referencia a la exoneración de la caución por los magistrados superiores. En cambio, otros no hacen referencia a esta circunstancia y se limitan a consignar las normas que sirven de principios generales. Ellos son: BETTI, Emilio. *Op. cit.* p. 468; ACCARIAS, C. *Precis de Droit Romain*. 4ta ed. París. F. Pichon. 1886-91. T. I. p. 367; WETTER, P. Van. *Pandectes*. París. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. 1909. T.V. p. 172; BRUGI, op. cit. p. 540; MAYNZ, C. *Idem*. T.III. p. 180; SCHULZ, F. *Idem*. p. 165; JORS-KUNKEL, op. cit. p. 426;

- d) El carácter genuino de la fórmula de *stipulatio*. Se debate sobre la pureza clásica de la mencionada fórmula, condición defendida por Lenel en contra de Solazzi, quien opina que se trata de una fórmula espúrea que contiene elementos extraños a la época Clásica de proveniencia justiniana¹⁹¹.
- e) La constitución de nuevas garantías a favor del pupilo. No se ha podido establecer el momento preciso en que se exigía la constitución de hipotecas legales. Se estima que pudo serlo entre los gobiernos de la dinastía de los Severos y el de Constantino¹⁹².

Finalizada la relación de puntos controvertidos sobre la caución en la etapa clásica, nos avocaremos a dar mayores precisiones sobre la *satisdatio* y los fiadores.

El pretor podía hacer uso de diversos medios para obligar al tutor a dar caución (fianza). Pero diferentes eran las decisiones que podía tomar el pretor frente al obligado de entregar caución. Estos eran:

- a) Uso de los medios rigurosos para que el tutor entregue fianza, sino surtían efectos, el pretor procedía a prohibirle el ejercicio,

ARANGIO-RUÍZ, V. op. cit. p.p. 425-501. En contra de dicha opinión: IGLESIAS, Juan. *Ibidem*. p. 584; SOLAZZI, S. Sulla competenza dei magistrati nella costituzione del tutore durante l' imperio romano. En: *Scritti di Diritto Romano*. Napoli . Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1957. p.p. 211-228 (al menos en la época clásica). En Gayo. Inst. 1.199-200, no se hace alusión a los magistrados municipales, pero es posible que éstos siguieran los principios recogidos en tales fragmentos referidos a la exoneración de caución de acuerdo al estatuto que se les hubiera reconocido. En el derecho justiniano pareciera que se daba la exoneración en ciertos casos como el de confirmación del tutor testamentario previsto en D .26.3.5. Tampoco en C.5.43.4 se establece diferencias por la jerarquía.

¹⁹¹ SOLAZZI, S. *Ibidem*. p. 128. Hace referencia a la fórmula general a la cual LENEL op, cit. T. II. p.p. 38-40 establece como parte del Edicto.

¹⁹² MAYNZ, Carlos. *Ibidem*. Tomo III. p. 180.

- la tutela y dejaba de ser tutor (no eran acusados de sospechosos si no habían administrado, aunque sí podían ser removidos por desidia, negligencia o dolo al negarse a entregar la caución y administrar)¹⁹³.
- b) Podía constreñirle a prestar fianza mediante la toma de bienes como prenda¹⁹⁴.
 - c) Ordena su remoción si no hubiera dado fianza por falta de recursos económicos sin infamia y eran sustituidos por otros idóneos o con nota si lo hubieran omitido por fraude¹⁹⁵.
 - d) El pretor podía determinar si el patrono y sus descendientes estaban obligados a entregar fianza, atendiendo a su honestidad y solvencia patrimonial¹⁹⁶.

La *satisfatio* era dirigida por el tutor al pupilo en forma directa si era infante mayor (*infans maior*) o de manera indirecta cuando era infante menor o estaba ausente a través de un esclavo (del pupilo, pero si no lo tuviere, se daba un esclavo público para que recibiera la caución fideiusoria). Lo que esto significaba era que para ambos casos, el pupilo adquiría la *actio stipulatu*). También podía recibirla un liberto designado por el magistrado (en este caso aquél adquiría la acción y al pupilo se le daba *actio utilis*).¹⁹⁷

La caución podía darse entre tutores. Ello sucedía cuando se daba la pluralidad de tutores o cuando un tutor entregaba la administración de la tutela a un tercero por medio de un contrato de mandato. En el primer supuesto, para poder administrar la tutela, los tutores elegidos por testamento (perfecto o imperfecto) y los legítimos podían dar caución. Más si de ellos, alguno hubiese deseado administrar debía dar caución a los demás de mantener el patrimonio del pupilo y ejercitar la administración (caución de

¹⁹³ D . 26. 10. 4. 3 y 4. Concordante con C. 5. 42. 2 y C. 5. 42. 3. (Este sanciona con nulidad la que hizo el tutor que no dio fianza e improcedente la restitución por entero) y C. 5. 43. 3 (empleo de medidas rigurosas para compeler a ejercer el cargo).

¹⁹⁴ Inst. 1. 24. 3.

¹⁹⁵ C. 5. 42. 2.

¹⁹⁶ D . 26. 4. 5.1.

¹⁹⁷ D . 46. 6. 2 a D . 46. 6. 4.

indemnidad). Podían pactar entre ellos la división de la administración y darse mutuamente cauciones. Todo lo anterior era convencional e interno (entre los tutores); pero la relación entre dichos tutores y el pupilo no era una gestión de negocios independiente que generaría una *actio negotiorum gestorum*, sino que sólo se trataba de la facultad del tutor denominada *negotiorum gestio* que se daba dentro de la relación tutelar¹⁹⁸. El segundo supuesto era una relación de mandato entre el tutor administrador (gerens) y el tercero (un pariente o un extraño) surgida de un contrato, que es lo que diferencia a los dos supuestos¹⁹⁹. Aquí el tercero quedaba obligado por la *actio negotiorum gestorum*.

- 3) Realizar inventario sobre los bienes del pupilo. El inventario debía realizarse ante persona pública²⁰⁰. De lo contrario se presumía que el tutor había procedido con dolo y podía ser acusado de sospechoso²⁰¹ salvo la excusa con motivos justificados. Se estableció que no debía administrarse nada antes del inventario con excepción de aquello que lo demandaba con urgencia²⁰². Pero el sistema romano de protección al pupilo obligó a los libertos, ya los que fueran nombrados tutores administradores o tutores para dar noticias, a que denunciaran las omisiones de los tutores (no libertos) en sus deberes, bajo sanción de considerárseles sospechosos como es el tenor de una constitución del emperador Alejandro en C. 5.38.1.

¹⁹⁸ C. 2. 18. 4.

¹⁹⁹ D. 26.7. 55. 2; D. 47. 2. 54. 3; D. 46. 6. 7.; C. 5. 46. 2. (cuando el tercero era la madre o el abuelo paterno); C. 5.51. 9. (cuando el tercero era la madre, no se demandaba a ella ni a sus sucesores, sino al mismo mandante al igual que el otro fragmento citado). La fórmula para estos casos era tal vez la siguiente: “Puesto que tú gestionarás la tutela de Lucio Ticio, por todo cuanto deberás darle o hacerle según la buena fe ¿Por ésto prometes que el patrimonio de Lucio Ticio ha de quedar a salvo?”. En GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. cit. T. I. p. 395.

²⁰⁰ C. 5. 37. 24.

²⁰¹ D. 26. 10. 3. 5.

²⁰² D. 26.7.7.

Durante la época justiniana se prescribió que el pretor fuera el encargado del cumplimiento de la ley, en lo relacionado con el inventario, conforme al epílogo de Nov. 82.

Los autores que se han pronunciado sobre el origen de la obligación de hacer inventario opinan que su nacimiento es de la época clásica²⁰³.

- 4) Declaración del tutor de que no era acreedor ni deudor del pupilo. Dicha declaración debía realizarse frente al magistrado, a fin de que lo exonerara del cargo de tutor. Esta obligación es propia del derecho justiniano debido a que se introdujo como impedimento para ejercer la tutela ser acreedor, deudor o cualquiera que tuviese litigio o enemistad con el pupilo (con excepción de la madre o la abuela)²⁰⁴. Según Maynz en el antiguo derecho no era así, ya que en estos casos se disponía que se agregara un tutor especial (ad hoc) o un curador también especial cuando el litigio no abarcaba todo el patrimonio pupilar. De haber sido el caso se lo exoneraba.

Durante la etapa justiniana se obligó al pupilo a denunciar la calidad de acreedor o deudor de su tutor, bajo sanción de perder el crédito o sus bienes (no procedía la restitución por entero u otros pagos de la deuda)²⁰⁵.

Es menester agregar que para ser exonerado de la tutela o curatela por ser acreedor o deudor del menor debía probarse tal situación jurídica y no solamente manifestarla²⁰⁶.

- b) Obligaciones durante el ejercicio de las funciones.

²⁰³ SCHULZ, F. Idem. p. 166 y JORS, P.-KUNKEL. Idem. p. 427.

²⁰⁴ INST. 1. 14. 2. Ver: ACCARIAS, C. Op. cit. Tomo I . p. 366; MAYNZ, C. Idem. Tomo III. p. 176.

²⁰⁵ Nov. 72. 8, en el texto griego, pero Nov. 75. 3, en la edición latina de SCRIMGER, de la cual se basó GARCÍA DEL CORRAL en la traducción de la obra de Osenbruggen, como puede observarse en KRIEGEL, HERMAN Y OSENBRUGGEN. Ibídem. Tomo VI. p.p. 265-266 y que nos sirve en la presente tesis.

²⁰⁶ Nov. 75. 4.

- 1) Desempeñar el cargo mientras durara la tutela, bajo amenaza de ser compelido en vía extraordinaria y asumir el riesgo de los perjuicios que se produjeran en el pupilo sobre sus bienes. La obligación de resarcimiento se transmitía los herederos; pero no el riesgo²⁰⁷.
- 2) Obligación de enajenar los bienes de difícil conservación y los superfluos²⁰⁸.
- 3) Obligación de emplear el dinero en la compra de fundos o darlos a interés; además de poder optar por el depósito de la suma²⁰⁹.
- 4) Obligación de cancelar las deudas y hacer efectivos los créditos inseguros²¹⁰.

²⁰⁷ D . 26.7.1.; D .26.7.17; D . 26.7.18; D; 26.7.19; D . 26.7.20; D . 26.7.33 y D . 26.7.38. En C. 5.43.1; C. 5.43.3; C. 5.45.2; C. 5.60.1; C. 5.60. y C. 5.60.3. Salvo: C. 5.38.2 (límite territorial de la responsabilidad); C. 5.38.5 (ignorancia de haber sido nombrado tutor lo exonera de responsabilidad por el tiempo que no lo supo) y C. 5.38.6 (límite temporal de la responsabilidad)

²⁰⁸ D . 26.7.7.1.

²⁰⁹ D . 26.7.12.1; D . 26.7.13.1; D . 26.7.5; D 26.7.3.2; D . 26.7.5.9; D . 26.7.7.3; D . 26.7.7.4; D . 26.7.7.6; D . 26.7.7.8; D . 26. 7.y.14; D . 26.7.47.14; D .26.7.49 (por vía extraordinaria se castiga al tutor que no compró los fundos); D . 26.7.30 (exoneración de responsabilidad por fuerza mayor); D .26.7.58 (acción de tutela contra los tutores que no colocaron el dinero en préstamo); D .26.7.12.1 (las enajenaciones de buena fe son válidas de acuerdo a los reinscriptos de Trajano y Adriano); C. 5.37.4; C. 5.37.16 (los tutores no tienen facultad para enajenar por todo título los bienes del pupilo, sólo por título oneroso); C.5.37.221 (Constitución de Constantino año 326, que prohíbe vender las cosas muebles de los pupilos, con excepción de lo urgente y permitido por la ley y los jueces).

²¹⁰ D . 26.7.13.2 (diligencia del tutor sobre la persona a quien debe pagar). D .26.7.8 (por acción de tutela se puede exigir el dinero prestado por el tutor a nombres del pupilo (cuando venciera el crédito) o el que no debería prestarse (en cualquier momento); D . 26.7.16 (el pupilo al finalizar la tutela, puede reconocer que créditos son beneficiosos para él); D . 26.7.18 (el tutor está obligado aún en lo que no prestó autoridad por acción de tutela); D .26.7.39 (no responden los tutores por los créditos cobradores después de la pubertad); D .26.7.43 (después de la muerte del pupilo no hay responsabilidad por pérdida del crédito); D . 26.7.44 (los tutores o curadores que reciben créditos de anteriores tutores o curadores, si los aprueban son responsables, más los pupilos no pierden sus privilegios); D .26.7.47.2 (cuando los tutores de Italia encontraran deudas de deudores cuyos bienes y personas no estuvieran en Italia, no les corresponde el

- 5) Prohibición de enajenar los bienes del pupilo que no sean de difícil conservación y superfluos²¹¹.
- 6) Ejercer la defensa del pupilo en juicio o fuera de él²¹².

cobro); C.5.40.2 (si la tutela hubiese sido dividida en provincias, los tutores o curadores en dichas provincias demandarán o serán demandados)

²¹¹ D . 27.9.1 y D . 27.9.2 que transcriben y comentan la Oración de Septimio Severo que prohibió la venta y empeño de fincas rústicas o suburbanas del pupilo sin autorización del pretor urbano (cuando las deudas fuesen abundantes, el pretor decidía que bien se enajenaría) salvo que dichos bienes se hubiesen obligado con anterioridad por testamento o codicilo de los ascendientes. En C. 5.37.22.1 se recoge la Constitución de Constantino en la cual se prohibió cualquiera enajenación de bienes muebles o inmuebles, salvo que haya decreto de magistrado o investigación del juez, así como necesidad apremiante y lo hubiere permitido la ley.

²¹² D . 26.1.1. (El fin de la tutela es la protección del pupilo); D . 26.7.30 (el tutor no debe dejar indefenso al pupilo); D . 26.7.1.2 (los tutores pueden elegir entre aceptar el juicio o prestar autoridad al pupilo para que lo acepte); D . 26.7.1.4 (facultad del tutor para llamar a juicio en nombre propio); D . 26.7.14 (el tutor no debe acusar de sospechoso a otro colega, si éste era idóneo y quedó súbitamente sin bienes); D . 26.7.15 (el contutor que no demandó a los deudores será demandado); D . 26.7.2 (si el tutor ganó o perdió el juicio, la actio iudicata se plantea por el pupilo o contra él, salvo que se abstenga); D . 26.7.19 (el contutor que no administra puede acusar de sospechoso al que administra si éste actúa con falta de fidelidad); D . 26.7.26 (aún durante la administración se puede accionar contra el curador y el protutor); D . 26.7.28 (si el tutor llamado a juicio en lugar del pupilo dio caución, el pupilo al llegar a la pubertad no ha de ser obligado a aceptar el juicio); D . 26.7.39.7 (los tutores de bienes de provincia que sostienen causas de apelación en Roma deben llamar a los curadores de bienes de Italia para que se hagan cargo de ellos); D . 26.7.39.12 (terminada la tutela los tutores dejan de estar en las causas y no hay responsabilidad por culpa); D . 26.7.39.16 (el tutor debe demandar en nombre del pupilo al heredero abonado de otro tutor, bajo amenaza de ser acusado de sospechoso); D . 26.7.41 (el tutor o tutores que no acusaron de sospechoso a otro, son solidarios); D . 26.7.42 (el privilegio del pupilo en juicio es intransferible al tutor); D . 26.7.46.6 (el tutor testamentario sobreviviente será demandado por el tutor dativo nombrado para sustituir a su contutor, por la parte que administró); C. 5.40.1 (un tutor o curador puede demandar o defender al menor, aunque los demás tutores o curadores no quisieran); C. 5.40.2 (los tutores de la provincia sólo pueden demandar o ser demandados en ese lugar); C. 5.44.1 (el curador para litigio en caso de controversia entre el tutor y el pupilo); C. 5.44.3 (el tutor curador dado para amparar una causa no puede ser demandado por la responsabilidad de la administración); C. 5.48.1 (el tutor asista en las causas después de la pubertad);

- 7) Obligación de rendir cuentas al finalizar su gestión²¹³.
 - 8) Obligación de dar alimentos y educación al pupilo²¹⁴.
 - 9) Obligación de prestar su auctoritas y desempeñar la negotiorum gestio con diligencia y buena fe²¹⁵.
-

C. 5.41 [1] (ni los tutores ni los curadores pueden nombrar procuradores por sí mismos para las causas, sino actores).

²¹³ D . 26.7.5.7 (el deber de rendir cuentas es de derecho público); D . 26.7.39.18 (el juez restituye al pupilo por medio del curador lo que se retuvo por el tutor de rendir cuentas).

²¹⁴ D . 27.2.1 (el pretor determina el lugar de prestación de alimentos); D . 27.2.1.1 (rescripto de Severo que prescribió que el pretor debe determinar el lugar de la prestación de acuerdo a la persona, condición y tiempo en presencia de los parientes de los hijos); D . 27.2.1.2 (el pretor puede compeler al que no quiere prestar alimentos); D . 27. 2.2 (el pretor determinará la cuantía, de lo contrario lo hará el juez); D . 27.2.3.1 (el pretor debe establecer la cuantía de acuerdo al patrimonio del pupilo y con moderación); D . 27.2.3.6 (el tutor nos es compelido a dar alimentos con su patrimonio sí los pupilos son pobres; o se les dará conforme a lo que ellos tengan como patrimonio); D . 27.2.5 (el presidente determina el lugar de vivienda y de educación del pupilo cuando ello se discutiese); D . 26.7.12.3 (el tutor no es sólo para bienes sino para las costumbres del pupilo); D . 50.16.43 (con la palabra “alimento” se comprende la comida, la bebida y el ornato del cuerpo); C. 5.51.1 (si no prestara el tutor alimentos, el pupilo podrá acudir al presidente, según la constitución de Antonino Caracalla (del 215 D .C.); C. 5.51.2 (el pupilo no puede impugnar los gastos realizados por tutor prudente, de acuerdo a la constitución de Alejandro Severo del 223 D .C.).

²¹⁵ AUCTORITAS. Era la autorización dada por el tutor en forma inmediata y directa en los negocios efectuados por un pupilo (*de infantia maior*) a fin de convalidarlos. Es un requisito esencial del acto. La auctoritas debía ser pura e incondicional. En el antiguo derecho romano era un acto formal con declaración solemne efectuada luego de la pregunta hecha por la otra parte. De acuerdo a JORS-KUNKEL. *Ibidem*. p. 423, en el derecho nuevo la auctoritas deviene en simple autorización. D . 26.8.4 (a quien se dio la administración puede dar autoridad, los demás tutores no); D . 26.8.5.1 (el pupilo no se obliga vendiendo sin la autoridad del tutor, pero tampoco comprando, sino por cuanto se hizo más rico) D . 26.8.9.2 (el pupilo no puede pagar, a no ser que el acreedor consuma el dinero de buena fe, por lo que se extingüía la obligación); D . 26.8.9.3 (el pupilo puede adir una herencia sin autoridad); D . 26.8.9.5 (la autoridad del tutor debe ser inmediata y con su presencia en el negocio); D . 26.8.10 (el tutor que por enfermedad o por causa justificada no pudo prestar autoridad no se obliga); D . 26.8.13 (los impúberos se obligan con autoridad del tutor); D . 26.8.16 (la ceguera no es obstáculo para prestar autoridad); D . 26.8.17 (el pretor no puede compeler al tutor a dar autoridad por ser voluntaria); D . 26.8.19 (se puede dar

curador al impúbero, pero para las cosas que requieren solemnidad es necesaria la autoridad del tutor); D .26.8.22 (el tutor no se beneficia con su propia autoridad si tiene deudas con el pupilo); C. 5.59.3 (el comprador de un bien al pupilo sin autoridad del tutor no le ampara el espacio de un largo tiempo); C. 5.59.4 (Constitución de Justiniano del 531 D .C. que prescribía la presencia de tutores y curadores en las causas criminales seguidas por menores de 25 años o contra ellos); C. 5.59.5 (basta la autoridad de un solo tutor cuando hay varios de ellos, siempre que la tutela no se haya dividido por administración, por regiones o por parte de los bienes y en el caso de que el pupilo quisiera arrogarse. Se aplica también a los curadores).

NEGOTIORUM GESTIO. Era la administración del patrimonio pupilar por el tutor. En el primitivo derecho romano no podía concebirse la idea de la representación directa, lo que daba por consecuencia que el tutor actuaba en nombre propio y que al finalizar la tutela, éste debía ceder al pupilo todas las acreencias y deudas que había contraído. Con posterioridad, la representación directa comienza a vislumbrarse a través de privilegios concedidos al pupilo tanto a nivel extra procesal (en relación a los efectos de la compraventa de bienes por el tutor, los intereses de dicho acto recaen sobre el patrimonio pupilar, aunque en forma favorable) como procesal (consecuencias de un juicio favorable o no, recaen sobre el patrimonio del pupilo cuando por ausencia o infancia del pupilo no hubiera podido el tutor prestarle su autoridad para que aceptase el juicio y lo hizo como su tutor, a no ser que éste se hubiera abstenido, en cuyo caso, la actio iudicata no se planteaba a favor del pupilo o contra él, sino a favor o en contra del tutor y su patrimonio personal). Sin embargo, el principio general fue la inexistencia de la representación directa y su excepción dada por estos privilegios. NICHOLÁS BARRY. Introducción al Derecho Romano. Trad. de Miguel Angel Palacios Martínez, del inglés . Madrid. Editorial Civitas. S.A . 1987. p. 130, Alude que los inconvenientes de la falta de representación directa habían sido suprimidos por diversos mecanismos (los que no indica), pero que a su vez menciona que se mantuvo vigente el principio de la intervención directa del pupilo (con autoridad del tutor) para contraer obligaciones y derechos. Partiendo de esta dificultad, BRY, Georges. Op. Cit. p.p. 104-107 divide a los actos de gestión en dos: a) Actos que podía hacer el tutor en su nombre (todos los contratos, adquirir por *mancipatio* o in iure cessio) y b) Actos que no podía hacer en su nombre, sino en nombre del pupilo (como actos de alienación, adición de herencia y su repudiación, comparecer en proceso en lugar del pupilo, los actos gratuitos y la adrogación). Aquí mostramos algunos fragmentos sobre la negotiorum gestio: D . 26.7.10 (lo que no se hace en nombre del pupilo, debe hacerse con la diligencia de un padre de familia idóneo); D . 26.7.3 (facultad del tutor sin intervención del pupilo para realizar actos civiles).

c) El caso del protutor o *falsus tutor*. El protutor era aquella persona que desempeñaba la función de tutor sin serlo, ya sea por buena o mala fe.²¹⁶ Podía en consecuencia:

- 1) Administrar los bienes del pupilo igual como si fuere un tutor, con las mismas responsabilidades respecto a enajenaciones de bienes, cobranza y pago de las deudas²¹⁷. Pero si conocía que no era tutor debía avisar a los parientes del pupilo para que se hicieran cargo de la administración y para que pidieran tutor al magistrado²¹⁸.
- 2) Desempeñar la administración con la misma fidelidad y diligencia que un tutor²¹⁹.

Sin embargo, no podía interponer autoridad en forma válida por carecer de la calidad de tutor. En consecuencia, los actos celebrados así (incluso el proceso) eran nulos, a no ser que el pretor decretara su validez²²⁰, para no afectar al pupilo con gravedad. Con relación a los terceros contratantes, la nulidad de los actos podía afectarlos si hubiesen actuado conociendo la situación de protutor, debido a que se les negaba todo recurso legal, pero de no ser así, tenían derecho a exigir la restitutio in integrum al pupilo o al protutor²²¹.

El pupilo podía exigir del protutor el resarcimiento por todo perjuicio que hubiera sufrido durante su gestión y éste a su vez, podía demandar al pupilo para que le reintegre los gastos efectuados, siempre que fuera de buena fe²²².

No conocemos más información sobre la protutela en la época Clásica que la contenida en las fuentes justinianeas que citamos²²³.

²¹⁶ D . 27.5.1.1.

²¹⁷ D . 27.5.1.7.

²¹⁸ D . 27.5.1.9.

²¹⁹ D . 27.5. 4.

²²⁰ D . 27.6.1.5

²²¹ D . 27.6.1.6.

²²² D .27.4.1.1.

²²³ Según VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Reimp. Trad. y notas a la ed. española de Jesús Daza Martínez. Madrid, Edit. Civitas S.A., 1991, p. 132. Sostiene que según la doctrina romanista moderna las

- d) El caso del tutor o curador para litigio (*ad litem*). El tutor o curador para litigio era la persona que ejercitaba los derechos procesales del pupilo infante o prestarle autoridad al pupilo adolescente para hacerlos valer contra el tutor o curador que administró (o contra ambos si lo hicieron en forma conjunta) sus bienes.

Las fuentes jurídicas romanas hacen referencia en forma indistinta tanto a la tutela *ad litem* como a la curatela *ad litem*, salvo algunos textos jurídicos en donde no se hace mención a ninguno de los términos²²⁴. Por ello, carece de importancia tratar de establecer diferencias, lo cual no impide que utilicemos uno de los dos en la tesis y nos pronunciamos a favor del término curaduría *ad litem* por ser considerado con mayor frecuencia y por no ser inconveniente con la institución de la tutela o de la curatela ordinarias, porque la curaduría *ad litem* era una institución especial,

acciones de protutela directa y protutela contraria habrían sido introducidas por los compiladores justinianos a través de las interpolaciones a los textos clásicos y que en el derecho clásico, el pupilo habría podido sólo con la *actio negotiorum gestorum* contra el protutor y éste contra aquel por la *actio negotiorum gestorum* contraria.

²²⁴ GAYO. Inst. 4.82-87. ULPIANO. Tit. Corp. 11-12; PAULO. Sent. Recep 1-2-9. No hacen referencia a los términos, sino que dedican parte del texto a describir y dar definición de la institución de procurador y cognitor, aunque es cierto que mencionan a la actividad de un tutor o curador dentro de un proceso, no distinguen el caso de la curaduría *ad litem*. Al contrario asimilan dichas instituciones en las consecuencias que se generaban al desempeñarse como procurador o cognitor. El DIGESTO no discrimina ambos términos como tampoco ocurre en el Código. Sin embargo GAYO. Inst. 1.184 y ULPIANO. Tit. Corp. 11.24 señalan el origen de la institución en el llamado tutor pretoriano, que como su nombre lo indica era dado por el pretor para que prestara su autoridad al pupilo o mujer pupila a fin de que el proceso pudiera proseguirse y ellos accionaran contra el tutor con alguna de las *legis actiones*. Pero como nos relata GAYO, al desaparecer el sistema de las *legis actiones*, el tutor pretoriano cayó en desuso según algunos y otros opinaban que se mantuvo en vigor empleándose en el llamado juicio legítimo (de acuerdo a Monier, Raymond. *Ibidem* p. 155. La fórmula o instancia que reposa en la ley en oposición al *judicium imperio continens* cuya fuerza proviene del poder del magistrado). Para el derecho justiniano en la Inst. 1.21.3 ya no se nombra un tutor pretoriano, sino un curador *ad litem* que dura en el cargo de acuerdo a la duración del proceso.

para litigio del pupilo y no para la administración de sus bienes ni persona.

El curador ad litem podía ser solicitado por las partes o por el mismo pupilo (siempre que fuera capaz de entender y querer) ante el pretor, quien podía obligarlo a efectuar la petición de tal curador si lo estimaba conveniente²²⁵ en cualquier lugar y tiempo²²⁶ siempre que el pupilo estuviera presente. Por otro lado, el nombramiento recaía en persona presente. De acuerdo a Servio, el curador se podía otorgar para cualquier litigio²²⁷; pero se prohibió que se solicitara el nombramiento de dos curadores para un mismo litigio²²⁸ tal vez con la finalidad de evitar inconvenientes a la causa del pupilo.

La doctrina clásica ya había determinado el fin que debía perseguir el curador *ad litem*; pero al parecer no se reguló la institución ni el límite de responsabilidad de quien ejerciera el cargo, porque recién con la constitución del emperador Galieno (265 según el Código de Justiniano) se estableció la improcedencia de la demanda por la administración contra el tutor o curador *ad litem*²²⁹.

e) Acciones a favor del pupilo o contra él.

1) *Accusatio suspecti tutoris*. Era una acción pública que obtuvo su denominación por la finalidad expresada en la Ley de las Doce Tablas a la *postulatio* o *accusatio* emprendida por cualquier persona contra el tutor testamentario que actuaba en forma infiel y pernicioso contra el pupilo y su patrimonio²³⁰. No procedía (en un inicio) contra el tutor legítimo porque éste no tenía el derecho de abdicar a la tutela ni podía ser destituido, ya que la tutela era considerada como un derecho familiar (nos

²²⁵ D . 26.1.3.2.

²²⁶ D . 26.1.3.3.

²²⁷ D . 26.1.3.4.

²²⁸ D . 26.1.3.5.

²²⁹ C. 5.44.3.

²³⁰ L. XII .T. 8.20.

referimos a la legitima). En cambio, el tutor testamentario podía abdicar y ser destituido. Con posterioridad se dieron nuevos supuestos para su procedencia como el no dar alimentos al pupilo y las malas costumbres del tutor nombrado²³¹, además se extendió contra cualquier clase de tutor y curador²³².

Su objeto era la remoción con infamia del tutor o curador condenado por el delito de sospechoso. Procedía mientras durase la tutela o curatela y una vez finalizada prescribía la acusación o si se había iniciado el proceso, al término de alguna de ellas, éste fenecía²³³.

La remoción sin infamia se daba cuando el magistrado en el curso del proceso se percataba que no había existido dolo sino negligencia, ordenaba la remoción del tutor en su decreto indicando la causa²³⁴. También procedía cuando el tutor no había administrado, porque de lo contrario podía ser acusado de sospechoso y removido con infamia²³⁵.

2) *Actio rationibus distrahendis*. Se trataba de una acción que perseguía la pena por el doble del bien (y la devolución si era posible) sustraído o retenido del patrimonio pupilar por el tutor; pero también procedía por no dar cuentas²³⁶. Provenía de la Ley de las Doce Tablas²³⁷ y era incompatible con la *actio tutelae*

²³¹ D. 26.10.1.5 y siguientes, así como también C.5.51.13.1.

²³² D.26.10.1.5 y s.s.

²³³ D. 26.10.3.6.

²³⁴ D. 26.10.3.18 y D. 26,19,4,1,

²³⁵ D. 26.10.4.4. La doctrina romanista discute si en el derecho clásico habían dos procedimientos separados, uno para *accusatio suspecti tutoris* y otro para la remoción sin acusación como cree SOLAZZI, Siro *Ibidem*. p. 224 y ss frente a Berger y Levy que piensan lo contrario. Solazzi se inclina por considerar al dolo como presupuesto de la *accusatio suspecti tutoris* y la remoción sin acusación para las causas no dolosas. Sólo en el derecho justiniano aparecían fundidos tales procedimientos desde la época del C. 5.42.2 que contiene una constitución de los emperadores augustos VALERIANO y GALIENO (260 D.C.)

²³⁶ D. 27.3.2.

²³⁷ L. XII.T. 8.20.

durante el período justiniano²³⁸. Sin embargo, ambas tenían en común la característica de ser acciones perpetuas (aunque ello en realidad ficticio, porque desde Constantino y luego con Justiniano, las acciones personales que provenían de leyes, constituciones y senadoconsultos se llamaban perpetuas y prescribían a los treinta años)²³⁹.

Su finalidad era resguardar el patrimonio pupilar del tutor legítimo, porque éste no podía abdicar ni ser destituido. Con posterioridad, en el *Corpus Iuris* justiniano aparece extendida a las demás clases de tutela.

3) *Actio tutelae*. Era una acción de buena fe y arbitraria que tenía por objeto la rendición de cuentas del tutor por todo lo hecho u omitido por dolo o culpa²⁴⁰. En este aspecto tomaba el nombre de *actio tutelae* directa.

Al principio, esta acción procedía sólo contra el tutor que ejerció la administración de los bienes y persona del pupilo²⁴¹ pero luego se extendió al que no lo hizo²⁴² y el pupilo podía ejercerlas a partir del término de la edad tutelar (doce o catorce años), salvo que muriese el tutor o el mismo pupilo.²⁴³ Era de carácter perpetuo²⁴⁴ y sus consecuencias eran la infamia y la eventual restitución de los derechos de crédito por bienes en poder del tutor.²⁴⁵ La obligación del tutor difunto se transmitía a sus herederos.²⁴⁶

²³⁸ D . 27.3.1.22.

²³⁹ C. 7.39.3 e Inst. 4.12.

²⁴⁰ C. 5.51.7.

²⁴¹ D . 46.6.4.3.

²⁴² C. 5.55.1.

²⁴³ D . 27. 3.10.

²⁴⁴ D . 26.7.9.2.

²⁴⁵ D . 27.3.1.2.

²⁴⁶ C. 5.51.10.

Se presume que surgió hacia finales de la República romana en relación al tutor dativo primero y que luego se amplió al testamentario.²⁴⁷

Pero a su vez, se creó por el pretor una acción contraria que tenía por finalidad el cobro por el tutor (y que se extendió para el curador y protutor) de cualquier gasto realizado a favor del pupilo y procedía una vez finalizada la tutela o curatela, aunque se hubiera ejercido la acción directa.²⁴⁸

4) Actio utilis tutelae. Se trataba de una acción pretorial surgida por analogía, en base a la acción de tutela. Estuvo destinada a lograr el resarcimiento del pupilo por el daño causado a su patrimonio al no haber administrado el tutor.²⁴⁹ Además, en virtud de ella podía exigirse la repetición de parte del tutor condenado por actio tutelae en lugar de su colega (o contutor) con el cual administró y quien fue productor del daño. Para este segundo supuesto, el contutor afectado debía pedir que el pupilo le ceda su acción en el momento anterior o posterior a la condenación.²⁵⁰ Dicha cesión no procedía si el contutor condenado hubiese actuado con dolo en el perjuicio causado al pupilo.²⁵¹

Se estima que surgió para el tutor dativo y se extendió al testamentario.²⁵² Procedía una vez que dichos tutores incurrieran en cessatio y terminaba la tutela.

²⁴⁷ IGLESIAS, Juan. *Ibidem.* p.p. 585-586; GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Op. cit.* Tomo I. p.p. 395-396; VOLTERRA, Eduardo. *Op. cit.* p.p. 130-131; JORSKUNKEL, W. *Ibidem.* p.p. 428-429 y SCHULZ, Fritz. *Ibidem.* p.p. 169-170.

²⁴⁸ D. 27.4.1.

²⁴⁹ C. 5.51.7.

²⁵⁰ D. 27.3.1.18.

²⁵¹ D. 27.3.1.13 y D. 27.3.1.14.

²⁵² GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Ibidem.* p. 396. Afirma que dicha extensión fue desde Claudio; pero SCHULZ, Fritz. *Ibidem.* p. 170; e IGLESIAS, Juan. *Ibidem.* p. 586 se inclinan por señalar el origen de esta acción para ambos en el tiempo de Marco Aurelio, apoyándose en VAT. FRAG .155 y s.s., pues el legítimo no estaba obligado a administrar en persona.

- 5) *Actio ex stipulatu*. Era la *actio* surgida de una estipulación exigida por el magistrado al tutor o curador antes de ejercer el cargo, con el fin de garantizar al patrimonio pupilar de cualquier perjuicio (debemos tener en cuenta lo ya relatado en cuanto a la *satsdatio rem pupilli salvam fore obligatoria y voluntaria*). Contra el tutor podía ejercerse una vez finalizada la tutela²⁵³ pero contra el curador o el gestor de negocios procedía desde que se daba el perjuicio.²⁵⁴ En todo caso, los fiadores podían responder subsidiariamente, aún a falta de administración de aquéllos.²⁵⁵
- 6) *Actio protutela*. Se trataba de una acción pretoriana, privada, no penal y de buena fe, concedida al pupilo y herederos contra la persona que administró sus bienes y persona como tutor sin serlo. Además podía ejercitarse contra los herederos de dicha persona.²⁵⁶ Mediante esta acción, el pupilo obtenía el pago por los perjuicios producidos por dolo o culpa del protutor.²⁵⁷

La diferencia que existía entre la *actio tutelae* y la *protutela* era que ésta no tenía carácter penal como aquélla, así como también la *actio protutela* era concedida al pupilo impúber lo que no sucedía con la *actio tutelae*.²⁵⁸

La *actio protutela* contraria era para el protutor, a fin de que pudiera recobrar el dinero invertido a favor del pupilo.²⁵⁹ Se podía ejercer por los herederos del protutor procedía contra los herederos del pupilo.²⁶⁰

²⁵³ D . 46.6.4.4.

²⁵⁴ D . 27.3.16.1; D . 46.6.4.8.

²⁵⁵ D . 27.7.5

²⁵⁶ D . 27.4.3.9.

²⁵⁷ D . 27.5.1.; D . 27.5.1.4 y D . 27.5.4.

²⁵⁸ D . 27.7.5.1.3.

²⁵⁹ D . 27.4.1.1; D . 27.4.6 y D . 27.5.5.

²⁶⁰ D . 27.4.3.9.

Respecto a los terceros de buena fe que habían sido engañados por el protutor que había actuado con dolo malo, el pretor concedió un *actio in factum* para indemnizarlos sin poderla ejercer sus herederos,²⁶¹ pero debía ejercerse dentro de un año. También se le concedió al tercero de buena fe la *restitutio in integrum* para lograr la devolución de lo entregado con engaño dentro del plazo de un año.²⁶²

- 7) *Actio subsidiaria*. Existía *actio subsidiaria* tanto contra el magistrado municipal que no exigió caución o la hizo dar insuficiente al nombrar al tutor o curador²⁶³, como contra el contutor o concurador que no administró²⁶⁴. Sólo podía ejercerse en defecto del pago o restitución de otros obligados y se podía proceder contra los sucesores de los magistrados siempre que hubiese dolo y en forma proporcional si hubiese existido *culpa grave*²⁶⁵. Pero no tenía el pupilo privilegio sobre los bienes del magistrado y concurría como cualquier acreedor²⁶⁶. Tampoco los tutores tenían derecho de repetición contra los magistrados, así como acción.
- f) Privilegios y garantías para el pupilo sobre los bienes del tutor, protutor o curador. Los créditos del pupilo gozaban del privilegio de prevalecer sobre los derechos de terceros acreedores desde Séptimo Severo. Constantino concedió al pupilo una afectación legal de los bienes adquiridos con su dinero lo que luego se extendería a todos los bienes de los tutores, curadores y protutores, los que podían ser exigidos mediante acción hipotecaria, tal como puede verse durante el gobierno de Justiniano.²⁶⁷

²⁶¹ D. 27.6.7.

²⁶² C. 2.52.7.

²⁶³ D. 27.8.1.4.

²⁶⁴ C. 5.55.2.

²⁶⁵ D. 27.8.4. y D. 27.8.6.

²⁶⁶ D. 27.8.1.14.

²⁶⁷ C. 5.37.20; c. 5.70.7.5 y 6; C. 5.30.53 y C. 6.61.6.4.

- g) Beneficios concedidos a los tutores y curadores.
1. Beneficio de orden. Cuando uno de los tutores o curadores había obrado solo, los demás podían solicitar que la acción se dirigiera contra él, salvo que le hubieran confiado la administración²⁶⁸; existencia negligencia de todos ellos²⁶⁹ o cuando había conexión entre las administraciones de tal modo que algo no podría ser sin lo otro.²⁷⁰
 2. Beneficio de división. Cada tutor o curador podía exigir que las acciones que resultaran del ejercicio del cargo se repartieran entre los más solventes al momento de finalizar la tutela o curatela.²⁷¹
 3. Beneficio de cesión de acciones. Antes o después de la condena, el tutor o curador podía solicitar que el pupilo le cediera la acción en contra de los demás contutores o concuradores, siempre que no hubiese actuado con dolo y no hubiese causado el perjuicio.²⁷²
- h) Beneficios concedidos a los fiadores. Tanto los fiadores como los afirmadores (affirmatores) tenían los mismos beneficios que los tutores²⁷³ sin considerar la forma de su constitución.²⁷⁴
4. Extinción de la tutela para impúberos.

En el derecho justiniano la tutela de impúberos se extinguía:

- a) Por arrogación o deportación del pupilo.²⁷⁵

²⁶⁸ D . 26.7.55.2; C. 5.51.6; C. 5.52.3; C. 5.54.2; D . 26.7.3.

²⁶⁹ D . 26.7.39.11 y D . 26.7.55.3.

²⁷⁰ D . 26.7.55.3.

²⁷¹ D . 27.3.1.11 y C. 5.52.1.

²⁷² D . 27.3.1.13 y D . 27.3.1.14.

²⁷³ D . 27.7.5.

²⁷⁴ D . 27.7.4.3. Este fragmento de ULPiano hace referencia a la forma de convertirse en fiador: a) Aceptanto tácita o expresamente que sus nombres sean consignados en las actas públicas; b) Obligándose por estipulación. Ambas formas surtían los mismos efectos.

²⁷⁵ D . 26.1.14.

- b) Por ser reducido el pupilo a la esclavitud.²⁷⁶
- c) Por captura del pupilo o del tutor por los enemigos.²⁷⁷
- d) Cuando el tutor había sido dado bajo plazo o condición.²⁷⁸
- e) Cuando el tutor era removido como sospechoso o sin tal calificación.²⁷⁹
- f) Por haberse hecho púbero el pupilo.²⁸⁰
- g) La muerte del tutor o del pupilo.²⁸¹
- h) Por excusa del tutor.²⁸²
- i) Por *capitis deminutio* máxima o media del tutor para toda clase de tutela y la mínima sólo para los tutores legítimos²⁸³. En el caso del pupilo o pupila, cualquier clase de disminución de cabeza les acarrea la extinción de sus tutelas.²⁸⁴

Debemos señalar que en el derecho antejustiniano (con anterioridad a Claudio) podía el tutor testamentario abdicar al cargo en un inicio y tiempo después obtuvo el derecho a excusarse de éste (con Trajano), el tutor legítimo pudo ceder la tutela (hasta cierto momento, ya que después perdió esta facultad) y el tutor por decreto o dativo podía utilizar la *potioris nominatio* para ser relevado del cargo.

El régimen de las excusas se amplió de la tutela dativa a la tutela testamentaria y luego, en la Postclásica a la legítima. Se considera que fue Marco Aurelio quien estableció el principio de la tutela obligatoria al establecerse la responsabilidad del tutor que no

²⁷⁶ D . 26.1.14.1.

²⁷⁷ D . 26.1.14.2.

²⁷⁸ D . 26.1.14.3.

²⁷⁹ D . 27.3.4 y C. 5.75.2.

²⁸⁰ D . 26.1.1 y D . 27.3.4.

²⁸¹ D . 26.1.16.1 y D . 27.3.4.

²⁸² D . 27.1.1 y s.s.

²⁸³ D . 26.4.2. e INST. 1. 22.3 y 4.

²⁸⁴ INST. 1..2.2.4.

administrara (pese a estar expedito y sin excusa) por el riesgo del perjuicio que se produjera en el pupilo o en su patrimonio.²⁸⁵

2.2. Tutela de Mujeres.

Esta clase de tutela resguardaba el patrimonio gentilicio de las personas ajenas a las gens y éste era su fin, aunque se hubieran alegado razones basadas en el aspecto psicológico de las mujeres como la criticada por Gayo²⁸⁶, las que no eran más que prejuicios esgrimidos ante una realidad en la cual ya no existían las circunstancias que motivaron su aparición. El vínculo agnaticio, las necesidades de dirección política y defensa del grupo familiar entendido como organización política, religiosa y militar habían desaparecido para cederlas a la organización imperial bajo la cual vivió Gayo, para quien la justificación de la institución tutelar perpetua de las mujeres²⁸⁷ era insostenible. Al contrario, en la época antigua no podría sostenerse en un simple prejuicio, sino en motivos reales como los que hemos mencionado. Gracias a esa política conservadora, Roma logró convertirse en potencia mundial y una vez que sus magistrados advirtieron que ella no servía a los objetivos para los que fue concebida, no dudaron en eliminarla progresivamente hasta convertirla en una mera formalidad jurídica sin fundamento, porque el traslado del patrimonio (se entiende entre ciudadanos) no amenazaría al Imperio.

La tutela de las mujeres o tutela mulieris podía ser testamentaria, legítima o dativa.

La tutela testamentaria debía ser dada por el padre de cuya patria potestas dependía o del marido que la tenía in manu.²⁸⁸ Podía otorgarse a la mujer un tutor con designación simple o dejarle en plena facultad para que ella eligiera al tutor una vez (optio angusta)

²⁸⁵ D . 26.2.60.3.; D . 26.7.1.1; D . 26.7.5.10; D .27.1.13.1 y de acuerdo con GUZMÁN BRITO, A lejandro. *Ibidem*. p. 382.

²⁸⁶ GAYO. Inst. 1. 190.

²⁸⁷ Establecida en la L. XII. T, 5.1 y que sólo se excluía de ella a las vírgenes vestales.

²⁸⁸ GAYO. Inst. 1. 144.

o varias veces (optio plena). Cuando había tal derecho de elección, el tutor recibía el nombre de optivus.²⁸⁹

Cuando no existía tutor testamentario, la tutela recaía en el más próximo pariente que se convertiría en heredero de la mujer si muriese de acuerdo a la Ley de las Doce Tablas.²⁹⁰ Al igual que para los impúberos, las mujeres podían tener por tutores a sus patronos, pero a diferencia de ellos, podía cederse por *in iure cessio*.²⁹¹ Sin embargo, si el cesionario moría o sufría la *capitis deminutio*, la tutela regresaba al cedente y si éste era quien incurría en tales supuestos, el cesionario la perdía también, transmitiéndose la tutela a la persona que ocupare el segundo lugar después del cedente.²⁹² El emperador Claudio abolió la tutela legítima de los agnados para la mujeres (por medio tal vez de una lex del 44 o 49 d.C.), más no la fiduciaria.²⁹³

El tutor dativo para las mujeres era nombrado en virtud de las Leyes Atila, Julia et Titia y un senadoconsulto mencionado por Gayo²⁹⁴ así como por Ulpiano²⁹⁵ que permitía a una mujer sometida a la tutela legítima de un furioso, un mudo o un ausente (cualquiera que fuera su duración) solicitar un nuevo tutor en reemplazo del anterior que se encontraba en esas condiciones. La *Lex Julia de Maritandis Ordinibus* también le daba el derecho a la mujer de solicitar el reemplazo de su tutor que era impúbero para constituir la dote²⁹⁶. Para la liberta la situación era distinta al no permitírsele la sustitución de su tutor (que había sido su patrono)²⁹⁷ salvo algunos casos excepcionales como para adir una herencia al estar ausente aquél²⁹⁸.

²⁸⁹ GAYO. Inst. 1. 150; 151; 152; 153; y 154.

²⁹⁰ L. XII. T. 5.6 y GAYO. Inst. 1.145.

²⁹¹ GAYO. Inst. 1. 1.168.

²⁹² GAYO. Inst. 1. 170.

²⁹³ GAYO. INST. 1. 171.

²⁹⁴ GAYO. INST. 1. 180.

²⁹⁵ ULPIANO. Tit. Corp. 11. 21.

²⁹⁶ GAYO. INST. 1. 178 y ULPIANO. Tit. Corp. 11. 20

²⁹⁷ GAYO. INST. 1. 174 Y 181.

²⁹⁸ GAYO. INST. 1. 176.

La *Lex Iulia et Papia* otorgó a las mujeres el privilegio de ser liberadas de la tutela con el llamado “*ius liberorum*” destinado para las ingenuas con tres hijos y para las libertas con cuatro hijos, con relación a la tutela legítima del patrono y con tres hijos bastaba para liberarla de cualquier clase de tutela.²⁹⁹

En cuanto a la función del *tutor mulieris* pareciera que ésta se fue restringiendo desde una intervención total (a semejanza del antiguo tutor de impúberos) hasta la sola interposición de la autoridad (*auctoritas*) durante la época clásica y el resto de su vigencia como institución civil. El tutor no tenía poder sobre la persona ni los bienes de la mujer³⁰⁰.

La mujer necesitaba de la interposición de la autoridad de su tutor en los siguientes casos:

- a) Para toda enajenación de res mancipi. En cambio, para la enajenación de res nec mancipi no la necesitaba³⁰¹.
- b) Para la *acceptilatio*³⁰².
- c) Para la *in iure cessio*³⁰³.
- d) Para el ejercicio de una *legis actio* y de un *iudicium legitimum*³⁰⁴.
- e) Para adir una herencia³⁰⁵.
- f) Para *manumitiri*³⁰⁶.
- g) Para otorgar testamento³⁰⁷ lo que no podía hacer el pupilo ni con el consentimiento del tutor.
- h) Para asumir obligaciones³⁰⁸.
- i) Para la *coemptio*³⁰⁹.

²⁹⁹ GAYO. INST. 1. 194 Y ULPiano. Tit. Corp. 11. 28.

³⁰⁰ SCHULZ, Fritz. *Ibidem*. p. 178.

³⁰¹ GAYO. INST. 1. 192 y ULPiano. Tit. Corp. 11. 27.

³⁰² GAYO. INST. 2. 85.

³⁰³ VAT. FRAG. 45.

³⁰⁴ ULPiano. Tit. Corp. 11.27

³⁰⁵ GAYO. INST. 1. 176 y ULPiano. Tit. Corp. 11.28.

³⁰⁶ ULPiano. Tit. Corp. 1. 17.

³⁰⁷ GAYO. INST. 1. 192.

³⁰⁸ GAYO. INST. 1. 192 y ULPiano. Tit. Corp. 11. 27.

³⁰⁹ GAYO. INST. 1. 115 Y 1. 195 a.

- j) Para la constitución de dote³¹⁰.
- k) Para autorizar a una liberta para que entre en contubernio con un esclavo ajeno³¹¹.

La tutela mulieris se extinguía por las mismas causas que para los impúberos, con la excepción de la edad, por estar las mujeres sometidas a una tutela perpetua. Así mismo hay que agregar el ius liberorum como causal de extinción de la tutela, del cual hemos hecho referencia.³¹²

³¹⁰ GAYO. INST. 1. 178 y 1. 180.

³¹¹ ULPIANO. Tit. Corp. . 11. 27

³¹² GAYO. INST. 1. 192.

I.1. 3. SECCIÓN SEGUNDA.

1. Etimología y definición de curatela.

Proviene de “*curator*” y éste a su vez de “*cura*” que significa cuidar, administrar, dirigir.³¹³

De ello se deduce que el objeto de la curatela no era sólo el completar la capacidad de la persona que por edad, prodigalidad o furia (demencia) no podía ejercer sus derechos por sí mismo³¹⁴ así como la administración y protección del patrimonio. Lo referido en primer lugar es la característica de una clase de curatela y no de las demás. Es por esta razón que la curatela romana se distinguía de la tutela. En aquella no existía “*auctoritas*”, solamente la administración era el denominador común entre ambas. Así para la curatela de menor de veinticinco años había el “*consensus*” que no podía equipararse a la “*auctoritas*”, al ser aquél una declaración informal o simple consejo.

2. Clases de curatela.

2.1. Curatela de furioso (*cura furiosi*).

Se constituía cuando el furioso (*furiosus*) carecía de paterfamilias o de custodio (*custos*)³¹⁵. Habían dos clases de curatela de furioso:

- a) La curatela legítima, regulada en la Ley de las Doce Tablas, la cual encomendaba la curatela a los agnados y en su defecto a los gentiles.
- b) La curatela dativa o por decreto, en caso de ausencia de curador legal o por incapacidad para ejercer el cargo, el magistrado nombraba un curador.³¹⁶

³¹³ BLANCO GARCÍA, Vicente. Op. cit. p. 126.

³¹⁴ MAYNZ, Carlos. *Ibidem*. p. 197.

³¹⁵ L. XII. T. 5. 7.

No podemos decir que existía un curador testamentario, sino un dativo que ha sido nombrado en deferencia al testador, porque para los romanos, la curatela no debía ser dada por testamento y si ello sucedía, el presidente lo confirmaba³¹⁷ con un decreto.

El curador tenía que administrar los bienes y cuidar de la persona del furioso. Sobre su facultad de administración, dependía si era legítimo o dativo. Si se trataba del primero, el derecho civil le facultaba para disponer del patrimonio del furioso pese a que éste era el propietario³¹⁸ lo que no era permitido al curador por decreto, quien sólo haría por derecho pretorio.

En el derecho justiniano ya no existía la curatela legítima, pero aún quedó la dativa.³¹⁹

Lo hecho por el furioso (en el derecho justiniano) era nulo. Luego se prohibió a los curadores enajenar bienes inmuebles. Justiniano dispuso que el furioso cuando recuperara la razón pudiera confirmar las adquisiciones hechas por sus curadores de acuerdo a lo preceptuado en C. 5.70.7.9. y en Nov. 72.8.

³¹⁶ D . 27. 10. 13.

³¹⁷ D . 26.3.1.3. y con el rescripto de Marco Aurelio se explicó la situación. Concordante con D . 27.10.16.

³¹⁸ GAYO. INST. 2. 64.

³¹⁹ IGLESIAS, Juan. *Ibidem*. p. 589. Señala las tesis sobre la curatela en el derecho justiniano: 1) AUDIBERT. La curatela legítima se transforma en dativa; 2) APPLETON- La curatela legítima no subsistió en la época justiniana; 3) SOLAZZI. Comparte lo anterior y agrega que Justiniano añadió una curatela testamentaria, que no dependía de la confirmación; 4) BONFANTE. En el derecho justiniano rigió para la curatela el mismo régimen de la tutela (hay según esto, curatela testamentaria y la legítima, pero que debían ser confirmadas por el magistrado, de manera que eran dativas, además de la propiamente dativa). En nuestra opinión, la tesis de Appleton parece la más acertada. La tesis de Solazzi no es convincente debido a que el derecho justiniano se inclinó a tomar en cuenta la voluntad del testador como una simple recomendación y no como determinante. La afirmación de Bonfante tampoco ofrece una adecuada solución al problema, porque el *Corpus Iuris Civilis* distingue el objeto de la tutela y la curatela.

2.2. Curatela de pródigos (*cura prodigi*).

Su origen según Ulpiano está en la Ley de las Doce Tablas, aunque en uno de los textos que disponemos de ella no existe referencia alguna a la curatela de los pródigos.³²⁰ De acuerdo a dicha Ley (siguiendo a Ulpiano) el próximo agnado o en su defecto, el gentil tomaría la curaduría legítima después de haber sido interdictado el pródigo por un magistrado.³²¹ Tiempo después, de acuerdo al derecho pretorio³²² se decretaba por el pretor la interdicción de los bienes (*interditio bonorum*) cuando un liberto dilapidaba su patrimonio en perjuicio de la expectativa sucesoria del patrono y en el caso del ingenuo (*ingenuus*) que dilapidaba la herencia recibida por testamento de su padre o abuelo. Era nombrado en forma discrecional para estos casos un curador llamado honorario (que vendría a ser el dativo o por decreto).³²³

Con Antonino Pío se amplió la curatela a otros casos de prodigalidad (se permitió que el hijo fuera curador de sus padres pródigos de forma similar a la curatela de los furiosos), a la cual se le denominó también cura honoraria.³²⁴

³²⁰ El fragmento de ULPIANO que indica tal procedencia está en D . 27.10.1 y pertenece a su obra “Comentarios a Sabino”, Libro I. Debemos señalar la divergencia entre el fragmento en latín y el traducido al español de la edición de García del Corral (que utilizamos en la presente tesis) donde en el primero se refiere al pródigo, mientras el segundo al furioso. De haber elegido a éste (texto en español), no habría existido dificultad alguna entre el D . 27.10.1 y la Ley de las Doce Tablas, porque ella no regulaba el caso del pródigo (según el texto consultado) y también por mencionar al fragmento de Ulpiano la circunstancia de que fueron los pretores y los presidentes quienes introdujeron la institución, consecuencia que no se advierte del fragmento escrito en latín que menciona a la costumbre y al cual hemos elegido por estar en la lengua original (o estar más cercano a ésta). Así también: VOLTERRA, Eduardo. *Ibidem*. p. 137; IGLESIAS, Juan. *Ibidem*. p. 590, JORS, P.-KUNKEL, W. *Ibidem*. p. 432 y SCHULZ, Fritz. *Ibidem*. p. 190.

³²¹ Según SCHULZ, Fritz. *Ibidem*. p. 190; originariamente interdictaban los cónsules y más tarde el pretor urbano y los gobernadores de provincias.

³²² ULPIANO. Tit. Corp. 12.3.

³²³ ULPIANO. Tit. Corp. 12.1.

³²⁴ SCHULZ, Fritz. *Idem*. p. 190.

El curador legítimo del pródigo fue facultado por el derecho civil para administrar y disponer del patrimonio por ser considerado “*vice domini*”. El interdictado estaba impedido de ejercitar estos derechos mientras no recobrará sus buenas costumbres.

La diferencia que existía entre el curador legítimo y el honorario, estaba en relación a la disposición de los bienes. De acuerdo a Schulz³²⁵ el curador honorario administraba y disponía del patrimonio del pródigo sólo por el derecho pretorio, mientras que los actos del pródigo eran válidos por derecho civil,³²⁶ sin embargo, tanto las enajenaciones y contratos eran nulos por el derecho pretorio al generar obligación para éste.

La curatela legítima desapareció al principio del período postclásico, según Schulz.

En el Digesto³²⁷ se prohíbe que los pródigos interdictados por el pretor enajenaran sus bienes, pero también se menciona que en caso de ineptitud del curador legítimo podía nombrarse por el pretor a un curador por decreto³²⁸ lo cual revelaría la existencia de esta clase de curatela. La solución a esta circunstancia contradictoria con lo mencionado por Schulz parece residir en el fragmento de Ulpiano³²⁹ citado en el Digesto, donde puede advertirse el cambio experimentado en el nombramiento de curador para pródigos, pues en aquél no existen distinciones entre las diversas clases de curatela, presentándose sólo el nombramiento dado por el magistrado.

La curatela del pródigo terminaba por decreto del magistrado cuando el pródigo recuperaba sus buenas costumbres³³⁰ o por su muerte.

³²⁵ SCHULTZ, Fritz. *Ibidem*. p. 191.

³²⁶ Entendiéndose que estos actos deben ser los de adquisición que no empeoraban la condición del pródigo, según VOLTERRA, Eduardo. *Ibidem*. p. 137.

³²⁷ D. 27.10.10.

³²⁸ D. 27.10.13.

³²⁹ D. 27.10.1.

³³⁰ D. 27.10.1

2.3. Curatela de menores de veinticinco años.

Surgió tarde en comparación con las anteriores. La doctrina romanista supone que su creación tuvo relación con la Lex Plaetoria de Circumscriptione adolescentium o Lex Laetoria (561 de Roma)³³¹ que protegía a los adolescentes menores de veinticinco años de los engaños de terceros que abusaban de su inexperiencia en los negocios. Pese a lo anterior, los menores citados no estuvieron obligados a tener un curador ya que se presumía iuris tantum que eran capaces de ejercer sus derechos a partir de la pubertad, lo que no les restaba la facultad de solicitar un curador para casos concretos.

La acción que se otorgaba al adolescente por medio de esa ley, era infamante y contenía una pena pecuniaria. Este auxilio legal parece que no tuvo el efecto deseado, debido a que el pretor le concedió la exceptio legis Plaetoria (o Laetoriae) que tenía por finalidad oponerse a las acciones que se ejercitaran contra el adolescente a consecuencia de un contrato, a su vez que evitaba ésto, se pedía un curador al pretor.

Con Marco Aurelio se convirtió el nombramiento en obligatorio para actos especiales como juicios, cobros y enajenaciones.³³² Según Serafini³³³ el pretor nombraba curador para cada acto especial, de oficio cuando el menor llegado a la pubertad no los hubiese elegido y fue a partir de esa razón, por la que los menores se acostumbraron a pedir un curador permanente y general (o sea para todo acto).

La venia aetatis fue otro beneficio concedido al menor de veinticinco pero mayor de veinte años para hombres y mayores de dieciocho años cuando eran mujeres, durante el gobierno del

³³¹ SERAFINI, Felipe. *Ibidem*. p. 331. Señala a la Lex Plaetoria y SCHULZ, Fritz. *Ibidem*. p. 181, dice que se llama Lex Laetoria. VOLTERRA, Eduardo. *Ibidem*. p. 138, coloca el nombre de ambas en disyuntiva.

³³² INST. 1. 23.2. Para VOLTERRA, Eduardo. *Ibidem*. p.p. 138-139, el carácter de permanencia del curador se dio bajo Marco Aurelio, aunque para cada caso.

³³³ SERAFINI, Felipe. *Ibidem*. p. 332.

emperador Aureliano. Consistía en que dichos menores pudieran efectuar negocios jurídicos con otras personas, siempre que no fueran donaciones o enajenaciones de inmuebles u objetos preciosos, sin poder acudir a la *restitutio in integrum*. La *venia aetatis* fue regulada con mayor detalle por Constantino.³³⁴

Justiniano estableció la obligatoriedad de la curatela para los menores de veinticinco años.³³⁵ Estos conservan su plena capacidad para obrar, aunque necesitan del *consensus* del curador, que pasó a formar parte de la declaración de voluntad del menor.³³⁶

En esta época, la curatela y la tutela tienden a unirse gracias a que las normas destinadas a la tutela servían de complemento a las de la curatela, como en el caso de las excusas, la remoción del curador, la garantía de gestión o *satisfatio* *rem pupilli salvam fore*, la prohibición de enajenar predios rústicos y ambos cargos son considerados como defensores del menor.³³⁷

En cuanto a medios de defensa, el menor poseía la *actio negotiorum gestorum* cuya nominación es imprecisa en los textos.³³⁸

2.4. Curatela para otros casos.

- a) Para las personas ausentes por largo tiempo.³³⁹
- b) Para bienes que han quedado sin administrador (*cura bonorum*).³⁴⁰
- c) Para el que está por nacer (*cura ventris*).³⁴¹
- d) Para el pupilo, cuando el tutor no podía hacerse cargo de la administración de los bienes.³⁴²

³³⁴ C. 2.44. 1 a 4.

³³⁵ VOLTERRA, Eduardo. *Ibidem*. p. 139.

³³⁶ VOLTERRA, Eduardo. *Idem*. p. 139.

³³⁷ IGLESIAS, Juan. *Ibidem*. p. 591.

³³⁸ Se le llama *actio negotiorum gestorum utilis*; *iudicium curationis utilis*, entre otros. VOLTERRA, Eduardo. *Idem*. p. 139.

³³⁹ D. 42.5.22.1.

³⁴⁰ SERAFINI, Felipe. *Ibidem*. p. 332.

³⁴¹ D. 26.5.20.

³⁴² D. 26.7.9.9. y D. 26.1.13.

- e) Para vender los bienes de una persona distinguida, senador o su esposa.³⁴³ Se realizaba por medio de un senadoconsulto.
- f) Para el caso de una herencia que aún no había sido adida por los herederos instituidos.³⁴⁴
- g) Curador para litigio.³⁴⁵
- h) Para los mentecatos, los sordos, mudos y los que padecían de enfermedad incurable que no les permitía atender sus negocios.³⁴⁶

3. Responsabilidad del cargo.

3. 1. Obligaciones antes de ejercer el cargo.

Debía otorgar fianza, juramento de administrar útilmente los bienes, hacer inventario de éstos y constituir hipoteca sobre los bienes del curador. Todo ello a partir de Justiniano para toda clase de curador.³⁴⁷

3. 2. Obligaciones durante el ejercicio del cargo.

- a) Administrar con diligencia el patrimonio del sujeto a curatela y de acuerdo a las normas especiales para cada clase de ésta.³⁴⁸
- b) Prestar el “consensus” al menor de veinticinco años cuando éste requiriera del curador.³⁴⁹

³⁴³ D . 27.10.5.

³⁴⁴ D .27.10.3.

³⁴⁵ D . 26.1.3.2. y D . 26.1.4.

³⁴⁶ INST. 1.23.4.

³⁴⁷ C. 5.43.7 y la auténtica que se halla en la NOV. 72.8

³⁴⁸ D . 27.10.7; D . 27.10.8; D .27. 10.10; D . 27.10.10.1 y D . 27.10.17. Las normas especiales han sido explicadas en la parte que corresponde a cada clase de curatela.

³⁴⁹ C. 5.31.1 e INST. 1.23.2. El consensus difiere de la auctoritas del tutor, en el sentido que en ésta se requiere formalidad en su otorgamiento y era obligatoria; mientras que el consensus era voluntario y no formal. Con Justiniano, el menor debía contar en todo caso con el curador y el consensus, aunque siguió conservando su forma libre de prestarlo (se duda sobre su carácter evidentemente obligatorio o voluntario). Según MAYNZ, Carlos. *Ibidem*. p. 20, podía formar parte de la declaración antes, durante o después de ella.

- c) El curador del menor de veinticinco años no podía enajenar los predios rústicos o suburbanos de dicho menor de acuerdo con la Oración del emperador Severo.³⁵⁰ De igual manera tenían ésta prohibición los curadores de furioso o de pródigo a partir del gobierno del emperador Gordiano (238 d.C.).³⁵¹

3. 3. Defensa de los derechos del sometido a curatela.

- a) *Actio Negotiorum gestorum*. Era una acción de buena fe y privada, de origen pretorial. Había una acción directa y otra llamada contraria. La primera, cuyos titulares eran el adolescente³⁵²; su heredero³⁵³, el furioso o el pródigo, una vez recuperadas sus facultades³⁵⁴ y sus respectivos herederos³⁵⁵; contra el tutor que terminó el ejercicio del cargo y luego de algún tiempo hubiese vuelto a administrar (en el caso del menor)³⁵⁶; el curador del menor de veinticinco años no entregó cuentas ni documentos sobre su gestión³⁵⁷; el curador de furioso³⁵⁸ o de pródigo y herederos o curador de vientre (en su caso)³⁵⁹, con la finalidad de obtener el pago o la devolución del bien o bienes relacionados por la gestión hecha por el curador. Procedía contra el curador mientras administraba el patrimonio o después de dicha gestión.³⁶⁰

³⁵⁰ D . 27.9.1; D . 27.9.8.1; C. 5.71.9 y C.5.7.2.3.

³⁵¹ C. 5.70.2; D . 27.9.11. Este último, expresa la posibilidad de enajenar conforme a la utilidad del curado, pero no hay una prohibición absoluta como se puede observar en D . 27.9.8.1. Dicha prohibición se manifiesta en la constitución citada. En D . 27.9.8 se prohíbe en forma absoluta la enajenación a los que no son tutores ni curadores, pero que administran los negocios del pupilo o del curado.

³⁵² D . 26.7.5.6; D .26.3.14 y C. 5.51.7.

³⁵³ D . 3.5.3.7.

³⁵⁴ D . 27.10.1.

³⁵⁵ D . 27.10.7.2.

³⁵⁶ D . 27.3.14.

³⁵⁷ D .26.7.5.6.

³⁵⁸ D . 27.3.4.3.

³⁵⁹ D . 27.5.1.6 y D . 27.10.8.

³⁶⁰ D . 27.3.4.3 y D . 26.7.26.

La acción contraria tenía por titulares a los curadores mencionados y por demandados a los titulares de la acción directa. En lo demás seguía a la acción contraria de tutela en cuanto le fuere aplicable. Era de carácter perpetuo al igual que la anterior, aunque en la época de Justiniano las acciones perpetuas prescribían a los treinta años.

- b) *Actio lex Plaetoriae* o *Laetoriae*. Era una actio personal y perpetua (debido a que emanaba de una lex) que tenía por finalidad sancionar a la persona que había engañado al menor de veinticinco años con una pena pecuniaria y la infamia. Según Schulz, estaba dirigida a proteger a toda clase de menor ya fuere varón o mujer, estuviera en potestad o fuera *sui iuris*, con tutela o curatela. Se desconocen mayores detalles acerca de ella.³⁶¹
- c) *Exceptio legis Plaetoriae* o *Laetoriae*. Era una excepción destinada a eliminar la acción interpuesta por quien se había aprovechado de la experiencia del menor en los negocios. Su origen es pretorial, pero según Schultz estaba contemplada dentro de la exceptio general “si por aquella razón, nada es hecho contra ley o senadoconsulto.”³⁶² Tampoco conocemos los comentarios realizados por los juristas romanos.
- d) *Restitutio in integrum*. Era un remedio concedido al menor de veinticinco años que había sido engañado por terceros, con la finalidad de rescindir el negocio y luego restituir de acuerdo a la equidad y buena fe. Para ello, el daño debía ser manifiesto.³⁶³

³⁶¹ SCHULZ, Fritz. *Ibidem*. p. 182. Presume el autor que aún existía en la época clásica, pero que toda referencia a ella fue eliminada por los compiladores (¿justinianeos?) a tal grado que desconoce el lugar en donde estaba regulada en el Edicto. Cree que fue posible que hubiesen existido varios comentarios hechos por los jurisconsultos clásicos.

³⁶² SCHULZ, Fritz. *Idem*. p. 182.

³⁶³ D . 4.4.24.1 y D . 4.4.1.

4. Extinción de la Curatela.

La curatela romana se extinguía de acuerdo a la clase de que se tratara. Como hemos podido observar con anterioridad, la curatela del furioso se extinguía al recuperar la razón y la del pródigo cuando volvía a emplear las buenas costumbres. Para este caso se requería que el pretor pronunciara un decreto para anular la interdicción, lo que no sucedía con el furioso, en que cesaba la curatela ipso iure al recobrar las facultades mentales, de acuerdo a Justiniano³⁶⁴ a pesar de los intervalos lúcidos. Si decaía en la enfermedad de nuevo, en la misma forma se constituiría la curatela.

Ambas clases de curatela terminaban por la muerte del sometido a ellas, mientras que la curatela del menor de veinticinco años culminaba al tener éste aetas legitima (la edad de veinticinco años) o cuando solicitaba la venia aetatis (veinte años en el hombre y dieciocho años en el caso de la mujer), con la muerte del curador o del menor de acuerdo a las causas dadas para la tutela de impúberos.

Para los demás casos se extinguía una vez finalizado el objeto para el cual fueron dados los curadores.

I.2. DERECHO ROMANO - BÁRBARO.

I.2.1. Sección Primera: La familia germánica.

1. La Sippe (parentesco y genealogía).

De acuerdo a Brunner y von Schwerim³⁶⁴ la palabra sippe proviene del gótico sibja y del antiguo alto alemán sippa. Tiene dos significados:

³⁶⁴ VOLTERRA, Eduardo. *Ibidem*. p. 136.

³⁶⁴ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Historia del Derecho Germánico*. Trad. de la 8va ed. alemana de José Alvarez López. Barcelona. Edit. Labor S.A. 1936 p. 11. SCHUPFER, Francesco. *Il Diritto Privato dei Popoli*

- a) Como el conjunto de los parientes de sangre de una determinada persona, ya sean masculinos (magen paternos) o femeninos (magen maternos). Los primeros integraban el parentesco de la espada o de la lanza, y los segundos el de la rueda o del huso. También es posible observar que en algunos derechos antiguos de los germanos la distinción partía de la *magschaft*, integrada por el bisabuelo y el abuelo tanto de la línea masculina como de la femenina, en total ocho personas.
- b) Como el conjunto o asociación por razón del sexo (genealogía) que comprendía a todas las personas descendientes por línea masculina de un tronco paterno común. En esta asociación existía igualdad de derechos entre los miembros³⁶⁵.

La *sippe* determinaba quiénes podían reclamar con preferencia el *Wergeld* (o *laudi* entre los francos y *wer* en los anglosajones). El pariente más próximo gozaba de tal derecho. De este modo surgía la característica de protección y ayuda mutua de los miembros de la *sippe*, que se extendía inclusive a la actividad procesal en la cual cada uno de ellos juraba actuar como cojurador. Era un compromiso de genealogía.

La ayuda mutua dentro de la *sippe* se manifestaba en lo religioso, agrario y militar, que según Brunner y Von Schwerim

Germanici. Città di Castello. Casa Ed. S. Lapi. 1907-09. T.I. p. 251 y ss.; quien afirmó que "fara" (o *sippe*) derivado de "fisan" (generar) o de "faran" ((proceder) lo que denota el origen común de las personas del grupo. BRISSAUD, Jean. A History French Private Law. Translated from the second french edition by Ralpje Howel. London. John Murray. 1912. p. 67; sigue a Brunner.

³⁶⁵ BRUNNER, Heinrich -SCHWERIN, Claudius Von. Op. cit. p. 11. SCHUPFER, Francesco. Op. cit. p. 25. CALISSE, Carlo. A History of Italian Law. Translated by Layton B. Register. Boston. Litle Brown, and Company.1928. p.p. 535-536.

duro poco. Tal vez se debió a la subordinación frente al poder frente al poder real.³⁶⁶

Los miembros de la sippe podían salir de la asociación mediante acto público que exteriorizará su decisión su decisión voluntaria o cuando ella lo determinara, pero también era posible que un extraño entrara en la sippe por un procedimiento similar.³⁶⁷

2. El matrimonio.

El antiguo derecho germánico reconocía dos formas de contraer matrimonio:

- a) La barraganía, que era el contrato entre hombre y mujer, en el cual ésta se convertía en dueña de casa y no simple compañera de lecho, mientras que el marido no tenía el *mundium* sobre ella.³⁶⁸
- b) El matrimonio legítimo o con *mundium* que era iniciado con un contrato entre el novio y la sippe o el tutor de la novia en donde se le transmitía al novio el *mundium* sobre la mujer a cambio de un precio. A esta etapa inicial se le denominaba desposatio e iba seguida de otra llamada traditio o entrega de la mujer. La traditio posteriormente, no consiste ya la entrega material de la novia sino del *mundium*.

La *tradiatio* debía celebrarse solemnemente frente a los parientes, el padre o el tutor entregaba a la novia en su propio domicilio y bajo determinados símbolos de tradición (per baculum o podía ser con la entrega de un precio simbólico). La influencia de la Iglesia

³⁶⁶ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Ibíden.* p. 12. GARCÍA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español.* Madrid. Gráfica Administrativa. 1950. T. II. Vol.1 p. 16; y BRISSAUD, Jean. *Op. cit.* p. 67.

³⁶⁷ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Ibíden.* p. 13. CALISSE, Carlo . *op. cit.* p.p. 561-564.

³⁶⁸ El *Mundium* venía a ser el poder de representación, protección, procesal o extraprosesal, que se manifestaba en relación a las personas sometidas a un señor o protector. Este podía ser el padre de familia o el tutor.

rompió con la tradición de la intermediación de la sippe, del padre o del tutor, por la intervención directa del novio y de la novia en la *desponsatio* con el consentimiento de aquéllos. Además, para acrecentar el simbolismo del acto y su carácter público, la costumbre popular desplazó el lugar de la *traditio* de la casa del padre o del tutor a la puerta de la Iglesia.³⁶⁹

El matrimonio podía disolverse de tres formas:

- a) Por la pérdida de la paz del marido o de la mujer, que determinaba la disolución del matrimonio de pleno derecho (*ipso iure*).
- b) Por contrato de separación concertado entre el marido y la sippe de la mujer.
- c) Por decisión unilateral del marido siempre que fuera por causa justa de lo contrario habría enemistad con la sippe de la mujer. Esta tuvo durante la época franca el derecho dado al marido.

La Iglesia adquirió la potestad de juzgar en forma exclusiva las causas de disolución del vínculo matrimonial en el siglo X y se aplicó el derecho canónico.

3. El régimen patrimonial del matrimonio.

El matrimonio legítimo traía como consecuencia la comunidad de administración dirigida por la potestad del marido.³⁷⁰ Este podía enajenar los bienes muebles de la mujer con fines benéficos al matrimonio; pero si se trataba de inmuebles era necesaria la intervención de la esposa. Sobre los bienes de la mujer, el marido tenía el poder de administración que había surgido concretamente

³⁶⁹ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Ibidem*. p. 228. OLIVER-MARTIN, F. **Histoire du Droit Francais des origines á la Révolution**. 2da ed. París. Editions Domat Montchrestien. 1951.p. 276. SCHUPFER, Francisco. *Ibidem*. T. I. p.p. 263-264; en donde narra el desenvolvimiento de la "compra" de la mujer por el marido y los diversos formulismos de los pueblos germanos con la posterior modificación de ellos por el cristianismo.

³⁷⁰ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN Claudius Von. *Ibidem*. p. 221.

con la traditio de aquélla. Esta relación jurídica recibió el nombre de gewere.

El patrimonio de la esposa, administrado por el marido se componía de tres donaciones:

- a) El *maritagium* o *dotalicium* eran bienes que por el matrimonio la mujer llevaba consigo de la casa de sus padres o de la *sippe*.
- b) El *wittum* o *dos*, que era la donación del marido, procedente del precio del *mundium*.
- c) El *morgengabe* o donación voluntaria del marido para la mujer, que se ofrecía en la mañana siguiente a la noche de bodas.³⁷¹

Frente a ello podían surgir las siguientes circunstancias:

- a) Muerte del marido. La mujer tomaba sus bienes, salvo el *wittum* que le correspondía como propiedad inenajenable en el caso de existir hijos y que retornaba a los parientes del marido cuando no los habían.
- b) Muerte de la mujer. El marido obtiene la reversión de *morgengabe*, salvo que hubiera hijos a los cuales quedaba asignado.
- c) Disolución del vínculo matrimonial por otras causas. Las donaciones revertían en el otorgante, con excepción del caso de existencia de hijos en donde quedaba afectado para ellos.

En cuanto a los bienes del marido fuera de estos casos de donación, pasaba a sus herederos y mujer en caso de muerte, en el supuesto de disolución se quedaba con él.

4. La filiación.

El hijo nacido dentro del matrimonio se encontraba bajo el *mundium* y la potestad paterna mientras le pertenezca al padre el

³⁷¹ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. Ibidem.p. 230. SCHUPFER, Francesco. Ibídem. p.p. 267-277.

mundium de la madre.³⁷² Pero ello no era suficiente, el hijo debía vivir en la misma casa del padre. Este en virtud de la filiación tenía la administración y goce del patrimonio del hijo, como también la responsabilidad por sus delitos (pago del *Wergeld*).

La adquisición de la mayoría de edad junto con el *mundium* no determinaba el cese de la patria potestad. Esta sólo se extinguía por:

- a) Muerte del padre.
- b) Salida de la *sippe* paterna.
- c) Por adopción (realizada mediante entrega al padre adoptivo del hijo).
- d) Por matrimonio para las hijas y constitución de un hogar independiente para los hijos o que éstos entraran en una *sippe* ajena.
- e) Cuando el hijo entraba en un séquito.

I.2.2. Sección Segunda: La tutela y la curatela.

Los germanos diseñaron y ejercieron sus instituciones familiares en forma similar al derecho gentilicio romano, aunque esta semejanza se va perdiendo conforme el derecho romano adquiría su carácter técnico que conocemos, en contraposición, el derecho germánico aparece como una manifestación de la simplicidad de la vida primitiva. En él, las instituciones que estudiamos aparecen dentro de la denominada guarda o guardianía con divisiones de acuerdo a la persona que se pretendía proteger, salvo algunas excepciones que se encuentran en las leyes o derechos populares germánicos, en donde se nombra a la tutela del menor o de la mujer sin referirse a la curatela.³⁷³

³⁷² BRUNNER, Heinrich -SCHWERIN, Claudius Von. *Ibidem*. p. 233. SCHUPFER, Francesco. *Ibidem*. T. I. p.p. 345-378.

³⁷³ .L. SÁL. (Em.) 26.9, Lex. Angl. Ver. Thur. 10.2; L.FRIS. 9.11. a 13; L. ANGL. SAX. (Hlod. Et. Eadr. 6 y Henr. 70.18-19); L. IUD. 4.3 y F. JUZ. 4.3. Encontramos referencias a la curatela y a la tutela semejantes al derecho romano en: L. BURG. 36.5 L. ROM. VISIGOTH. (GAYO. Epit. 1.12).

Pero la guarda o tutoría según las sendas leyes germánicas se fundaba en el concepto de “*mundium*”. Este era el poder de representación procesal, extraprocesal, y de protección que tenía el titular (el padre de familia o el tutor) sobre sus hijos y mujer o pupilos. De esta manera la palabra guarda o tutela se extendía a todos los subordinados por razón de parentesco al padre o a la sippe.³⁷⁴

Para el derecho de algunos pueblos germánicos, también se encontraban sometidos a la tutela o guarda: los menores, los dementes y la mujer.³⁷⁵

Los menores estaban en tutela o guarda hasta cumplir los años señalados en las leyes germanas. Así tenemos que para los francos salios, la mayoría de edad se adquiría a los doce años³⁷⁶; para los ripuarios eran los quince años³⁷⁷; los sajones, establecieron la

³⁷⁴ SCHUPFER, Francesco. *Ibidem*. T.I. p. 379 y ss. Para el autor la tutela era el *mundium* de los parientes en contraposición del *mundium* paterno y del marital. Pero todos significan protección. Refiere que los germanos también tuvieron problemas para determinar la edad para considerar al pupilo como persona capaz para ejercer sus derechos, pero que aquéllos optaron por considerar con ese fin al desarrollo corporal acompañado del discernimiento. Con posterioridad, establecieron edades fijas. TORELLI, Pietro. *Lezioni di Storia del Diritto Italiano Diritto Private La Famiglia*. Milano. Dott. A. Giuffré. 1947. p. 139. Afirma que en los germanos no hubo el concepto de *munus publicum*. DAVOUD-OGHLOU, Garabed Artin. *Historie de la Legislation des Anciens Germains*. Berlín, G. Reiner Libraire-Editeur, 1845. T° II, p. 54. BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Ibidem*. p. 235. HUEBNER, Rudolf. *A History Germanic Private Law*. Translated by Francis S. Philbrick (of german). Boston. Little Brownand Company. 1918. p. 677-681. ROBERTI, Melchiorre. *Svolgimento Storico del Diritto Privato in Italia*. Cedan. Casa Editrice Dott. Antonio Milani Padova. 1935. p. 361. Para éste, el *mundium* no es protección, sino potestad.

³⁷⁵ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von *Ibidem* p. 236. NANI, Cesare. *Storia del Diritto Privato Italiano*. Torino. Fratelli Bocca. 1902 p. 232 menciona que “la curatela estuvo ausente por mucho tiempo en el derecho germánico”.

³⁷⁶ L. SAL. (Em.) 26-9. Véase: PEYRÉ, J,F,A, *Lois des Francs contenant la Loi Salique et la Loi Ripuaire*. París. Imp. de Fermín Didot. 1828. p. 86.

³⁷⁷ L. RIP. 81. En PEYRÉ, J.F.A. op. cit. p.p. 380-381; el texto se encuentra en L.RIP. 83.

mayoría de edad a los quince para cuestiones procesales³⁷⁸ aunque se les dejaba administrar sus bienes desde los diez años³⁷⁹; para los frisios eran los doce años³⁸⁰; para los visigodos eran los quince años (al inicio eran los 12 y luego los 20)³⁸¹; los longobardos fijaron la mayoría de edad a los dieciocho años³⁸² y los burgundios la otorgaron a los quince años.³⁸³ Sin embargo, ello no era obstáculo para que los menores de dichas edades no pudieran realizar ciertos actos que les convenían, como sucedió con los anglo-sajones que permitieron que los menores administraban sus bienes a partir de los diez años. Los Burgundios permitían a los menores con catorce años cumplidos solicitar curadores para sí y las mujeres a los doce, junto con el tutor³⁸⁴ mientras que los anteriores impedían el ejercicio de esta facultad hasta los quince años porque suponía que los parientes lo harían en defecto del tutor o del actor³⁸⁵ revelándose la tutela superior de la sippe. Los ripuarios legislaron con mayor inflexibilidad porque impidieron que tanto los menores como las mujeres realizaran negocios jurídicos y eran irresponsables de todo daño³⁸⁶ caso en el cual debían elegir un defensor³⁸⁷. Este como representante era quien debía responder ante cualquiera demanda o condena y estaba en el derecho de accionar. A su vez, los visigodos receptionaron muchos

³⁷⁸ HENR. 70.18-19.

³⁷⁹ HLOD. et EADR. 6

³⁸⁰ BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Ibidem*. p. 236.

³⁸¹ L. IUD. 4.3.1. y F. JUZ. 4.3.1.

³⁸² LIUTPR. 4.1.: Liutpr. 6.45 (que no permitía las donaciones del pupilo al rey); Liutpr. 6.96 (dispuso que los menores pudieran vender parte de sus bienes si tenían necesidad apremiante, previa autorización del mismo, del príncipe o de su juez y en presencia del mismo, así como donar parte de sus bienes a iglesias y hospitales cuando hubiera enfermedad grave o peligro de muerte inminente; como se dispuso en Liutpr. 4.1.) y Liutpr. 6.5. (el infante menor podía anular la venta si había contratado con un esclavo o con aldión, una vez llegado a la mayoría de edad, sin tener que devolver el previo).

³⁸³ L. ROM. BURG. 36.1.

³⁸⁴ L. ROM. BURG. 36.3.

³⁸⁵ HENR. 70.18-19.

³⁸⁶ L. RIP. 74 fin.

³⁸⁷ L. RIP. 81.

caracteres de la tutela y curatela romanas, como puede observarse en relación a las facultades del impúbero y del menor de veinticinco años³⁸⁸ lo que se alteró en el Liber Iudiciorum el cual no representa al elemento jurídico romano (al menos en este tema) sino al germánico, lo que se evidencia por la ausencia de las características propias del derecho romano como la curatela para menores y cualquier persona incapaz (existía una guarda genérica), la tutela abarcaba hasta los quince años; mayor libertad en cuanto a las facultades de enajenación (en el derecho romano, el menor de doce o catorce años pero mayor de diez no podía enajenar ni realizar acto jurídico sin la auctoritas del tutor y si era menor de diez ninguno) que no necesitaba autorización del tutor siempre que se encontrara con enfermedad mortal o en situación inestable que involucrara peligro para el pupilo, éste enajenaba sus bienes³⁸⁹. No hay en este cuerpo legal la denominación de tutela legítima, aunque se le llama “tutela” simplemente. Además se aleja de la tutela legítima romana, en cuanto al nombramiento, debido a que la ley señaló quienes debían ejercer la tutoría hasta el cuarto grado colateral consaguíneo (primo) y más allá de dicho grado elegía el juez al pariente que tuviera mayor proximidad (el parentesco era hasta el séptimo grado prefiriéndose el paterno al materno)³⁹⁰. No

³⁸⁸ GAYO. Epit. 1.7 y 8 con PAULO. SENT. RECEP. 1.4, 7, 9 y PAULO. SENT. RECEP. 2.27-30 (En L Rom.Visigoth) . Sin embargo es necesario tener en cuenta los contrastes existentes entre el Epítome y la Instituta del Gayo clásico. VER: VINOGRADOFF, Paolo. Diritto Romano nell' Europa Medioevale. Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore. 1950. p.p. 18 y ss. MARGADANT, Guillermo F. La Segunda Vida del Derecho Romano. 1ra. ed. México. Miguel Angel Porrúa. Librero-Editor.1996. p.p. 77-79. SAVIGNY, F. Carlo de. Storia del Diritto Romano Nell Medio. Prima versione del tedesco. Corr. Di note dall avvocato Emmanuelle Bollati.Ristampa della seconda edizione italiana. Roma. Multigráfica Editrice. 1972. T I. p.p. 308-321

³⁸⁹ L. IUD. 4.3.4.

³⁹⁰ BENEYTO, Juan. Instituciones de Derecho Histórico Español. Barcelona .Bosch. 1930. Vol. 1. p. 150. El texto de la ley menciona tal preferencia, pero por analogía. En cuanto al nombramiento del pariente por el juez, el autor ha opinado que se trataría de una tutela dativa dependiente de la parentela, lo que en realidad sería muy forzado porque el juez aquí no es un instrumento de la ley para escoger al más idóneo, al igual que en el derecho romano con los parientes agnados. SCHUPFER, Francesco. T. I. p. 398. Señala que hubo tutela

existían en aquél tiempo la tutela testamentaria y dativa. La tutela no era un oficio público, sino una potestad familiar para los visigodos.

El Fuero Juzgo (traducción romance del Liber idicum) fue más radical que su versión latina y vulgar, al eliminar el término “tutela” y el de “tutor” por el de “guarda” (el de “guardador” se sobrentiende)³⁹¹. La edad para ejercer la tutela era de veinte años.

Los plazos para que el pupilo pudiera reclamar lo que se le debía por el tutor era de cincuenta años contados desde que podía desenvolverse solo³⁹² por todo lo realizado cuando era niño el pupilo. Para los padres el plazo era de treinta años computados a partir de la pérdida de la cosa. El menor debía accionar por todo lo efectuado durante la tutela (dentro de los quince años), fuera de dicho período no correspondía demandar³⁹³. El encargado de la guarda del menor debía hacer un inventario de los bienes de éste ante la autoridad pública.

Las acciones no tenían denominación legal, están dentro de lo que la ley le facultaba al pupilo³⁹⁴. El que ejercía la guarda era el defensor del menor en el juicio, quien debía responder por él y si por negligencia perdía el juicio perjudicando al menor (niño según el texto legal) debía responder con sus bienes.

Si alguien demandaba al menor debía pedir que el defensor le entregara lo que solicitaba, de lo contrario, si el defensor no lo hacía, el juez ordenaba la ejecución de lo demandado; pero el menor podía accionar contra el tercero una vez llegado a la edad de quince años, debiendo entregarle el bien junto con sus frutos. La multa ascendía a diez sueldos si se demostraba que había demandado sin fundamento al pupilo. En el caso de negativa del defensor había como hemos visto, una presunción de verdad de lo alegado, lo que traía como consecuencia la sentencia y ejecución

testamentaria diferente a la de los romanos que consistía en la encomendación del pupilo.

³⁹¹ F. JUZ. 4.3.3.

³⁹² L. IUD. 4.3.4 y F. JUZ. 4.3.4.

³⁹³ L. IUD. 4.3.3 y F. JUZ. 4.3.3.

³⁹⁴ L. IUD. 4.3.3 y F. JUZ. 4.3.3.

sin mayor dilación, por supuesto que no tenía el tercero la seguridad de la cosa juzgada³⁹⁵. Tales derechos podían ser ejercidos por los herederos del pupilo o la persona que él hubiese designado. Otra diferencia con el derecho romano reside en que la tutela o guarda sólo recaía en menores huérfanos de padre y madre, no sólo en caso de ausencia o muerte del padre³⁹⁶.

En forma similar, la tutela de mujeres en el derecho germánico se daba como para los menores. Las facultades que tenían las mujeres eran disimiles en los ordenamientos legales. La *Lex Ripuaria* impedía que la mujer realizara cualquier negocio al considerarle irresponsable por las obligaciones que hubiese contraído no sólo por acto jurídico sino también por daño³⁹⁷, lo que hacía necesario que estuviera bajo el *mundium* de su esposo o de un tutor agnado. Su tutela era perpetua. Las Leyes de Hlodhlaer y de Eadric (680-685) que componen el cuerpo legal anglo-sajón (ambos fueron reyes de Kent) le otorgaban a la viuda la guarda de los hijos, pero debía estar asociada a un berigea (nombre dado al que ejercía la guarda) para que administrara los bienes del menor hasta los diez años. El berigea era elegido entre los parientes paternos³⁹⁸. La situación jurídica de las mujeres sajonas era más limitada para ellas y más amplia respecto a sus tutores porque éstos podían gozar del usufructo de los bienes de sus pupilas, además de adquirir el derecho a heredarlos³⁹⁹ mientras que las mujeres sujetas a tutela sólo heredaban los bienes de su padre sin poder administrarlos al considerarse que no eran sucesoras del *mundium* del difunto. El *mundium* lo heredaban los hermanos del padre o su pariente más próximo⁴⁰⁰ el que podría ser hermano⁴⁰¹ salvo que ellas fueran los frutos de un primer matrimonio y sus hermanos del segundo, entonces el *mundium* no será de éstos⁴⁰². El caso de la

³⁹⁵ L. IUD. 4.3.3.

³⁹⁶ L. IUD. 4.3.1.

³⁹⁷ L. RIP. 74 fin.

³⁹⁸ HLOD. et Ead. 6.

³⁹⁹ DAVOUD OGHLOU, Garabed Artin. Op. cit. t. II. p. 261.

⁴⁰⁰ L. SAX. 7.5.

⁴⁰¹ L. SAX. 7.7.

⁴⁰² L. SAX. 7.6.7.

viuda era distinto a lo expuesto, porque de darse la situación de dos matrimonios de los cuales en el primero se engendró un hijo y el segundo no, o engendró una mujer; muerta la primera esposa y tiempo después el marido, el hijo se encargaría de la tutela de la segunda esposa como si fuera su hijo y en defecto de éste, la tutela de la viuda pasaba al tío paterno o al pariente más próximo⁴⁰³.

Para los longobardos la mujer no podía realizar negocio jurídico de disposición alguno ni tenía el *mundium*. Este pertenecía al marido (si estaba casada) o al pariente más próximo y en su defecto al rey. Si la mujer deseaba efectuar alguna donación o vender u otro acto debía contar con la autorización de su mundoald (o tutor)⁴⁰⁴. Para envitar abusos del mundoald, Liutprando⁴⁰⁵ estableció una serie de causales en las que él perdía el *mundium* sobre la mujer y debía pagar la composición por el daño. Las causales eran las siguientes:

- 1) Cuando no le daba de comer ni de beber.
- 2) Cuando no le daba vestidos ni calzado según su clase y fortuna.
- 3) Cuando la casaba con siervo o un aldius.
- 4) Cuando la golpeaba constantemente, a menos que no sea un infante y ésto fuera para corregirla.
- 5) Cuando la forzaba a cohabitar con él.
- 6) Cuando la forzaba a trabajar en forma indecente.
- 7) Cuando la casaba en contra de su voluntad con un hombre libre.

También Liutprando impuso un límite al *mundium* del marido, al concederle a la esposa el derecho de enajenar los bienes que pertenecieran a aquél, siempre que fuera con la presencia de dos o tres parientes y la del juez en audiencia pública debía realizarse la manifestación de voluntad de la mujer, lo que se consignaba en un

⁴⁰³ L. SAX. 7.5.

⁴⁰⁴ ROTH. 205. En LIUTPR. 75, se permitió que la viuda o el infante puedan ser representados en juicio por un tutor concedido por el rey, lo que según TORELLI, constituye un caso de tutela estable, excepcional supuesto para los germanos (con especial referencia a los longobardos). TORELLI, Pietro. Op. cit. p. 139.

⁴⁰⁵ LIUTPR. 6.67.

acta con los nombres y firmas de las personas que estaban presentes, dando fe de ello el escribano público⁴⁰⁶. Los visigodos, en cambio fueron más benéficos con la mujer que los anteriores, porque ella podía comparecer ante los tribunales para atender sus propios requerimientos, quedando la representación de su esposo sometida a su consentimiento⁴⁰⁷.

Los insanos estuvieron sometidos a guarda de sus familiares. La legislación germánica no ofrece referencias⁴⁰⁸.

La capacidad jurídica de goce como la denominamos en la actualidad, estaba condicionada a una serie de exigencias⁴⁰⁹, que debían ser cumplidas para ser tutor. Estas condiciones eran:

- a) La libertad (se adquiría a partir de la imposición del nombre a los siervos y semi-libres carecían de la libertad).
- b) La cualidad de ser miembro de la colectividad.
- c) Pertener a la comunidad de paz, es decir, no ser proscrito de ella por delito. Quien era excluido podía ser muerto por cualquier persona libre, no gozaba ni ejercía derecho alguno.
- d) No haber perdido el honor (ya sea por nacimiento, como en el caso de los hijos ilegítimos; por la profesión de histriones, finalmente los que han sido condenados en pena infamante).

En el derecho germánico se estableció que la tutela o guarda (según las leyes que las trataran) se extinguía en las siguientes circunstancias:

- 1) Por la muerte de la persona sometida a tutela⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ LIUTPR. 4.4.

⁴⁰⁷ MINGUIJÓN, Salvador. Historia del Derecho español. 3ra ed. Zaragoza. Tipográfica "La Académica". 1927. Cuad. VI. p. 118. El autor atribuye este beneficio a la influencia de la Iglesia (para el *Liber Iudiciorum*).

⁴⁰⁸ Debemos exceptuar de este principio general a las legislaciones germánicas que incorporaron a la tutela y curatela como la Lex Rom. Visigoth. (que lleva incorporado el Epítome de Gayo y Sentencias de Paulo) y Lex Rom. Burg. 36.6 de influencia romana.

⁴⁰⁹ BRUNNER, Heinrich-von SCHWERIN, Claudius. *Ibidem*. p.p. 188 y ss.

2) Cuando el pupilo llegaba a su edad legítima⁴¹¹.

⁴¹⁰ GAYO. Epit. 1.7. (L. Rom. Visigoth.). L. Iud. 4.3.1 y F. Juz. 4.3.1. Se deduce de estas normas, que al no existir o al dejar de vivir el pupilo, la tutela fenecía. De igual manera para L. Sál. y para la L. Rip. Lo que se extiende a la L. Angl. Ver. Thur; L. Fris.; L. Sax. y Ed. Roth. Con Liutpr. que no hacen referencia expresa (al menos, en los fragmentos que contamos). Pero en Henr. 70.18-19 se aprecia que la obligación del tutor se extiende más allá de la muerte junto con la tutela colectiva de los otros parientes.

⁴¹¹ GAYO. Epit. 1.7 y 8 (L. Rom. Visigoth.) no hacen mención de la edad en que el pupilo alcanzaba la pubertad, tal vez por la imprecisión que los visigodos padecían en sus mismas leyes y costumbres. Sin embargo, se fijó la edad de 25 años como la determinaron los romanos para la edad adulta (aetas legitima), lo que deja traslucir la posibilidad de que la L. Rom. Visigoth. estuviera dirigida a los súbditos romanos de los reyes visigodos. El L. Iud. 4.3.1 y F. Juz. 4.3.1 que establecieron los 15 años, aunque fuera sólo para efectuar ciertos actos jurídicos (por ejemplo compraventa, donación entre otros); 20 para ser tutores (estableció un límite de 30 años para serlo) en L.Iud..4.3.3 y F. Juz.4.3.3., como 14 años cumplidos para poder ser testigos en cualquier proceso, ya fuere hombre o mujer según L. Iud. 2.4.10(1) (ley sin nombre del rey que la promulgó). Para los demás pueblos germánicos ver las notas correspondientes. En relación a lo dicho la aplicación personal o territorial de la L. Rom. Visigoth. se trata sólo de una apreciación que tiene por fundamento a la misma norma y que no pretende extenderse más de lo que el objeto de la presente tesis lo demanda, porque como todos sabemos esta controversia aún no ha sido solucionada debido a la escasez de fuentes de aplicación del derecho (formularios y sobre todo de diplomas. Véase SCHWERIN, Claudius Von. Sobre las relaciones entre las fórmulas visigóticas y las andecavenses. En: Anuario de Historia del Derecho Español (en adelante se le designará con las siglas A.H.D.E.). Madrid. 1932. T. IX. P.p. 177-189, en donde no encuentra dependencia entre unas y otras al comparar los textos donde se hallan BRUNNER, Heinrich,; SCHWERIN, Claudius Von. Ibidem. p. 45-47. Quienes hacen una relación de los formularios germánicos. SÁNCHEZ GALO. Curso de Historia del Derecho . 6ta ed. Madrid. Reus S.A. 1945.p.p. 32 y 43, el cual pese a ser un libro de introducción a la materia, realiza el autor interesantes críticas y referencias como la diferencia que existe entre el derecho contenido en las fórmulas y el de las leyes, por cuya razón consignamos a los principales protagonistas de la discusión: GARCÍA GALLO, Alfonso. Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda. A.H.D.E. Madrid. 1936-41. T.XIII. p.p. 168-264, quien opina que todos los códigos visigodos fueron territoriales. MEREJA, Pablo. La territorialidad de la legislación visigoda. A.H.D.E. Madrid. 1942-43. T.IV. p.p. 593-599 (incluida la respuesta de Alfonso García Gallo dentro del artículo) cuyo autor alega que el Breviario de Alarico II era de carácter personal y el resto de la legislación visigoda tuvo la

3) Por remoción del tutor⁴¹².

orientación territorialista. REINHART, Wm. Sobre la territorialidad de los códigos visigodos. A.H.D.E. Madrid 1945. Tomo XVI. P.p. 704 -711, el cual opina que la legislación visigoda fue territorial, pero que la costumbre visigoda (belagines) rigió al menos junto con el Código de Eurico. ALVARADO PLANAS, Javier. El problema del germanismo en el derecho español. Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1997.272p. quien afirma que el derecho romano se aplicó en forma territorial aunque de manera subsidiaria con la legislación visigoda hasta que Leovigildo introdujo como oficial el principio de territorialidad. Los francos (salicos, ripuarios y chamavos), burgundios, bávaros y alemanes seguían el sistema de personalidad del derecho, mientras que los anglo-sajones y longobardos aplicaron el de territorialidad. VEÁSE: SAVIGNY, F. Carlo de. Op. cit. Tomo I. p.p. 307-437. SCHUPFER, Francesco. Delle Istituzioni Politiche longobardiche. Libri due. Firenze. Felice Le Monnier. 1863p. 157. Leicht., P. S. Storia del Diritto Italiano. Le fonti. Milano. Dott. A. Giuffré. 1937. p.p. 41-151. ASTUTI, Guido. Lezioni di Storia del Diritto Italsiano, Le Fonti. Eta Romano-Barbárica. Padova. Cedan. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1953. p.p. 29-195. KRUGER, Pablo. Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano. Madrid. La España Moderna. S/a p.p. 287-296.

⁴¹² Al principio dependía de la decisión de los parientes paternos, pero después dicha facultad fue restringida en forma paulatina con la creciente intervención del rey y de la Iglesia. La L.ROM. VISIGOTH. (Gayo Epit. y Paulus Sent.) no hace referencia a la remoción del tutor por actos contra el pupilo como tampoco el L. IUD. 4.3, aunque es implícito de que los parientes pudieran remover al tutor según L.IUD. 4.3.3 en donde existen grados de prelación para ejercer la tutela y por la circunstancia de que se considera al tutor como representante procesal del pupilo (de acuerdo a la norma) y en forma expresa en F. JUZ. 4.3.3 donde se le denomina "defensor " frente a terceros. De lo mismo, se puede deducir que el tutor que no fuera leal en su actuar frente al pupilo pudiese ser removido sin mayor trámite porque aquél no podía ser ya su defensor ni obrar a favor del último, Sin embargo, en L. IUD. 4.3.3 encontramos la causa genérica que permitía remover al tutor si éste no tuviera el mérito o la idoneidad para ejercer la tutela. Aunque la norma citada alude a la elección y nombramiento de tutor ("*...meriti non fuerint, qui defensionem suscipiant orphanorum... conditionem suscipiat*") no puede dudarse que una vez nombrado tutor uno de los parientes, tiempo después al demostrarse la falta de mérito en él se procediera a removerlo de la tutela del pupilo. En F. JUZ. 4.3.3 indica el término "discreción" en lugar del de "mérito" ("meriti" en el texto). Además, puede observarse que la norma mencionada alude al juez para el nombramiento de tutor en caso excepcional, al obispo y al sacerdote como simples custodios (en forma alternativa) del escrito de inventario de los bienes pupilares, los cuales eran elegidos según el arbitrio de los parientes. Lo mismo puede decirse en cuanto a

- 4) Por renuncia de la mujer a ejercer la tutela de sus hijos⁴¹³.
- 5) Por sustitución voluntaria del tutor nombrado (potior nominatio)⁴¹⁴

la remoción del berigea en HLOD. et EADRIC. 6 que no menciona el supuesto, pero sí se deduce que como los parientes son los que eligen al berigea y por esa razón pueden destituirlo. En HENR. 70. 18-19 se aprecia igual situación, pero en lo procesal. También: L. SAX. 7.4 (el pariente sustituye al tutor que no quiere dar su consentimiento para el matrimonio de la mujer). Los longobardos establecieron al rey o el juez para remover al tutor que no cumplía con lealtad sus deberes. ROTH. 205 y LIUTPR.75. Los duques longobardos ejercieron por lo general esa facultad según SCHUPFER, Francesco. Op. cit. Libri due. p. 287. El grupo de los francos en su legislación intervienen los parientes para nombrar tutor aunque aquí de manera idéntica que los anteriores, se puede colegir que también ellos tuvieron la facultad para remover tutores y sólo más tarde, durante la dinastía Carolingia intervendría el rey y la Iglesia para obtener ese resultado. Véase SCHUPFER, Francesco. Ibídem. Tº I. p.p. 427-429, donde narra el otorgamiento de facultades a las autoridades eclesiásticas para defender al pupilo en contra de su tutor y lograr la remoción, como también el intento de la Iglesia de monopolizar las cuestiones derivadas de la tutela y curatela (nombramiento y remoción de tutores o curadores). La L. ROM. BURG. 36 tampoco la menciona. En los visigodos, la madre tutora podía ser removida del cargo si contraía nupcias y no renunciaba a la tutela, según L. IUD. 4.3.3.

⁴¹³ Esta causal es propia de los visigodos. En GAYO Epit. 7 (L.ROM. VISIGOTH.) no se menciona el supuesto, pero sí en L. IUD. 4.3.3 donde se faculta a la mujer a renunciar a ejercer la tutela si ella lo deseaba. Según MINGUIJÓN, Salvador. Op. cit. Cuad. VI. p. 132 y citado por BENEYTO, Juan. Op. cit. Vol. I. p150, el viudo no tuvo la misma facultad, sin embargo, cuando contraía segundas nupcias también perdía la tutela sobre sus hijos (como el caso de la mujer), lo que fue modificado por Ervigio, el cual dispuso que el padre no perdía la tutela (y los hijos no se irían a vivir a la casa de un tutor elegido entre los parientes maternos de acuerdo a la deducción de los autores nombrados). VEÁSE sobre esto L. IUD. 4.2.13 y F. JUZ. 4.2.13.

⁴¹⁴ Esta causal aparece en PAULO. Sent. Recep. 2.28. (L. ROM. VISIGOTH) que la permite sólo entre los parientes legítimos (agnados). Aunque el fragmento sólo alude a "substantia rei familiaris" se debe interpretar que excluía a los cognados por coherencia con GAYO. Epit. 7.1, el cual señaló que los parientes legítimos eran los agnados ya que ellos estaban llamados a ser herederos del pupilo y porque no puede negarse que en la realidad ambos pueblos (los romanos súbditos de los reyes visigodos y los dominadores) en aquélla época (506d.C. en adelante) tuvieron preferencia por los parientes que descendían por línea paterna o masculina. Además, aún no existía la Nov. 118 que eliminó la exclusividad de los agnados.

- 6) Cuando el tutor decaía en insano⁴¹⁵.
- 7) Cuando desaparecía uno de los requisitos para tener la capacidad jurídica en el tutor o en el pupilo⁴¹⁶

⁴¹⁵ Debía tenerse en consideración lo expuesto en L. IUD. 4.3.3 y F.JUZ. 4.3.3 para los visigodos, en lo relacionado con el carácter de "mérito" o "discreción" que debía poseer el tutor. De igual forma respecto a la legislación germánica que se mencionó en la misma nota.

⁴¹⁶ En relación con el término "capacidad jurídica" es necesario reconocer que lo utilizamos en forma arbitraria debido a que no lo encontramos en la legislación antigua de la manera como lo conocemos en la actualidad (aptitud para ser sujeto de derecho, esto es, ser titular de derechos y obligaciones), sino que por menesteres de la exposición, a fin de facilitarla, nos hemos visto obligados a recurrir a él. Entre los romanos y los germanos existían términos que se utilizaban en sentido amplio y no técnico, pero que aludían a la capacidad jurídica. En los romanos podemos hallar los términos "*caput*", "*status*", "*conditio*" (o *conditio*) y "*qualitas*" que indicaban con relativa exactitud la idoneidad para poseer la titularidad o no de los derechos y obligaciones, de acuerdo a las circunstancias en que se utilizaran (políticas, sociales o familiares). GARCÍA GALLO, Alfonso. Op. cit. Tomo II. p.p. 46 y 45, trata de individualizarlos con relativo éxito, por ser coincidentes en algunos casos (por ejemplo, la *conditio libertatis* con el *status libertatis*) y en otros son antagónicos (*conditio civitatis* y *conditio non civitatis* frente al *status civitatis*) hasta hacer complicado el intento de realizar una definición técnica. Además es preciso observar que hay una relación de lo abstracto a lo concreto en ellos. Así "*caput*" revela aptitud para la titularidad de derechos y obligaciones (que a su vez implica el *status familiae*) como parte de un grupo familiar o gentilicio (término *caput* es abstracto); mientras que *pater familias* y *filifamilias* aluden a la "*conditio familiae*" de ambos (término concreto). El "*status civitatis*" sería la aptitud para la titularidad de derechos y deberes ciudadanos; mientras que la "*conditio civitatis*" es la condición de ciudadano (concreto), término que se complementaría con su opuesto, la "*conditio non civitatis*" (debido a la inexistencia de *status* para el extranjero). De acuerdo con GARCÍA GALLO, la "*qualitas*" hacía referencia al honor, a la riqueza u otras "circunstancias peculiares de cada individuo o clase; es decir que era una "*conditio*" más concreta que la ilustrada por medio de los ejemplos y de lo cual podríamos afirmar que los términos de "patricio" o de "plebeyo" expresaban la "*qualitas*". La dificultad para una definición técnica aceptable reside en que por indicar con relativa exactitud la idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, no podría discernirse entre cada uno los términos mencionados, pese a tener diferentes denominaciones. Sin embargo hay que precisar que "*conditio*" y "*qualitas*" tienen una mayor semejanza con el término "situación jurídica" lo que aumenta la complejidad del tema. Otro término que completa el sentido de los

- 8) Cuando el pupilo cambiaba de sippe, el tutor de la sippe originaria dejaba de ejercer el *mundium* sobre el pupilo y éste quedaba al cuidado de otro tutor, perteneciente a la sippe donde había ingresado si en ella hubiese muerto el padre que lo adoptó⁴¹⁷.
-

anteriores es el de persona y desde cuyo significado literal (máscara) devino en la identificación con el ser humano, sin tomarse en cuenta su capacidad jurídica. La importancia de "persona" radica en que actúa como un presupuesto para adquirir la capacidad jurídica, por lo que se exigió en el derecho romano: 1) Que naciera vivo y viable; 2) Que diese signos de vida (con movimiento según los sabinianos o el llanto según los proculeyanos); 3) Que desde el tiempo de su concepción hubiesen transcurrido 6 meses; 4) Que tuviera forma humana. Para los visigodos desaparecen los términos antes indicados como "caput" y "qualitas". Esta queda subsumida dentro "status" al igual que la "conditio". En cuanto a "status" al traducirse el L. IUD. al romance (F. JUZ.) queda asimilado al de "*libertas*" pero "conditio" conserva su significado informal. "*Libertas*" significa ahora tener capacidad jurídica aunque siempre en relación a "homo" y al bautizo "persona" es desplazado por "homo" (texto de L. IUD.) u "hombre" (F. JUZ.) señalando al ser humano en sí y distinto a capacidad jurídica. Esta se adquiriría según el F. JUZ. 4.2.18, junto con "*libertas*" el que fuere: 1) Nacido vivo y que subsistiera durante 10 días; 2) Que fuere bautizado. Sobre ello debemos decir que GARCÍA GALLO, Alfonso. Idem. p.p. 46-45; MINGUIJÓN, Salvador. Ibídem. Cuad. VI. p.p. 31-46 y BENEYTO, Juan. Ibídem. Vol. I. p.p. 9-51, asimilan con la personalidad a la capacidad no distinguiendo entre ambas, con lo cual tratan de explicar el tema de acuerdo con su ordenamiento jurídico positivo. Frente a lo anterior, creemos que sería mejor interpretar (respetando el criterio adoptado por los autores citados) de acuerdo con las fuentes legales visigodas, para concluir que para tener capacidad jurídica, según la legislación visigótica, era necesario poseer "*libertas*" y pertenecer a la misma religión, no sólo ser persona humana ("*homo*") porque esto no bastaba como puede verse en el L. IUD. y en el F. JUZ. sobre los judíos y herejes. "*homo*" ya no es presupuesto como "*persona*" para el derecho romano, sino que es condición entre otras para tener capacidad jurídica. Respecto a los demás pueblos germánicos, también es aplicable nuestra opinión, como puede verse en: SCHUPFER, Francesco. Ibídem. T. I. p.p. 7-147 y BRUNNER, Heinrich-SCHWERIN, Claudius Von. Ibídem. p.p. 188 y ss.

⁴¹⁷ VÉASE L. IUD. 4.4. y F. JUZ. 4.4. Para los visigodos existía una institución parecida a la tutela llamada "crianza", pero con la diferencia que el niño era ajeno al parentesco de quienes los criaban y frente a quienes tenía deberes que cumplir y éstos podían exigirle el pago de lo dado por el servicio a éste una vez llegado a los 10 años o a su padre si él lo hubiere encomendado. En GAYO . Epit. 1.5 (L. ROM. VIISIGOTH.) se regula la adopción y destinada a quienes no

- 9) Por matrimonio legítimo de la mujer con hombre libre⁴¹⁸.
- 10) Excusa de tutor por enemistad con el padre difunto del pupilo⁴¹⁹.
- 11) Por el número de hijos (cuatro varones); enfermedad insanable; tres tutelas o por ser mayor de 60 años⁴²⁰.

En el caso de la curatela, para las legislaciones que la contemplaban, se extinguía por:

- 1) Por muerte del sujeto sometido a curatela⁴²¹.
- 2) Cuando el menor alcanzaba la edad legítima⁴²².
- 3) Cuando el mayor que era insano de mente recuperaba la razón⁴²³.
- 4) Al recuperar el mayor era dilapidador o destructor de su patrimonio la correcta dirección de sus negocios⁴²⁴.
- 5) Por excusa de curador nombrado para administrar el patrimonio de pupilo impúber⁴²⁵.

3. DERECHO ROMANO DE LA BAJA EDAD MEDIA.

podían generar hijos, así como la arrogación para quien careciera de padre o quisiera tener otro. No se permitía que las mujeres pudieran adoptar porque ellas no tenían la patria potestad de sus hijos. Para el resto de pueblos germanos, véase BRUNNER, Henrich-SCHWERIN, Claudius Von. *Ibíd.* p.p. 233-234.

⁴¹⁸ VÉÁSE lo referente a la tutela de las mujeres en los pueblos germanos.

⁴¹⁹ PAULO. Sent. Recep. 2.27.1 (L. ROM. VISIGOTH).

⁴²⁰ L. ROM. BURG. 36.6.

⁴²¹ VÉÁSE lo establecido para la tutela germana.

⁴²² GAYO. Epit. 1.8 (L. ROM. VISIGOTH.) que estableció que los menores de 25 años estuvieran bajo curatela. L. ROM. BURG. 36.3 que otorgó a los pupilos de 12 (mujeres) o 14 (varones) la facultad de pedir Curadores hasta que pudieran gobernarse. LIUTPR. 4.1.

⁴²³ GAYO. Epit 8.1 y 1.2 (L. ROM. VISIGOTH.). La L. ROM. BURG. 36 no hace referencia.

⁴²⁴ GAYO. Epit. 1.8.2. (L. ROM. VISIGOTH.). La L. ROM. BURG. 36 no indica cosa alguna al respecto.

⁴²⁵ PAULO. Sent. Recep. 2.27.2 (L. ROM. VISIGOTH.). La L. ROM. BURG. 36, sólo alude al tutor, pero no es imposible creer que se aplicara por analogía a los curadores.

3.1. Los Glosadores y los Comentaristas. Sus aportes al desarrollo de la tutela y la curatela.

Resulta de mucho valor detenernos a exponer los aportes de los Glosadores y de los Comentaristas, con la finalidad de conocer el grado de repercusión que ellos podrían haber tenido en la legislación y procedimientos judiciales o notariales indianos. Para lograrlo, hemos confeccionado una relación de puntos en los cuales se aprecian estos aportes doctrinarios a las instituciones que estamos analizando.

- 1) La Clasificación de la tutela. Si bien siguen la clasificación justiniana que divide a la tutela en testamentaria, legítima y dativa, tanto los Glosadores como los Comentaristas, uno de éstos llamado Odofredo incorporó la especie denominada anómala o irregular. Esta tutela no se encuentra contemplada en la legislación justiniana como una especie autónoma de las otras clases sino que simplemente venía a ser una tutela ejercida por la madre o la abuela, gracias a la excepción concedida por los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio (390 d.C.)³²⁶ y reafirmada por Justiniano, la cual iba incluida en la tutela legítima. Si se hubiese considerado a la tutela anómala o irregular como clase diferente y autónoma de la testamentaria, legítima y dativa, los compiladores justinianos hubiesen dividido la tutela en regular e irregular o normal y anómala, lo que no sucedió. De allí que sea de origen doctrinario⁴²⁷.

³²⁶ C. 5.35.2.

⁴²⁷ BUSI, Emilio. La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Cedan. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1937. p. 302. El autor que se siguió fielmente la clasificación romana, lo que nosotros no compartimos por lo ya expuesto. SAVIGNY, F. Carlo de. *Ibidem*. Vol. II. p.p. 414-428, donde el autor narra la vida y obra del jurista bolonés (?-1265), aunque Savigny fue cuidadoso en señalar la importancia de su obra. Lo ubicó entre los juristas posteriores a Acursio Roberti, Melchiorre. *Op. Cit.* Vol. III. p. 368, quien cita la opinión despectiva de Odofredo hacia los tutores y muestra desorganización de

- 2) Capacidad de la mujer para ser tutora. Para Cino da Pistoia la capacidad de la mujer para ser tutora dependía de tres puntos de vista esbozados en el Digesto, Código y Novelas; los cuales van desde la autorización por rescripto (Digesto) hasta la libre petición de la madre o abuela para ser tutora de sus hijos (Codex y Novelas).⁴²⁸
- 3) Responsabilidad del tutor. Los Glosadores interpretaron que la falta de diligencia del tutor en los negocios y administración de los bienes del pupilo sólo podía acarrearle la remoción si era responsable por culpa lata y culpa levis, más no por la levísima. Los Comentaristas siguieron esta interpretación⁴²⁹.
- 4) Pluralidad de tutores. Bartolo da Sassoferrato se inclinó por la posibilidad de que existan varios tutores, uno que administre el bien y otro que cuide y eduque al pupilo. De lo contrario podría caer la sospecha de que el tutor atentara contra el pupilo, porque si éste muriese, aquél se convertiría en su heredero⁴³⁰.

la tutela. MARGADANT, Guillermo F. op. cit. p.p. 104- y 116 (Odofredo como antimartiniano).

⁴²⁸ BUSI, Emilio. Op. cit. p. 304. Pistoia, Cino da . ad.1.2; C.5, 35, in Auth. "Matri et aviae", n.1" SAVIGNY, Carlo.de .Ibídem. Vol. II. p.p. 597-609, quien elogia la originalidad y talento de la obra de Cino da Pistoia.

⁴²⁹ BUSI, Emilio. Ibídem. p. 305 citando a Rogerio en "Dissensiones dominorum" N° 85, Bartolo, ad. 1.1.2 . C.5.75 que sindicaron al notario como responsable de la acción útil del pupilo, si omitía cualquier obligación . Además, Hugolino especificó la responsabilidad de los tutores y curadores.

⁴³⁰ Tal posibilidad se daría en la tutela dativa o aún en la testamentaria (en caso extremo), pero se tornaría irrelevante en la legítima debido a que todos los parientes agnados del pupilo (con Justiniano se agregan los cognados) tenían derecho y la obligación de ser sus tutores. VÉASE BARTOLO "ad. C.10, D .47" citado y transcrito en BUSSI, Emilio. Ibídem. p. 306. SAVIGNY, F. Carlo de. Ibídem. Ibídem. Vol. II. p. 631-651. PARADISI, Bruno. La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza . EN: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA. Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti per il VI Centenario. Milano. Giuffrè- Editore. 1962.Tomo I. p. 413. Quien nos ayuda a comprender esta interpretación., basándose en el ideal de los Comentaristas de construir un derecho nuevo.

Otro punto era el referido a la división de la responsabilidad de todos los tutores entre quienes se dividió la administración, ya sea por testamento o por decisión del magistrado, pero que luego de un tiempo, la administración quedó concentrada en uno de los tutores por decisión de estos mismos. Pero una vez citado a juicio el tutor encargado de la administración transó la causa y después de ello, se preguntaban los Glosadores, entre los cuales se hallaba Giovanni Bassiano, si los demás tutores podrían ser citados en el juicio. Bassiano se inclinó por considerar que era factible tal posibilidad, puesto que los tutores que no administraron, tienen la facultad de vigilar. Otros inclinaron por la respuesta negativa, tomando por fundamento de sus opiniones el D. 26.7⁴³¹.

- 5) Alienación de los bienes pupilares. Bartolo se pronunció por considerar que la prohibición de enajenar los bienes del pupilo tiene por excepción la urgencia de la alienación. En ello no se aparta del derecho romano⁴³².
- 6) Auctoritas tutoris. Azo⁴³³ mencionó los casos en que se necesitaba la auctoritas del tutor, como era en todo compromiso del pupilo según una obligación originada por el consentimiento; por la comparecencia en un juicio civil o criminal y para confesar o reconocer contra sí. Más ya no la necesitaba cuando hubiese obtenido la venia aetatis y cuando

⁴³¹ BUSI, Emilio. *Ibíd.* p. 306. SAVIGNY, F. Carlo de. *Ibíd.* Vol. III. p.p. 437-438. Se presenta el fragmento donde se encuentra la opinión de Bassiano sobre el tema. En glosa al *Digestum Vetus*. MARGADANT, Guillermo f. *Ibíd.* p. 113.

⁴³² BUSI, Emilio. *Idem.* p. 306.

⁴³³ BUSI, Emilio. *Idem.* p. 307. SAVIGNY, F. Carlo de. *Ibíd.* Vol. II. p.p. 235-259. BELLOMO, Manlio. *La Europa del Derecho Común*. Roma. Il Cigno Galileo Galilei. 1996 p. 182. Quien señala que Azo (o Azzone) no quería involucrar hechos de su tiempo con las instituciones justinianas.

adquiría un bien por tradición simple⁴³⁴. El derecho romano justiniano la estableció para todas las obligaciones que no fueran puras y simples⁴³⁵.

Cino da Pistoia⁴³⁶ distinguió entre contratación con autoridad y contratación sin autoridad para determinar la obligación contraída por el pupilo. Si éste tenía tutor y había contratado con su autoridad, contraía una obligación civil y natural (en cuanto se hiciera más rico), teniendo la posibilidad de rescindirlo si existía lesión. En cambio, cuando no había auctoritas tutoris, era necesario distinguir si era infans minor o infans maior. En el primer caso no se obligaba y en el segundo era menester determinar si lo había hecho con el tutor o con un tercero. Si había contratado con el tutor no se obligaba, pero si lo había hecho con un tercero, surgía una obligación natural⁴³⁷. El pupilo que no tenía tutor no se obligaba civil ni naturalmente.

7)El tutor y el curador en los contratos con cláusulas a favor de tercero. Los Glosadores ampliaron el número de excepciones al principio "*alteri stipulari nemo potest*" al hacer posible que los tutores y curadores pudiesen estipular en beneficio de quienes estaban bajo su cuidado, aunque siguieron fieles a dicho principio.

⁴³⁴ D .26.8.9. No hay cambio alguno en relación al derecho romano, lo que nos indica la influencia de Bulgarus, maestro de Bassiano y éste de Azo. MARGADANT, Guillermo F. *Ibíd.* p.p. 113-114.

⁴³⁵ D .26.8.8. En los contratos condicionales el tutor debía interponer su autoridad en forma pura y simple, con presencia del pupilo.

⁴³⁶ BUSI, Emilio. *Ibíd.* p. 308. Pistoia, Cino da.ad. Rubr. C.8.39.

⁴³⁷ En verdad, aquí CINO DA PISTOIA fue mucho más conservador que el D .26.8.5., donde se estableció una excepción al principio general por él enunciado y que consiste en que es válida la contratación entre tutor y pupilo en el caso de pluralidad de tutores que administran el patrimonio, el pupilo se obliga civilmente con la autoridad de uno de ellos, pero si aún siendo el único tutor, éste contrataba con el pupilo, se aplicaba el principio general (invalidez de contrato entre pupilo y tutor) salvo si el pupilo se hubiese hecho más rico, en donde habría una obligación natural (de parte del pupilo) a expensas del tutor acreedor quien no podía exigir su ejecución judicial, pero durante el gobierno de Antonino Pío se concedió al tutor acción contra el pupilo por haberse hecho rico.

Así en el caso de Azo, que al glosar el fragmento D. 45.179 se adhirió al requisito para aplicación de la excepción al principio “*alteri stipulari nemo potest*”, el cual consistía en la presencia del beneficiario, no obstante insinuó que no era necesaria su presencia cuando se aplicaba el criterio del interés en la actuación del tutor o curador a favor del representado⁴³⁸, y que la intervención de éste podría darse por medio de una acción útil⁴³⁹.

Más audaz fue Martinus al partir de la división entre acciones directas y útiles, otorgando estas últimas al beneficiado con la cláusula⁴⁴⁰, lo cual nos muestra su forma de interpretar las normas del Corpus Iuris de Justiniano sin llegar a la inflexibilidad (como lo hacía Bulgarus y sus seguidores quienes utilizaban la interpretación estricta del mismo cuerpo legal) y tomando como base a la equidad para resolver las controversias jurídicas que se presentaban en contraposición al jurista Azo seguidor de Bulgarus, quien se mostró cauteloso (por razón de ser antimartiniano).

⁴³⁸ ARIAS BONET, Juan Antonio. Estipulaciones a favor de tercero en los Glosadores y en las Partidas. EN: A.H.D.E. Madrid, 1964. Tomo XXXIV. p. 242. Sobre su posición antimartiniana: MARGADANT, Guillermo f. *Ibidem*. p. 104. BESTA, Enrico. Storia del Diritto Italiano. 2da ed. Milano. Dott. A. Giuffré. 1944 Vol. I. Part. II. p.p. 813-814.

⁴³⁹ ARIAS BONET, Juan Antonio. *Op. cit.* T.XXXIV. p. 243.

⁴⁴⁰ ARIAS BONET, Juan Antonio. *Ibidem*. Tomo XXXIV. p. 244. SAVIGNY, F. Carlo de *Ibidem*. Vol. III. p.p. 392-393, en donde puede observarse la glosa de Martinus al Codex. Tit. De pactis. 2.3 (Ms. Par. 4536). MARGADANT, Guillermo F. *Ibidem*. p.p. 102-104, quien afirma que en Martino hay influencia germánica y canónica (citando a Kant). BESTA, Enrico. *Op. cit.* Vol. I. Part. II. p.p. 796-798, alude a dicha controversia, aunque duda sobre la atribución de la *aequitas bussalis* a Martino. Además afirma que Bulgarus no era tan inflexible como se le presenta, ya que reconocía el valor de la ley a los edictos lombardos y carolingios, pero siempre anheló la aplicación exacta de las normas del Corpus Iuris de Justiniano .

CAPÍTULO II

BOCETO DE INTERPRETACIÓN DE LA TUTELA Y CURATELA EN LIMA ENTRE LOS SIGLOS XVI Y XVII

II. 1. La tutela y la curatela en la legislación.

II. 1.1. La legislación española vigente en aquella época (Derecho Castellano): Las Siete Partidas y la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567.

II. 1.1.1. Definición de “guarda” y su relación con los términos “tutela” y “curatela”.

El Código de las Siete Partidas define a la guarda de la siguiente manera⁴⁴¹:

“Tutela tanto quiere dezir en latin, como guarda en romance, que es dada, e otorgada al huerfano libre menor de catorze años, e la huerfana menor de doze años, que non se puede, nin sabe amparar. E tal guarda como esta otorga el derecho a los guardadores sobre las cabezas de los menores, maguer non quieran, o no lo demanden ellos. Pero si pleyto fuesse movido de servidumbre contra algund moço desta edad, bien le puede el Juez dar un guardador, que le ampare la libertad e lo suyo. Otrosi dezimos, que el guardador debe ser dado para la persona del moço e sus bienes, e non debe ser puesto por una cosa, o un pleyto señalado tan solamente”.

La primera parte de la definición de guarda señala que “Tutela tanto quiere dezir en latín, como guarda en romance”. Esta equivalencia supondría una igualdad de significado con la definición de Servio transcrita por Paulo en el Digesto⁴⁴². Existe mayor precisión en las Partidas en cuanto a la condición de los sujetos sobre los cuales recaía. Así se observa cuando menciona “que es dada, e otorgada al huérfano libre”⁴⁴³ en relación con la romana “*in capite libero*”. En efecto según el derecho romano la tutela es una “*vis ac potestas*” (fuerza y potestad) sobre cabeza o

⁴⁴¹ PART. 6.16.1. concordada con PART. 4.16.6 (definición de tutor) y PART. 6.16.13 (definición de guardadores o curadores para mayores de 14 y menores de 25 años, para los locos, desmemoriados y otros casos)

⁴⁴² D. 26.1.1.

⁴⁴³ La capacidad jurídica en el Código de las Siete Partidas estuvo determinada por la libertad y por la religión. Según PART. 4.22.1. "Libertad es poderío que ha todo ome naturalmente de fazer lo que quisiere; sólo que por fuerza o derecho de ley o fuero, non gelo embargue" lo que nos indica su importancia; pero también hallamos que la libertad por sí misma no era suficiente para tener aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, sino que también era necesario ser cristiano para gozar de capacidad jurídica aunque se la concedió para determinados actos jurídicos a los judíos y a los moros. No sucedió lo mismo con los herejes, quienes por desviarse de la fe perdían toda clase de derechos y obligaciones (PART. 7.26.1 y PART. 1.9.32).

sujeto libre, quien no se encuentra bajo la patria potestas (ya fuere por muerte del pater familias o por emancipación del impúber) y ejercida por persona viril o por excepción una mujer. Por otro lado, la tutela era aplicable a cualquier menor libre que careciera de tutor. Por este motivo la tutela era otorgada para el huérfano de padre y que fuera impúber; pero hay que tener presente que la tutela justiniana era en sí un oficio público y no una potestad como en el antiguo derecho romano, pese a la definición dada en el Digesto. Sin embargo ello no fue obstáculo para que fuera incluida según esa concepción por el Código de las Siete Partidas que prescribió su aplicación a “menor de catorze años, e la huerfana menor de doze años, que non se puede, nin sabe amparar”, edades que si bien no aparecen en la definición serviana son aludidas en diversos fragmentos del Digesto, del Código, Instituciones y Novelas y que en el Código Castellano fueron señaladas para tornar más preciso lo que se entendía por guarda. Además se advierte que el Código de las Siete Partidas mejora lo enunciado por Servio como “*ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit*” ya que aquel señaló la imposibilidad física e intelectual de ejercer sus derechos sea en el ámbito judicial como en el ajeno a éste. El término “*sponte*” que aparece en el Digesto, mas no en las Instituciones de Justiniano⁴⁴⁴ y que significa “espontáneamente” se deja de lado en las Partidas porque no señala con propiedad la incapacidad del impúber, lo que era muy importante expresar. De allí mismo se añade que “E tal guarda como esta otorga el derecho a los guardadores sobre las cabezas de los menores, maguer non quieran, o no lo demanden ellos” lo cual manifiesta la potestad tutelar que se encuentra en la definición serviana, pero cabe la duda de si al igual que en ésta, también dicha

⁴⁴⁴ INST. 1.13.1.

BRENA SESMA, Ingrid. La tutela de menores. Transformación de una potestad familiar. En: Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo. Madrid. T. II. Vol. II. p. 226. La autora señala que las Partidas reflejan la legislación justiniana; lo que para nosotros es relativo, por la ausencia de instituciones como la protutela y la pluralidad de acciones para la protección del menor, entre otras cosas. De igual manera que Brena, opina BENEYTO, Juan. *Ibidem*. Vol. I. 152. y MINGUIJÓN, Salvador. *Idem*. p. 130.

potestad era más que un simple término en el Código Castellano o uno con la debida correspondencia en la realidad social. Nosotros opinamos que se trataba de un cargo u oficio público al igual que en el Digesto; pero a diferencia de éste, la potestad tutelar de las Partidas era un derecho inherente al oficio de guardador y no la misma guarda, lo que no sucede en la definición romana del Digesto que identifica la tutela con la “*vis ac potestas*” (fuerza y potestad). Prueba de ello es la parte de la definición castellana que señala que la guarda “otorga el derecho a los guardadores”, lo que indica la atribución y no la naturaleza de la institución. Hay un cambio frente a la definición serviana y no es sólo de palabras, también lo es de contenido. Aunque podría argumentarse en la parte que se refiere a “sobre las cabezas de los menores, maguer non quieran o non lo demanden ellos” manifiesta la “*vis ac potestas*” romana porque se refiere a una imposición sobre la voluntad del pupilo; ello no desmerecería la conclusión expuesta por nosotros debido a la ausencia de términos que identifiquen a la guarda con el derecho o potestad del tutor sobre el pupilo. Entonces, en vista de estas consideraciones opinamos que la guarda es un cargo u oficio público según el Código de las Siete Partidas. Esto se encuentra sustentado en el mismo texto jurídico castellano⁴⁴⁵ al regular sobre la alzada y prescribía que ella no procedía contra el mandamiento del juez o de quien lo eligió guardador de huérfanos, loco, desmemoriado o desgastador de lo suyo, la cual sólo se daba para excusarse del cargo, deslinde sutil, pero importante por denotar que la guarda no era un derecho o potestad, sino un oficio público del cual no podía librarse la persona elegida como tutor de otra manera que no fuera por excusa derecha y ésta como hemos visto en el derecho romano sólo se aplicó bajo el régimen de los oficios públicos más no a los derechos, como en el caso de la tutela, ella era un derecho disponible en el derecho romano antiguo que luego se transformó

⁴⁴⁵ PART. 3.23.8. Podemos agregar: PART. 6.16.21 y PART. 5.13.33 los cuales mencionan que la guarda es un oficio. Al principio que adoptan las Partidas se denomina de autoridad. Véase: BRENA SESMA, Ingrid. Op. cit. T. II. p. 226 y BENEYTO, Juan. *Ibidem*. Vol. I. p. 152.

por razón del interés social en oficio con deberes y derechos surgidos de aquél.

El objeto de la guarda estaba consignado en la definición castellana en donde se dice “que el guardador deve ser dado para la persona del moço e sus bienes e non deve ser puesto por una cosa, o un pleyto señalado tan solamente”. Lo anterior tiene correspondencia con la definición serviana del Digesto, al indicar “*ad tuendum eum*” (para proteger al que...) y así expresa que el objeto de la tutela es la protección de la persona menor de edad e impúber, pero la finalidad de la institución no se restringe sólo al pupilo, sino que abarca a sus bienes. Esto se advierte en diversos fragmentos del Digesto⁴⁴⁶ y del Corpus Iuris⁴⁴⁷. En cuanto a las Partidas, la guarda manifiesta su finalidad protectora al poder ser otorgada por el juez al pupilo que litigara para defender su libertad cuestionada, lo cual encontramos también en D. 26.5.17, con términos muy similares.

Otro punto que la citada parte de la definición castellana trae a colación, es aquella referente a la división entre guarda de huérfanos menores de doce o catorce años (para mujeres y varones respectivamente) y la guarda de huérfanos mayores de catorce pero menores de veinticinco años, además de la que corresponde al loco, al desmemoriado y desgastador de lo suyo; todo ello para analizar la relación mutua entre las especies de guarda y ésta como institución genérica frente a la tutela y curatela romanas.

⁴⁴⁶ D .26.1.6.1 (la caución es obligatoria para los tutores cuando lo determina el presidente, con el fin de conservar los bienes del menor); D .26.1.6.4 (nombramiento de curador para que administre los bienes del pupilo cuyo tutor está en poder de los enemigos); D .26.1.9 (se castiga en la vía extraordinaria a los que participaran en algún fraude contra el patrimonio pupilar); D .26.1.13 (cuando existiese mala salud o edad senil en el tutor, se puede nombrar curador para los bienes del pupilo); D .26.7.33 (a los tutores y a los curadores se les exige diligencia y buena fe en la administración de los bienes pupilares).

⁴⁴⁷ C.5.37.16 (los tutores no tienen facultad para enajenar por todo título los bienes del pupilo; sólo por título oneroso con previa autorización del magistrado); INST. 1.24.3 (el magistrado puede constreñir a dar fianza) y NOV. 82 (Epílogo) entre otros.

El Código de las Siete Partidas definía la guarda para los casos nombrados de la siguiente manera⁴⁴⁸:

“Curadores son llamados en latín, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos, o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, si non quisieren. Fueras ende, si fiziessen demanda a alguno en juyzio, o otro la fiziesses a ellos. Ca entonce los Judgadores les pueden dar tales guardadores como estos. Otrosi dezimos, que el curador non debe ser dexado en el testamento, pero si fuere y puesto, e el Judgador entendiere que es a pro del moço, devalo

⁴⁴⁸ PART. 6.16.13.

Véase: SEOANE, María. La guarda de los huérfanos en el siglo XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino). Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1980. Vol. VI. p.p. 414-421. Sobre La división entre tutela y curatela en el derecho romano tenemos la posición de VISSCHER, Fernand. "Potestas" et "cura". En: Visscher, Ferdinand. Etudes de Droit Romain. París. Libraire du Recueil Sirey. 1931. p.p. 7-19, quien sostiene que la tutela era para incapaces normales y la curatela para los incapaces accidentales frente a la posición defendida por PERNICE, WLASSAK, FERRINI Y SOHN, que alegan como diferencia esencial entre ambas a la auctoritas interpositio (tutela) y a la gestio (curatela). Dichas teorías son parciales porque no existe característica esencial que las diferencie, sino que varias particularidades se dan entre la tutela y curatela como lo hemos explicado en la parte correspondiente. De igual forma ocurría con las diversas clases de guarda. ALBERTARIO, Emilio. Iuvenis (contributo allo studio della terminología postclásica e bizantina in tema di minore età). En: Albertario, Emilio. Studi di Diritto Romano. Milano. Dott. A. Giuffré. 1933. T.I; p.p. 515-522. Sostiene que el término "iuvenis" significaba para los romanos la etapa que se encuentra entre la adolescencia y la senectus; en el lenguaje bizantino indica al menor de veinticinco años y al pupilo (menor de catorce años) como partes de una misma etapa o cada uno de ellos por separado, lo cual se comprende, según el autor, por el desconocimiento de los bizantinos del término técnico romano de "iuventus" y de "iuvenis", así como también se debe a la fusión sustancial de los dos institutos (tutela y curatela de los menores). Nosotros opinamos que esta fusión no llegó a concretarse por las diferencias anotadas en el desarrollo de la tesis, entre ellas, el consentimiento y la edad del sometido a tutela o curatela .

confirmar. E aun dezimos, que el huerfano que ha guardador, non le deven dar otro. Fuera ende, si aquel que lo tiene en guarda, fuesse ome de mal recabdo; o tal, que oviesse de ver tanto en lo suyo que no pudiese aliñar los bienes del huerfano; o si enfermasse, o oviesse de yr en romeria, o en otro algund camino. Ca entonce, puedenle dar otro guardador que lo guarde en lugar de aquel, a quien dizen en latin Curator, fasta que el otro sea sano, o torne del camino do oviesse ydo”.

La definición comienza con establecer que “curadores son llamados en latín, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo”. Esta parte nos vuelve a mostrar la igualdad de significado, pero ahora se refiere a la que existe entre la curatela romana (justiniana) y la guarda de los mayores de catorce pero menores de veinticinco años. En el Corpus Iuris Civilis y en el Código de las Siete Partidas se considera a la curatela y a su similar castellana como oficios públicos, lo cual no indica la ausencia de particularidades en la última. En efecto, las semejanzas entre ambas son muy grandes para ser subestimadas, ya que el punto divergente se halla en consentimiento del menor para ser colocado bajo la responsabilidad de ser guardador de menores de veinticinco años. Las Partidas permitieron que el menor de dicha edad pudiera elegir (si quisiere) un guardador con el sólo impedimento de que rehusa a solicitarlo para un pleito. La condición para ejercer aquella facultad es “seyendo en su acuerdo” que significa tener voluntad de permitirlo, cuyo presupuesto es el discernimiento. Esto no sucede con la curatela romana del Corpus Iuris Civilis para los menores de veinticinco años en donde es irrelevante la voluntad del pupilo para ser regido por un curador, por ser de carácter obligatorio salvo que utilizara la *venia aetatis* y ésto siempre dentro de cierta edad⁴⁴⁹. Este carácter la convirtió en accesorio frente a la guarda de huérfanos menores de 12 a 14 años, relación que se mantiene en atención a las diferentes necesidades de los menores⁴⁵⁰, tanto es así que el mismo guardador que los protegió cuando eran impúberes

⁴⁴⁹ C. 2.44.1 a 4.

⁴⁵⁰ PART. 6.16.13.

podía permanecer en el cargo, para lo cual sólo variaba la denominación a “guardador de menor de veinticinco años pero mayor de catorce”. La esencia de ambas instituciones era la misma, es decir, tenían igual naturaleza y objeto, pero lo que las diferencia sería la función o interacción del guardador del menor y ellos frente a terceros, lo que también ocurría con la tutela y la curatela para menores de veinticinco años en el derecho romano justiniano. La tendencia era la unificación de ambas instituciones en el *Corpus Iuris Civilis*, tanto por lo ya expresado como el régimen de excusas e incompatibilidades para ejercer el oficio, así como su manifiesta relación mútua en los preceptos jurídicos de la *Compilación de Justiniano*⁴⁵¹. El Código de las Siete Partidas se hallaba orientado a la regulación más detallada en favor de los huérfanos menores de catorce y doce años que a los menores de veinticinco años, a los cuales destinaba una ley que los incluía dentro del sistema de protección propio de aquéllos⁴⁵². Sin embargo, el Código castellano no desarrolló con prolijidad la similitud y relaciones entre las dos clases de guarda.

Respecto a la guarda de locos, desmemoriados y desgastadores de lo suyo, sucedía algo similar a la guarda de los menores de veinticinco pero mayores de catorce años, aunque las normas destinadas a la protección de los primeros son escasas frente a los segundos. La diferencia se debía a la política adoptada por los monarcas castellanos en beneficio de los huérfanos⁴⁵³ lo que no quiere decir el abandono de las personas que padecían locura, falta

⁴⁵¹ D .27.1.1 (contenido del libro de MODESTINO sobre las excusas para la tutela y curatela); D .271.1.4 (nombramiento excepcional de tutores y curadores ingenuos para libertinos); D .27.1.2.2 (la multitud de hijos exime de la tutela y curatela); D .27.1.2.9 (puede excusarse quien tenga más de tres tutelas o curatelas, separadas o conjuntas) entre otros preceptos que citamos como ejemplos.

⁴⁵² PART. 6.18.4 (las razones y sospechas para remover al guardador de huérfano impúber se aplican también a los guardadores de menores de veinticinco años); PART.3.22.12 (nulidad del juicio que fue dado contra menores de veinticinco años u otros incapaces que no tuviesen guardador); PART. 5.14.4 (forma de pagar a los incapaces de ejercicio) y otras normas.

⁴⁵³ PART. 3.23.20 (El rey debe juzgar enalzada los pleitos de viudas y huérfanos).

de memoria aguda o que estuvieran inmersas en la prodigalidad. A ellos se les otorgó un sistema de protección basado en normas prohibitivas o restrictivas de derechos así como también por reiteradas causales de nulidad en el proceso y la inexistencia de responsabilidad al dar falso testimonio y la posibilidad de la aplicación por analogía de los beneficios concedidos a los huérfanos⁴⁵⁴. En cambio, los huérfanos no sólo contaban con los mencionados privilegios, también tenían la “entrega” o “*restitutio in integrum*”⁴⁵⁵ que les protegía de los engaños y perjuicios producidos por una sentencia (o “juyzio” según la terminología del Código Castellano) en contra de los menores de veinticinco años. Pese a las diferencias citadas, podemos hallar marcadas características comunes que las identifican y las concentran en la guarda genérica que vendría a ser su origen en contradicción con la tutela y curatela romanas de la Compilación de Justiniano, las cuales habían tenido orígenes diferentes con desarrollo paralelo y que en virtud al Corpus Iuris Civilis adquirieron su parcial identificación, lo que no pudo concretarse en esa ulterior unificación por causas aún ignotas.

El Código de las Siete Partidas nos revela una institución unificada, pero con tendencia a la diferenciación de las clases o manifestaciones de la misma debido a la política del Rey Alfonso X por introducir al derecho romano en el derecho hispánico de su

⁴⁵⁴ PART.3.5.5 (los locos y desmemoriados no pueden ser personeros); PART. 3.6.6 (el juez debe dar bozero [vocero] a las personas cuidadas; PART. 3.6.5 (no pueden ser bozeron los desmemoriados y locos u otros que estén en guarda); PART. 3.11.2 (para la jura, el loco, el desmemoriado y el desgastador necesitan el otorgamiento de su guardador para que sea válida), PART. 3.11.7 (los incapaces de ejercer sus derechos por no ser de su edad o por ser locos, desmemoriados o desgastadores no son penados si dicen mentiras en la jura); PART. 3.11.18 (el pleito no acaba por jura, si quien la dio o recibió era guardador o persona de poco seso); PART. 3.22.12 (el juicio no vale si es dado contra menor de 25 años, loco o desmemoriado sin guardador) y PART. 7.34.36 (se puede juzgar un caso no previsto en base a uno previsto por la ley).

⁴⁵⁵ PART. 6.19.1 (Definición de "entrega"), PART.6.19.2 (puede reclamar entrega el menor de 25 años); PART. 3.25.1 (definición de restitución); PART. 3.25.2 (pueden demandar restitución los guardadores de huérfanos y sus personeros).

tiempo de acuerdo a la influencia ejercida por el Derecho Común europeo frente a la posición adoptada por el Liber Iudiciorum y su traducción en romance, el Fuero Juzgo, que representaban a la unidad de la guarda. De esa manera se recepcionaron elementos jurídicos justinianos (ya mencionados en el lugar correspondiente), que le dieron a las Partidas la orientación del Corpus Iuris Civilis en esta materia⁴⁵⁶, aunque se decidió conservar

⁴⁵⁶ Sobre la recepción del Derecho Común en España y sobre todo en Castilla (su influencia en la guarda hispánica): GARCÍA GALLO, Alfonso. El "Libro de las leyes" de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas. EN: A.H.D.E. Madrid. T.XXI-XXII, 1951-52. p.p. 345-528, que si bien no se refiere a la guarda, nos brinda importantes datos sobre la redacción de las Partidas y la política de Alfonso X. ARIAS BONET, Juan Antonio. *Ibidem*. T. XXXIV, p.p. 236-564, esencial para comprender el fenómeno jurídico de la Recepción. GARCÍA Y GARCÍA, Antonio. Las anotaciones de Elio Antonio de Nebrija a las Pandectas. EN: A.H.D.E. Madrid. T.XXXV, 1965. p.p. 557-564, a través del cual se aprecia la influencia y cultura romanistas en los autores españoles, sobre todo en Nebrija y su crítica a Accursio, aunque aquél trata de rectificar los textos justinianos al emplear el método filológico e histórico con el fin de rescatar al derecho romano clásico. Nebrija representó la reacción al Derecho Común de los Glosadores, porque no colocaron a los autores clásicos (jurisconsultos) en su verdadera dimensión histórica, sino que los ubicaron en una realidad política y social diferente. ARIAS BONET, Juan Antonio. Manuscritos de las Partidas en la Real Colegiata de San Isidoro de León. EN: A.H.D.E. Madrid. T.XXXV. 1965. p.p. 565-568, quien nos ilustra sobre las variantes que existen en los diversos manuscritos de las Partidas que se encuentran el referido lugar. RIAZA, Román. Las Partidas y los "Libri Feudorum". EN: A.H.D.E. Madrid. T.X, 1933.p.p. 5-18, donde se estudia las relaciones entre ambos textos jurídicos, sobre todo con Part. 4.26.6., que trata de la sucesión en los feudos y que señala que los locos, los mudos o los ciegos no los heredarían, lo cual guarda concordancia con la versión vulgata Libri Feudorum. 2.36; Libri Feudorum..2.26.6 y muestra la influencia del derecho feudal italiano en el derecho hispánico de las Partidas. GARCÍA, Humberto. Las Siete Partidas . Su Séptimo Centenario. EN: Boletín del Instituto de Derecho Comparado. Quito. T.XIII. 1er semestre. 1964. Nº13, p.p. 9-28, quien narra la historia de la formación y aplicación del Código alfonsino. BENEYTO, Juan. Historia de la administración española e hispanoamericana. Madrid. Aguilar. 1958.p.p. 212 y ss. Afirma que las Partidas estuvieron influidas por la Glosa, la tradición isidoriana y visigótica en lo que concierne a la institución real y judicial. GROSSI, Paolo. El Ordenamiento jurídico medieval. Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1996. 256p. Referido a la situación jurídica medieval, aunque no hace mención a nuestro tema en forma

ciertas normas básicas⁴⁵⁷ que sirvieran en común a todas las clases de guarda a pesar de encontrarse dispersas, sobre todo en la Tercera Partida, lo que no sucede en el Corpus Iuris Civilis en donde las normas relativas a la tutela y curatela se hallan reunidas en Libros y Títulos específicos, las cuales fuera de dichas partes se encuentran pocas veces y cuando esto sucede en muchas ocasiones se repiten en relación a las que están en los Libros XXVI y XXVII del Digesto por ejemplo, con sus respectivos Títulos, así como otras varían o agregan poco a lo ya conocido⁴⁵⁸. En forma similar, las

pormenorizada, es importante por el estudio de las influencias de la Iglesia, derecho romano y costumbres sobre diversos temas, sobre todo la evolución favorable frente a los contratos en beneficio de terceros en la práctica notarial (p. 247). PÉREZ-PRENDES-MUÑOZ-ARRACO, José y AZCÁRRAGA SERVET, Joaquín. Lecciones de Historia del Derecho Español. 3ra ed. rev. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 1997 p. 653, sobre la tutela y p. 995 acerca de la guarda en el Derecho Común. GACTO, Enrique y otros. Manual Básico de Historia del Derecho. Madrid. Laxes, S.L. Fotocomposición. Ediciones. 1997.p.p. 155-212 sobre la Recepción y fuentes jurídicas. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho Español. 4ed. Madrid. Tecnos S.A. 1995. p.p. 180-204 y p. 237, sobre la Recepción y las Partidas y otros textos jurídicos. MARGADANT, Guillermo F. *Ibidem*. p.p. 217-226. BELLOMO, Manlio. *Op. cit.* p.p. 106-110. CERDÁ, Joaquín. La "Margarita de los Pleitos" de Fernando Martínez de Zamora. Texto procesal del siglo XIII. EN: A.H.D.E. Madrid. T.XX. 1950. p.p. 634--738, el cual nos ayuda a conocer la relación entre diversos textos jurídicos referentes al proceso del Derecho Común, así como la posición de los menores en el mismo. PRIETO BANCES, R. Jacobo Cujas y el Escorial. EN: A.H.D.E. Madrid. T. XIX. 1948-49 .p.p. 575-583, que trata sobre la influencia de Cujas en España y los cuidados de los funcionarios reales enviados por Felipe II, de proveer a la Biblioteca de El Escorial de ejemplares de sus obras, una vez conocido su fallecimiento.

⁴⁵⁷ PART. 3.2.35 (el nombramiento de guardadores se da aún en días feriados); PART. 3.4.18 (los jueces ordinarios no pueden delegar las causas de dación de guardadores para huérfanos y otros salvo ciertos casos); PART. 3.23.8 (el guardador puede alzarse contra la denegación de la petición de excusa hasta 50 días) y PART. 618.4 8 (las razones y sospechas para remover al guardador de huérfano impúber, se aplican también al guardador de menores de 25 años).

⁴⁵⁸ Entre los que agregan y completan se encuentran las siguientes disposiciones. C. 1.39.1 (facultades del pretor para vigilar y nombrar tutores y curadores); C.3.21.1 8(lugar donde debe rendirse cuentas de la tutela); C.3.14.1 (el emperador debe conocer las causas entre pupilos, viudas u otras personas

normas que tornan singulares a las clases de guarda también se encuentran difundidas por todo el Código de las Siete Partidas y muy pocas en las Sexta Partida, con sus respectivos títulos que hacen referencia a la guarda⁴⁵⁹. La guarda para pleyto siguió en su posición tradicional y eventual frente a las demás clases de guarda. Orientada a la defensa del menor en el proceso no constituía una institución de protección general, es decir, una con numerosos deberes y derechos que permitiera el desenvolvimiento del guardador en toda circunstancia ya fuera en el ámbito judicial o el extra judicial para proteger al huérfano y a sus bienes, así como para lograr la misma finalidad en relación al loco, al desmemoriado o al desgastador de lo suyo. Sin embargo, conservó la misma naturaleza que otras guardas (fue un oficio público) y tuvo la función de proteger al menor y a sus bienes en un ámbito reducido cual era el pleito (o proceso), última característica que la distancia de otras clases que eran genéricas. Las leyes que hacen referencia a ella en las Partidas, son deducidas (excepto una ley) por la misma función que tuvo guardador y no porque se encuentran en forma expresa⁴⁶⁰.

miserables si hubiere contra ellos demanda o defensa de persona poderosa); y D .20.3.1 (el pupilo no puede dar hipoteca sin autoridad del tutor).

⁴⁵⁹ PART. 3.29.2 (el huérfano puede ganar por tiempo las cosas ajenas. El loco y el desmemoriado no pueden ejercer este derecho, ni por guardador); PART. 5.10.1 (no pueden hacer compañía los locos, desmemoriados ni menores de 14 años. El menor de 25 años pueden pedir su exclusión); PART. 4.26.6 (no hereda el feudo el enfermo); PART. 6.19.1 (definición de entrega o restitución por entero).

⁴⁶⁰ La excepción a este conjunto de leyes lo constituye PART. 6.16.13 donde se menciona a la guarda para pleito como obligatoria para el menor de veinticinco años que no tuviera guardador. En cambio, forman parte de dicho conjunto: PART. 3.2.7 (casos en que el menor puede entrar en juicio sin guardador); PART. 3.2.35 (nombramiento de guardadores en días feriados); PART. 3.7.2 (se debe emplazar a los guardadores), PART. 3.11.9 (el guardador de huérfano puede dar jura); PART. 3.11.17 (la jura que hace el guardador sólo aprovecha al huérfano); PART. 3.11.24 (los guardadores de huérfano pueden hacer juramento de calumnia); PART. 3.13.1 (el guardador autoriza al huérfano para hacer conciencia); PART. 3.16.20 (los guardadores no pueden ser testigos en los pleitos donde demandan o defienden), PART. 3.23.2 (los guardadores de huérfano pueden alzarse) entre otras leyes.

En conclusión de lo anterior, podemos afirmar que pese a la diferencia mencionada, la guarda para pleito perteneció a la misma esencia de los otros tipos de guarda y siguió los principios romano-justinianos para la *cura ad litem*, así como su carácter casuístico que fue mucho más notorio que en el resto por destinarse sólo una norma y al depender más de las leyes pertenecientes a las demás clases que a ella misma, por lo que es muy posible que para cada caso judicial se plantearan nuevas soluciones respecto al desempeño del guardador para pleito⁴⁶¹. El casuismo judicial tal vez coadyuvó a la identificación o diferenciación de las clases de guarda según las circunstancias y su presencia se corrobora por la relativa escasez de normas singulares para cada una de aquéllas (las leyes destinadas para la guarda de huérfanos son más numerosas que las destinadas a la guarda de loco, desmemoriado, desgastador de lo suyo y guarda para pleito, que se caracterizan por su especificidad). Esta posibilidad se halla fundamentada en las Partidas, puesto que permitieron la utilización de la analogía cuando no había ley aplicable al caso⁴⁶² siempre y cuando existiese la misma utilidad y razón (nos referimos al ámbito judicial de Castilla entre los siglos XIII y XVI, por lo que no contamos con causas tramitadas en aquella durante ese tiempo).

Con posterioridad a las Partidas, la legislación castellana ofrece pocas variaciones respecto a la guarda. Ello se concluye de observar las disposiciones dadas en el ordenamiento de Alcalá⁴⁶³, Leyes de Toro⁴⁶⁴ y la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de

⁴⁶¹ PART. 3.2.35 (nombramiento de guardadores en días feriados); PART.3.4.18 (las causas de dación de guardadores no son delegables por los jueces ordinarios, salvo ciertos casos); PART. 3.23.8 (alzada por la denegación de excusa por el guardador), PART. 6.16.12 (jueces competentes para dar guardador); PART. 6.16.13 (guardadores o curadores); PART. 6.16.14 (personas que no pueden ser guardadoras de otra); PART. 6.17.2 (razones para excusarse de la guarda); PART. 6.18.1 (razones para ser retirados del cargo de guardador); y PART. 3.18.94 (carta de guarda).

⁴⁶² PART. 7.34.36.

⁴⁶³ ORD. ALC. 28.1 (que permite la aplicación supletoria de las Partidas después del Ord. Alc. y de los Fueros)

⁴⁶⁴ L. DE TORO. 1 (aplicación supletoria de las Partidas después de las L. De Toro y de los Fueros, estos en segundo lugar).

1567⁴⁶⁵ en donde se reguló la guarda en forma complementaria precisándose lo ya establecido por el Código alfonsino, como veremos más adelante.

Respecto al Fuero Real, las Partidas denotan mayor grado de influencia romano-justiniana y también una mayor restricción para los sometidos a guarda, puesto que el primero de los textos legales citados permitía que el guardador tuviese por lo menos veinte años cumplidos para ejercer el oficio⁴⁶⁶ y la retención por el guardador del diezmo de los frutos por razón de su trabajo⁴⁶⁷, lo que no se aprecia en el segundo.

La Nueva Recopilación de Leyes de Castilla del año 1567⁴⁶⁸ como ya habíamos señalado, no contiene definición alguna sobre la guarda, aunque las normas que hacen referencia a ella nos permiten conocer la concepción y orientación de la institución protectora. En efecto, cuando observamos. N. Recop. Cast. 2.5.14 que prescribía:

“Mandamos, que quando quiera que en nuestras Audiencias se pidiere por parte de algun Grande tutor o curador para su persona y bienes, ó para litigar, nuestro Presidente y Oidores de las dichas

⁴⁶⁵ N. RECOP. CAST. 2.5.14 (al Rey le compete otorgar tutores o curadores a los Grandes de España en forma exclusiva) y N.RECOP. CAST. 5.11.23 (los tutores o albaceas no pueden comprar los bienes de los menores y de los difuntos).

⁴⁶⁶ F.R.3.7.1 (edad para ser guardador).

⁴⁶⁷ F.R. 3.7.2 (nombramiento de guardador).

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ, Galo. Op. cit. p.p. 150-151, quien hizo una crítica adversa a la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, basada en la queja de las Cortes del siglo XVI sobre su inobservancia. TOMÁS Y VALIENTE. Op. cit. p.p. 268-270, coincidió en parte con el anterior autor respecto a los inconvenientes que presentó (se ha dicho de ella que era "sumamente defectuosa" y que estaba "sembrada de anacronismos" y "plagada de errores"), sin embargo señaló que fue muy útil para la aplicación del derecho vigente. Además mencionó que lo más perjudicial era la mutilación o fusión de textos legales diferentes en la Recopilación, lo que constituía una fuente de inagotables errores, unida a la acumulación de leyes, hizo posible que fracasara el intento. Según el autor, esto era una característica técnica propia de Castilla.

nuestras Audiencias lo remitan á nuestras Personas Reales, pues aquello es á Nos de proveer y cumple así á nuestro servicio”.

De lo que se deduce la influencia del derecho romano justiniano en el empleo de los términos “tutor o curador” los cuales han desplazado por completo al de “guarda”. Lo anterior se comprende por la procedencia de la norma, que fue dada por los Reyes Católicos en Sevilla, el 10 de enero de 1502, fecha que nos indica el punto tal vez más elevado que alcanzó en España el Derecho Común europeo, compuesto por los derechos canónico y romano justiniano. Este en particular se manifestó por aquella época con mucho rigor, al punto de constituirse por medio de las opiniones de Bartolo y Baldo como derecho aplicable en caso de inexistencia de ley⁴⁶⁹ por medio de la Ordenanza de Madrid de 1499, que sería derogada por las Leyes de Toro⁴⁷⁰ en 1505. Sin embargo, la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla es un texto jurídico de concepciones contradictorias, dado su carácter casuístico, como puede verse en N. Recop. Cast. 5.11.23 que señala:

“Todo hombre que es cabezalero, o guarda de huérfanos, ó otro hombre ó muger qualquier que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la comprare pública ó secretamente, pudiendose probar la compra que así fue fecha, no vala, y sea defecha y torne el quatro tanto de lo que valia lo que compro, y sea para nuestra Cámara”.

Dicha disposición proviene de la época de Alfonso XI (1312 - 1350) y Enrique III (1390-1406) según la referencia que nos da el encabezamiento de la norma que comentamos. Aunque puede apreciarse la distancia en el tiempo que existe entre ambos monarcas, no es de extrañarse la fuerte influencia de las Siete Partidas sobre lo regulado para la guarda. Un ejemplo notable de este influjo es el Ordenamiento de Alcalá (1348) que en forma

⁴⁶⁹ MARGADANT, Guillermo F. *Ibidem* p. 220 y SÁNCHEZ, Galo. p. 150.

⁴⁷⁰ L. DE TORO.1.

indubitable consideró a las Partidas como derecho supletorio del Reino Castellano, dado durante el reinado de Alfonso XI y cuya política no difiere en esencia de la que ejerció Enrique III a nivel interno del Reino. Dada la coincidencia de ambas políticas, el recopilador optó por unir los textos de las disposiciones de dichos monarcas en uno sólo.

En vista de lo relatado, es menester pronunciarnos por la relación entre los términos “guarda”, “tutela” y “curatela”, los que dentro de la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla sugieren aparente antagonismo no sólo por el idioma, sino que pareciera extenderse al contenido de la guarda hispánica. Esta había dejado de ser aquella potestad familiar que estudiamos en el *Liber Iudiciorum* y en el Fuero Juzgo, impregnada de matices romanos de procedencia clásica (aunque insignificantes para determinar la influencia del derecho romano clásico en ella) para asemejarse a la diseñada por el Corpus Iuris Civilis y recogida en las Partidas con variaciones que nos impiden calificarla como una simple recepción sin mérito, puesto que la guarda del Código alfonsino perfecciona y adapta el modelo justiniano a la realidad castellana de tal manera que lo torna flexible a los cambios motivados por la necesidad jurídica y social del futuro. Dicha concepción trascendió a la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, permitiendo que sea el casuismo legal o el judicial los que determinen su configuración definitiva.

Para finalizar esta parte, ofrecemos, las siguientes conclusiones:

- 1) La guarda en cualquiera de sus clases, era considerada en el Código de las Siete Partidas como un oficio público al igual que en el Corpus Iuris Civilis, salvo en la definición de tutela que hallamos en el Digesto y en la Instituta de Justiniano.
- 2) La guarda castellana regulada en las Partidas (al margen de cualquiera de sus clases) era una institución basada en los caracteres romano-justinianos de la tutela y curatela, pero con pocas particularidades propias de la tradición germano-hispánica que ubicamos en el *Liber Iudiciorum* y Fuero Juzgo

(en éste, denominación “guarda”, idoneidad para ser guardador e inventario de bienes).

- 3) Al compararse el Corpus Iuris Civilis con el Código de las Siete Partidas se observó que en el primero existe mayor relación entre la tutela y la curatela debido a que su interdependencia se encuentra expresada en las normas, lo que no sucede en el Código Castellano que reguló con menos detalle a las clases de guarda y con posibilidad de relacionarlas mediante la aplicación de la analogía por el juez siempre fuera por la misma razón y utilidad.
- 4) La Nueva Recopilación de Leyes de Castilla al señalar como derecho supletorio al Código de las Siete Partidas, se aunó a la orientación determinada por éste respecto a la guarda (N. Recop. Cast. 2.1.3 que transcribe el orden de prelación para aplicación de las leyes del Ordenamiento de Alcalá).
- 5) Las Partidas y la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla no contemplaron el caso del protutor o falso tutor.

II. 1.1.2. Clases de guarda.

El estudio de la guarda hispánica debe realizarse de acuerdo a la técnica legislativa adoptada por el Código de las Siete Partidas debido al carácter histórico - jurídico de la investigación que exige fidelidad en la descripción de las instituciones, así como objetividad en el juicio que se emitirá sobre las mismas. A esta razón es menester agregar la importancia que emerge de ceñirse al orden o sistemática de las Partidas que al tener una posición privilegiada frente a los demás textos legales castellanos anteriores o posteriores a dicho Código, posibilita nuestro cometido de comprender la esencia de la guarda y su relación con sus diversas clases.

II.1.1.2.1. La guarda de huérfanos menores de catorce o doce años.

II.1.1.2.1.1. Constitución. Se constituía sobre el huérfano impúber y libre, esto es, menor de catorce años para el hombre y doce para el caso de la mujer⁴⁷¹

II.1.1.2.1.2. Condiciones para ser guardador. Eran las siguientes de acuerdo al Código de las Siete Partidas⁴⁷²

1. No debía ser mudo⁴⁷³.
2. No debía ser sordo⁴⁷⁴.
3. No debía ser desmemoriado⁴⁷⁵.
4. No debía ser desgastador⁴⁷⁶.
5. No debía ser de malas maneras⁴⁷⁷.
6. Ser mayor de veinticinco años⁴⁷⁸.
7. Ser varón, salvo si fuese la madre o la abuela de los sometidos a guarda. En tales casos debía la mujer jurar ante el Rey o Juez del lugar donde estuvieren los huérfanos que no se casaría mientras estuvieren en guarda, así como renunciar a la defensa que tenían las mujeres para no obligarse a otro. La finalidad era evitar la paralización de las transacciones comerciales y civiles en beneficio de los menores. Por otra parte, se encontraba el interés por proteger a los huérfanos en

⁴⁷¹ PART.6.16.1.

⁴⁷² PART. 6.16.4. y PART. 6.16.5.

⁴⁷³ D .26.1.1.2 (el mudo no puede ser tutor por no poder dar autoridad).

⁴⁷⁴ D .26.1.1.3 (el tutor "debe oír y hablar") En C.5.67 (68). 1. Se prescribía que los mudos, sordos, furiosos u otros enfermos perpetuos podían excusarse de la tutela o curatela.

⁴⁷⁵ No hay referencias, pero puede ser considerado en C.5.67 (68).1.

⁴⁷⁶ Por el mismo hecho de estar interdictado o tener mala administración. Para el C.5.70.1 a partir de la edad legal se les daba curador.

⁴⁷⁷ Era causal de remoción en D . 26.10.8.

⁴⁷⁸ D .26.1.3.1 (se hace una referencia a la edad legítima o veinticinco años). En C.5.30.5 se encuentra la Constitución de Justiniano que determina dicha edad en veinticinco años.

los aspectos afectivo y patrimonial frente al descuido de la madre cuando contrajera nuevo matrimonio. En el supuesto que ello ocurriera, el juez del lugar debía recoger a los huérfanos y entregarlos al pariente más cercano que fuere hombre bueno y sin sospecha, que no sea hombre defendido por las leyes (incapaz de ejercicio). Los bienes de la madre y los del segundo marido quedaban "obligados" o afectados hasta que la madre restituyera los bienes que tenía de sus hijos⁴⁷⁹.

8. No debía ser Obispo, monje u otro religioso, porque estaban al servicio de Dios. La excepción a esta prohibición eran los clérigos seculares "quier Missacantos o non", siempre que fueran nombrados guardadores de sus parientes. No se extendía a la testamentaria ni a la judicial. Se prescribía que ellos debían presentarse en el plazo de cuatro meses ante el juez manifestando su parentesco, a fin de que éste les permitiera tomar la persona y bienes del huérfano. Dicho plazo comenzaba a contarse desde el día que el clérigo seglar conocía de la muerte de su pariente y que había dejado a su hijo sin guardador⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ C.5.35.1 (cargo viril), C.5.35.2 (las mujeres por excepción. Debían jurar y renunciar al Senadoconsulto Veleiano y contraer nuevas nupcias) y C.5.37.22.5.(la ley protege a menores contra las mujeres).

⁴⁸⁰ PART.6.16.14(quienes no pueden ser guardadores de otro). En NOV.68 del Emperador León VI (886-912 D .C), menciona que no se permitía a los monjes y clérigos ser tutores de pupilos, pero hizo posible que lo fueran para los bienes dejados por el testador. Expresa que la tutela de bienes era una nueva especie de tutela, por lo que no cabía era la prohibición dada por Justiniano I en NOV.134.5 que estaba dirigida a los Obispos y a los monjes. Esta NOV. 134.5 tenía una excepción respecto a los presbíteros, diáconos y subdiáconos a quienes se les permitía ser tutores o curadores sólo por el grado de cognación, debían presentarse al juez competente dentro de los cuatro meses desde que fueron llamados y lo declaraban por escrito. Ello la asemeja al Código Castellano. Respecto a la fuente jurídica, debemos precisar que en la edición de las Novelas que utilizamos en la tesis, no aparece el adjetivo ordinal del emperador León (pues fueron varios) por lo que tuvimos que recurrir a BREHIER, Louis. La Civilización Bizantina, Trad. de José Almoína. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). 1956.(Segundo volumen, pero sin

9. Los deudores del mozo, salvo que los padres establecieran en su testamento que podía serlo⁴⁸¹.
10. El deudor del rey, por haber administrado sus bienes⁴⁸².
11. EL caballero en servicio del rey o de otro señor⁴⁸³.
12. El ocasionado (loco) o embargado de su persona de otra cualquier manera que le impida entender y trabajar en pro de los huérfanos⁴⁸⁴.
13. Quien fuera hereje excomulgado o no⁴⁸⁵.
14. El judío⁴⁸⁶.
15. El siervo no manumitido⁴⁸⁷.
16. Los moros⁴⁸⁸.

Como se puede observar, los impedimentos para ser guardador en las Partidas coinciden con la mayoría de los referentes a la tutela del Corpus Iuris Civilis. Sin embargo, en aquéllas se suprimió el impedimento al extranjero, quien podía ejercer oficio siempre que fuere libre y cristiano, según el parecer de la Glosa y de los

numeración) p. 486. Así también ocurre con la NOV. 134. 5 (Año 546 D .C.) y que dicho autor cita como "N.J. 123.5 (año 546) "según la edición de Zachariae von Lingenthal.

⁴⁸¹ PART.6.16.14. En NOV. 75. 3 se prohibió que los acreedores o los deudores fueran tutores o curadores. LOPEZ, Gregorio. COM. PART. 6.16..14.5 opinó que debe limitarse esta disposición a quien debe gran cantidad más no a la poca y cita a BARTOLO Y SALICETO quienes se pronunciaron que ello debía decidirlo el arbitrio judicial.

⁴⁸² No encontramos referencias en el Corpus Iuris Civilis..

⁴⁸³ No se distingue si se trata de una causal de impedimento o una de excusa, ya que también la encontramos en la causal número catorce (puede verse la nota respectiva).

⁴⁸⁴ Podemos hallarla en D . 26.1.1.2 y D .26.1.1.3 respecto al derecho romano-justiniano.

⁴⁸⁵ PART. 7.26.4 (no pueden tener ningún oficio público, ni testamento o hacer manda y de tenerlo lo pierden) .

⁴⁸⁶ PART.7.24.3 (los judíos no pueden tener dignidad ni oficio público). Según D .27.1.15.6 sí podían ser tutores de quienes no eran judíos.

⁴⁸⁷ PART. 6.16.7 (el siervo manumitido puede ser guardador).

⁴⁸⁸ PART. 7.25.1 (se les impone el mismo régimen que a los judíos. Pueden aplicar su ley, pero sin menoscabar la ley real).

Comentaristas, los cuales establecieron que los cristianos eran todos ciudadanos iguales⁴⁸⁹ aunque ello quedó sujeto a las circunstancias políticas de cada época".

II.1.1.2.1.3. Excusa. Las Partidas indican que "excusança es como mostrar alguna razón derecha en juyzio, por aquel, que es dado por guardador de algun huerfano, non es tenuto de recibir en guarda a el".⁴⁹⁰ Esta definición no la ubicamos en el Corpus Iuris Civilis en forma explícita⁴⁹¹, pero señala numerosos casos en que se puede deducir lo expresado en el Código Castellano y que el legislador pudo haber tomado para construir aquella, Sin embargo, se puede observar la utilización de un lenguaje común y no técnico que no logra con éxito explicar el término "excusanca" y recurre a la comparación. Gregorio López mejoró la definición al eliminar el lenguaje comparativo, al decir que la excusa es causa justa para no asumir la tutela asignada⁴⁹².

Las causales para excusarse del ejercicio del oficio de guardador eran las siguientes⁴⁹³:

- 1) Cuando el nombrado guardador tenía cinco hijos vivos, naturales o legítimos. Pero si uno o más de dichos hijos hubiese muerto en batalla al servicio de Dios o del rey, bastaba para ser excusado el padre⁴⁹⁴. En el Digesto se exigía que los hijos fuesen legítimos para lograr el amparo de la excusa⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ GARCÍA GALLO, Alfonso. Op. cit. p. 57.

⁴⁹⁰ PART.6.17.1.

⁴⁹¹ D .27.1; INST. 1.25.; C.5.62; C.5.63; C.5.64; C.5.65; C.5.66; C.5.67; C.5.68; y C.5.69.

⁴⁹² LÓPEZ, Gregorio. Com. PART. 6.17.1.

⁴⁹³ PART.6.17. 2 y PART. 6.17. 3.

⁴⁹⁴ En D . 27. 1. 2. 2, 3,4 y 7. Además D . 27.1.45.2 y C. 5.66.1 e INST. 1.25 que señalan para la procedencia de la excusa tener tres hijos en Roma o cuatro en Italia o cinco en provincias. La exigencia era menor que en las Partidas, cuya tendencia era de minimizar las posibilidades de librarse del oficio.

⁴⁹⁵ D . 27. 1. 2. 3.

- 2) Los que recaudaban las rentas del rey⁴⁹⁶. Coincide con un fragmento del Codex.
- 3) Las personas que son mensajeros del rey. Esta causal no se encuentra expresada en forma independiente en el Corpus Iuris Civilis y tal vez se pueda considerar dentro del fragmento del Digesto que señala la posibilidad de eximirse de la tutela por el plazo de un año, computado desde el día que regresaron o cesaron del servicio público, no importaba la calidad de éste⁴⁹⁷.
- 4) Los que han de juzgar y cumplir la justicia por obra⁴⁹⁸. En el Digesto se indica que los magistrados de las ciudades estaban exentos de ejercer la tutela (al primer llamado) menos los magistrados municipales, distinción que se da en otro fragmento del mismo Digesto. El Código de las Siete Partidas suprimió dicha distinción. La procedencia de la excusa era después de haberseles entregado el cargo de juez, porque si fuera elegido guardador antes de dicho evento, no era procedente aunque fuera nombrado juzgador con posterioridad. Tampoco se limitó la excusa al primer llamado a la guarda como en el Digesto.
- 5) La persona que hubiese sido elegida por el rey para realizar algún servicio o cuantos iba por beneficio comunal de la tierra en que vivía el nombrado⁴⁹⁹. El Codex permitía que quienes debían ausentarse por causa de la República estuvieran exentos de la tutela y curatela por el tiempo intermedio, así como del riesgo. El Digesto lo extendió a los acompañantes de aquéllos.

⁴⁹⁶ D . 27. 1. 41 menciona que quienes administran los bienes de los príncipes están exentos y en este sentido el Código castellano es restringido . En cambio C. 5. 62 . 10 se prescribió que los recaudadores de impuestos podían estar exentos de ser tutores, mientras manejaran las cuentas de los tributos.

⁴⁹⁷ D .27.10.1 (están exentos de ejercer la tutela por un año los servidores públicos que regresen o cesen de sus oficios .).

⁴⁹⁸ D . 27. 1. 5. 16 (los magistrados de ciudad están exentos de la tutela) y D . 27.1 .23 (los magistrados municipales no tienen excusa) . Sin embargo, respecto a la primera cita, ello era válido en el primer llamado para el oficio, mas no para los sucesivos según D .27.1.18.5.

⁴⁹⁹ C.5.64.1 (están exentos quienes se han de ausentar por causa de la República y del riesgo que se genera.) y D .27.1.41.2 (los acompañantes también reciben este beneficio) .

Las Partidas no distinguen entre los encargados de realizar la misión y sus acompañantes, lo que nos indica que la excusa era para ambos. Pero al igual que los anteriores, el beneficio duraba hasta el regreso de los comisionados y por el plazo de un año se prolongó dicha causal de excusa⁵⁰⁰, siempre que fuere de su consentimiento no recibir al huérfano.

- 6) Cuando surgiese un pleito entre el guardador y huérfano sobre toda o parte de la herencia del último⁵⁰¹. En relación al derecho romano - justiniano, cabe la distinción realizada en el Codex respecto a este punto frente a la posición adoptada en el Digesto. El primero excluye de la posibilidad de excusarse al acreedor del pupilo, el cual para ejercer el oficio deberá tener contutor; además se añade otro supuesto que coincide con el de las Partidas. Esto es el litigio por herencia. El Digesto, alude a la enemistad capital, al supuesto de controversia sobre todos o algunos bienes del pupilo y litigio por herencia del pupilo como causales de excusa y respecto aquélla, siempre que fuere más antigua que el testamento o fuere posterior a éste de acuerdo con la Epístola del Emperador Severo (debido que la enemistad capital, puede tener fundamento patrimonial, por lo que se constituye en supuesto amplio. Justiniano por medio de una Novela, no permitió al acreedor ejercer la tutela o la curatela si optaba por manifestar su condición, sin embargo permitió que el acreedor fuera tutor o curador si guardaba silencio y aceptaba la consecuente pérdida de su derecho crediticio, a fin de

⁵⁰⁰ Coincide con D .27.10.1 en aquella parte .

⁵⁰¹ C.5.63.7 contra D .27.1.6.17, D .27.1.21 (litigio por bienes del pupilo), D .27.1.20 (litigio por herencia del pupilo) y NOV. 75.3. Al margen de estas disposiciones tenemos a C.5.62.16 que menciona el caso del litigio por la herencia del pupilo y se permite la excusa por tal razón . Sin embargo, tenemos lo expresado en INST.1.25.4 sobre lo mismo con la excepción de que hace una distinción entre el litigio sobre herencia entre el tutor, curador o pupilo (en que sí se permite la excusa) y el litigio que no versa sobre aquélla, también entre los mismos (pero aquí no hay excusa). Ante tales diferencias, debemos interpretar en forma sistemática dichas normas junto con el principal deber del tutor o del curador cual es no dejar indefenso al pupilo que se halla en D .26.7.30 y en la misma definición de tutela en D .26.1.1 de lo que se concluye que no cabe la excepción concedida al tutor o curador en la Instituta.

- proteger al menor o al curado de un enemigo, aunándose al criterio expuesto en la Epístola de Severo. El Código Castellano alude a cualquier litigio sobre la herencia, sea por motivo contractual, responsabilidad extracontractual o por sucesión, entre otros que generarán un riesgo de pérdida o disminución en el patrimonio del huérfano obtenido por adición de aquélla.
- 7) Quien tuviere tres guardas puede excusarse de la cuarta⁵⁰². Se coincide con el Codex y el Digesto. Aunque es de extrañarse las normas del nombramiento que están presentes en el último de los nombrados.
 - 8) Cuando fuere muy pobre⁵⁰³. La causal se encuentra en el Digesto e Instituta.
 - 9) El que padeciere de enfermedad grave⁵⁰⁴. El sentido de esta causal coincide con el dado en el Código, Digesto e Instituta que califican como determinante de excusa a la enfermedad que privara al nombrado tutor de realizar sus negocios. El Código Castellano agrega que a dicha enfermedad, el guardador "nunca pudiere guarecerse" que indica la cualidad de ser incurable, lo que lo asemeja al término "perpetuo" utilizado en el Codex.
 - 10) Quien no supiere leer ni escribir o fuere tan simple que no se atreva a tener la guarda del huérfano con seguridad⁵⁰⁵. El Digesto señala que esta causa a veces procedía la excusa, le llama "rusticitas", "mediocritas", "illiteratis", "humilibus" a quien carece de aptitudes intelectuales para desempeñar el cargo de tutor, pero la excusa no procedía si el nombrado tutor, a pesar de su rusticidad era hábil en los negocios. Las Partidas

⁵⁰² C.5.69.1 y D .27.1.2.3 con D .27.1.2.9. El D .27.1.2 (para excusarse se debe tener tres tutelas o tres curatelas . No procedía unir el número de tutelas con el de curatelas para lograr la tercera. Se computan por separado de acuerdo a la Constitución de Severo.).

⁵⁰³ D .27.1 e INST. 1.25.4. La excusa mencionada fue concedida por rescripto por Marco Aurelio y los Divinos hermanos (¿ Caracalla y Geta?) .

⁵⁰⁴ C.5.67.1 (se excusa quien tenga enfermedad perpetua); D .27.1.10.8 (la enfermedad debe incapacitar para realizar negocios) e INST.1.25.7(igual que en el Digesto).

⁵⁰⁵ D .27.1.6.19 (la rusticidad a veces concede excusa según las Epístolas de Adriano y Antonino Pío) . No aparece en el Codex .

dejaron de lado dicha posibilidad y permitieron excusarse a quienes no tenían las condiciones necesarias para ser guardadores.

- 11) El que hubiese tenido gran enemistad capital con el padre del huérfano⁵⁰⁶. Las Partidas explican "grand enemistad capital" por ejemplos, como la acusación hecha por el guardador contra el padre del huérfano por delitos probados que podrían acarrearle la muerte o la infamia si hubiese sido enemigo conocido del padre, sin haberse reconciliado. Este último supuesto coincide casi en forma literal con el expuesto en la Instituta.
- 12) Quien haya promovido pleito de servidumbre contra el padre o el huérfano⁵⁰⁷. El Digesto se refiere al caso del pupilo, más no del padre, siempre que fuera de buena fe y no por calumnia ya que de darse ésta, otra sería la causa para excusarse. Las Partidas no hacen mención de la buena fe como requisito para la presentación de dicha causal, pero podría haberse observado en cada caso judicial.
- 13) La persona que tuviera más de setenta años o menos de veinticinco años⁵⁰⁸. El Digesto señaló que podían excusarse los que hubiesen cumplido setenta años y exigió que ésto debía suceder en el tiempo en que fueron nombrados o al momento de adirse la herencia o cuando se cumplió la condición, más no dentro del plazo para excusarse. El Codex prescribió que la excusa procedía para las personas mayores de setenta años que fueron nombradas para el oficio de tutor o curador, sin mayores detalles. La Instituta coloca la edad de veinticinco años como mínimo y más de setenta años para excusarse. Las Partidas tomaron en cuentadichas edades para la procedencia de la excusa.

⁵⁰⁶ INST.1.25.11. Véase la causal de excusa número séis y su correspondiente nota.

⁵⁰⁷ D .27.1.6.18. El supuesto no ha sido encontrado en el Codex ni en la Instituta.

⁵⁰⁸ D .27.1.2 y D .27.1.2.2 (prueba de edad por medio de escritura u otros medios legítimos); C.5.67.1 e INST.1.25.13. Las Partidas no coinciden de manera literal con las disposiciones citadas.

- 14) Los caballeros que tuviesen en la corte del rey u otro lugar donde éste los hubiere enviado o por beneficio comunal⁵⁰⁹. Sobre esta causal es aplicable lo ya explicado para los mensajeros y servidores reales, como también lo correspondiente al Corpus Iuris Civilis.
- 15) El maestro de gramática, retórica, dialéctica y física⁵¹⁰. Esta causal se encuentra en el Digesto extendida a los médicos llamados "circuladores" (ambulantes); lo que también ocurre en la Instituta. Ambos también mencionan a los "sophistae" los que no figuran en el Código Castellano.
- 16) Los filósofos⁵¹¹. En el Digesto se diferencia a los filósofos de los sofistas. Aquéllos eran personas graduadas en la Universidad Imperial y el grado se obtenía después de una prueba. En cambio, los sofistas parecen ser los Místicos, filósofos al margen de la Universidad de quienes no se tenía una buena imagen o de cualquier seguidor de una doctrina contraria y en este último sentido se alude a un término peyorativo.

⁵⁰⁹ PART.6.17.3 . Véanse las causales de excusa números tres y cinco con sus respectivas notas.

⁵¹⁰ PART.6.17.3 que tiene relación con D .27.1.6.1 y D .27.1.6.2 que se refiere específicamente a los Retóricos . Se comenta la Epístola de Antonino Pío dirigida a la comunidad de Asia, la cual fue extendida a las demás . Es importante porque hace mención de la cantidad de retóricos que debían existir en cada ciudad (cinco en las ciudades mayores) así como sofistas (tres en las menores y cuatro en las mayores) y médicos (siete en las mayores y cinco en las menores).

⁵¹¹ D .27.1.6.5 y D27.1.6.7 mencionan que la Constitución de Antonino Pío no fijó el número de filósofos debido a que " eran muy raros los que tenían la profesión de la filosofía . También: BREHIER, LOUIS. LA CIVILIZACION BIZANTINA. Trad. de José Almoína. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). 1955. (T. L de la colección " La Evolución de la Humanidad ") .p. 315, quien dice que la palabra "sofista" era utilizada contra los cristianos que seguían a Aristóteles por parte de los Neoplatónicos, en especial de Plethón (filósofo bizantino) . Aunque esta afirmación sólo es aplicable durante el Imperio Bizantino

- 17) Los maestros de las leyes que sirven a los reyes como jueces o consejeros y que viviesen con ellos⁵¹². Sólo en el Digesto se prescribió que los doctores en leyes que enseñaran en Roma estaban excusados de ejercer la tutela o la curatela, salvo los que enseñaban en provincias. Las Partidas restringieron la causal y prescribieron que sólo podían excusarse los maestros de la corte, siempre que vivieran allí.
- 18) Quien se haya desempeñado como guardador de huérfano menor de catorce años, puede excusarse de ejercer la cura⁵¹³. En el Corpus Iuris Civilis no aparece este supuesto dentro de la relación de causales para excusarse; sin embargo puede colegirse de algunos fragmentos del Digesto que indican la característica de voluntario que tiene la actitud del tutor de convertirse en curador. El Código Castellano estableció el carácter voluntario del guardador para convertirse en guardador de menor de veinticinco años, siempre que el adolescente lo permitiera⁵¹⁴.

El procedimiento para excusarse era el siguiente:

- 1) Quien pretendiera excusarse debía presentarse ante el juez y mostrarle la causa por la cual debía proceder su petición en el plazo de cincuenta días, contados desde el día que conoció del nombramiento por primera vez. Para que este plazo se aplicara era necesario que el guardador que quisiera excusarse estuviera a una distancia de no más de cien millas. Si era más de tal distancia, se debía agregar a los cincuenta días un día por cada veinte millas más treinta días⁵¹⁵. El plazo de cincuenta días o

⁵¹² D . 27.1.6.12 (los doctores que enseñan en Roma están exentos de ejercer el cargo de tutor o curador).

⁵¹³ D . 26.10.3.6 (cuando el tutor es confirmado como curador del mismo pupilo, deja de ser procedente la acusación de sospechoso porque puede ejercitarse la acción de tutela) y D . 26.10.31 (la responsabilidad de los tutores abarca hasta la pubertad, salvo que hubiesen también administrado después de ella).

⁵¹⁴ PART. 6.16.13.

⁵¹⁵ PART. 6.17.4 (procedimiento para excusarse de la guarda).

más que se han citado, incluía a los días feriados⁵¹⁶ debido a que estaba permitido demandar excusa en los días festivos. El Digesto también prescribió el plazo de cincuenta días continuados⁵¹⁷, computados desde el conocimiento del nombramiento⁵¹⁸ y se coincide en forma literal con lo prescrito en las Partidas sobre los días que debían agregarse por cada veinte millas (cuando la distancia fuere más de cien) así como los treinta días suplementarios, aunque agregó las opiniones Cerbidio Scévola, Paulo y Domicio Ulpiano y un ejemplo. La Instituta es concisa, pero tiene el mismo sentido literal que los anteriores⁵¹⁹.

- 2) El procedimiento se iniciaba con la demanda de excusa y duraba cuatro meses hasta que el juez daba sentencia⁵²⁰.
- 3) Si la sentencia agravaba al guardador, podía alzarse de ella⁵²¹. La alzada procedía dentro del plazo de tres días contados desde que se expidió la sentencia. El guardador cuya alzada era desestimada debía pagar todos los daños y menoscabos que los huérfanos u otros hubiesen recibido desde el día en que fue elegido guardador hasta el día en que se dio sentencia⁵²². El riesgo era asumido por el guardador que se excusaba del cargo.

⁵¹⁶ PART. 3.2.35 (cosas que pueden demandarse en días feriados y entre éstas la excusa de guarda).

⁵¹⁷ D . 27.1.13.9 (forma de computar los cincuenta días de plazo).

⁵¹⁸ D .27.1.13.2 (comentario de Modestino a la Constitución de Marco Aurelio que regula el plazo y distancias que deben tenerse en cuenta para la excusa).

⁵¹⁹ INST. 1.25.16 (plazo para presentar excusa). Según D . 27.1.13.8, si habían muchas causas para excusarse, el tutor debía presentar todas, de lo contrario no se lo consideraba excusado. En cambio, no era necesario que presentaran excusa quienes eran nombrados en testamento imperfecto (por quienes no debían nombrar o lo hicieron mal) sin confirmación, de acuerdo a D . 27.1.13.12. Lo mismo ocurría con los nombrados en el testamento de la madre (que era sujeto a confirmación) a no ser que hubiere decreto, según C.5.29.1.

⁵²⁰ PART. 6.17.4 la cual coincide con D .27.1.38 en forma literal.

⁵²¹ PART. 6.17.4; PART. 3.23.8 (el guardador puede alzarse de la sentencia que deniega su demanda de excusa).

⁵²² D . 27.1.6.13.

En relación a la excusa, debemos mencionar que hubo una tendencia ligera hacia la reducción de las causales para su procedencia con el fin de aumentar el número de guardadores en contraste con el *Corpus Iuris Civilis*, que contemplaba excusas para los atletas premiados⁵²³, panaderos⁵²⁴ y la distinción entre diversas clases de militares⁵²⁵. Pero sí hubo una decidida política en cuanto a elevar la exigencia cualitativa en los guardadores al eliminarse a los ignorantes de la posibilidad de ejercer el oficio, aunque fuesen hábiles en los negocios como lo permitió el *Corpus Iuris Civilis*. Ambos cuerpos legales coincidieron en no dar excusa a los geómetras⁵²⁶.

II.1.1.2.1.4. Nombramiento. La guarda para huérfanos menores de catorce años podía ser de acuerdo al nombramiento, de tres clases:

- a) Guarda testamentaria. Era la clase de guarda que se constituía por nombramiento hecho en testamento nuncupativo, por testamento escrito o por codicilo por quienes el Código de las Siete Partidas reconocía legitimidad para aquéllo. Estas personas eran el padre y el abuelo, los cuales tenían potestad sobre el hijo o el nieto respectivamente. De tratarse del abuelo, el nieto debía estar bajo su potestad directa, lo que sucedía cuando no tenía padre⁵²⁷. Esto fue modificado por una Ley de Toro⁵²⁸ que prohibió al abuelo paterno nombrar tutor a sus nietos porque su hijo, al casarse dejaba de estar bajo su

⁵²³ D . 27.1.16.

⁵²⁴ D .27.2.46.

⁵²⁵ D .27.1.8.4; D . 27.1.8.12 y D . 27. 1.8.6 8 (licenciados del servicio militar).

⁵²⁶ D . 27.1.22.

⁵²⁷ PART. 6.16.3 que es concordante con D . 26.2.1 (el padre o el abuelo pueden dar tutor siempre que el hijo o nieto esté bajo su potestad). No en D . 26.3.1.1 (cuando estuviese bajo potestad, deberá instituirlo heredero y deberá ser confirmado él por el presidente).

⁵²⁸ L. DE TORO 47.

potestad, lo cual también ocurrió en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla⁵²⁹.

a.1) Capacidad. Para poder nombrar guardador era necesario ser el padre, el abuelo paterno o la madre⁵³⁰ del huérfano según Las Partidas, además de concurrir las condiciones para otorgar testamento⁵³¹. En cuanto al guardador, debía estar libre de impedimento como lo hemos explicado y el huérfano debía ser menor de catorce años si era varón o doce si era mujer y libre.

a.2) Formalidad. Era necesario que el padre, el abuelo o la madre instituyeran al hijo o nieto como heredero en el testamento⁵³², ya fuere nuncupativo (que podía ser oral u escrito) ante siete testigos o escrito con igual número de testigos llamados o rogados por quien lo hacía⁵³³. Sin embargo se permitió que en el nuncupativo fuesen sólo dos testigos, con la condición que no hubiera extraño que heredase; lo que también pasaba con el

⁵²⁹ N. RECOP. CAST. 5.1.8.

⁵³⁰ PART. 6.16.5 (la madre puede dar por testamento guardador a su hijo sin padre, siempre que lo instituya heredero).

⁵³¹ PART. 6.1.13 (pueden dar testamento todos aquellos que no son defendidos por las leyes. Los defendidos son el hijo bajo poder de su padre, el mozo menor de catorce años, el desmemoriado, el desgastador de lo suyo antes de la sentencia de interdicción, el ciego de nacimiento por enfermedad, el mudo y el sordo por iguales motivos, aunque a estos dos se les permitía darlo siempre que pudieran escribir). El ciego podía hacerlo por la forma nuncupativa en PART. 6.1.14.

⁵³² PART. 6.1.7 (validez del testamento hecho por el padre o el abuelo, ya fuera en forma escrita u oral) y PART. 6.16.5 (la madre puede dar guardador para su hijo, siempre que lo instituya como su heredero). Además PART. 6.3.2 (quienes podían ser herederos); PART. 6.3.4 (quienes no podían serlo).

⁵³³ PART. 6.1.1 (clases y requisitos del testamento). El testamento escrito se hacía en forma privada cuando el otorgante sabía escribir y en forma excepcional junto con otra persona de confianza si era analfabeto. Luego debía doblarlo y cerrarlo con siete cuerdas en la misma carta donde lo escribió, poner en ella siete sellos, dejar un pergamino en blanco donde debía escribir la fórmula detallada en la ley, llamar o rogar a siete testigos quienes debían colocar sus nombres y sellos.

testamento escrito cerrado⁵³⁴. Cuando el otorgamiento de testamento era ante escribano, la ley eximía de presentar dichos testigos.

Respecto al codicilo, se exigió cinco testigos para otorgarlo ya fuera escrito u oral. En el codicilo no se podría instituir heredero, pero si podía desheredarlo. Su finalidad respecto a la guarda era el nombramiento o remoción del guardador testamentario y para que ello valiera tenía que hacerse mención expresa en el codicilo del testamento donde se nombró a la persona para el referido oficio⁵³⁵.

El lugar que ocupaba el nombramiento de guardador en el testamento era entre la institución del albacea y la indicación del testador de poner fin al testamento⁵³⁶. En el codicilo se hallaba entre la institución del legado y la confirmación de otras disposiciones en el testamento⁵³⁷.

El guardador entraba en función a partir de la confirmación del nombramiento hecha por el juez del lugar. Sólo en ese momento podía hacerse cargo de la persona y bienes del huérfano⁵³⁸ y como lógica consecuencia, le correspondía reflexionar o deliberar con otras personas amigas si era beneficioso para el huérfano adir la herencia de su padre, abuelo o madre⁵³⁹ en el plazo de un año si era ante el rey o de nueve meses si era ante el juez inferior (debe entenderse que estos plazos eran máximos y otorgados por las

⁵³⁴ PART. 6.1.7. También se dispensó de los siete testigos al aldeano que no pudiese reunirlos y al caballero. Para el primero se le exigió cinco y al segundo, dos como mínimo. Véase PART. 6.1.4 y PART. 6.1.5.

⁵³⁵ PART. 3.18.103; PART. 6.12.1 (definición y número de testigos y formas).

⁵³⁶ PART. 3.18.103.

⁵³⁷ PART. 3.18.104.

⁵³⁸ PART. 6.16.8 que dispuso la confirmación previa del juez para ejercer la guarda testamentaria ya fuere de hijo de barragana como de mujer legítima. Esta interpretación encuentra su fundamento en PART. 6.6.1 que prescribió que el guardador debía adir la herencia por el pupilo.

⁵³⁹ PART. 6.6.1 (definición del plazo para aconsejarse a fin de adir la herencia).

autoridades mencionadas)⁵⁴⁰. Así se superó el inconveniente expresado en el *Corpus Iuris Civilis*, que consistía en no considerar el nombramiento de tutor hasta que no se produjera la adición de la herencia, puesto que el testamento no tenía efecto por no darse aquélla. Ello hizo necesario que se recurriese al tutor por decreto o dativo para solucionar dicho inconveniente⁵⁴¹.

La intervención de la autoridad por medio de la confirmación, hizo posible la extensión posterior del término discernimiento a la tutela testamentaria lo que en el derecho romano - justiniano vemos en la tutela dativa y en la legítima. La tutela testamentaria perfecta no exigía confirmación y menos el discernimiento, debido a que aún se consideraba al testamento expresión máxima de la voluntad, la cual no debía ser interpretada, sino por motivos justos⁵⁴². El resultado de la práctica constante de someter a revisión el testamento, fuere perfecto o no, posibilitó la desaparición de las dos clases de tutela testamentaria como era la perfecta y la imperfecta, ya que el motivo de la distinción era la intervención del magistrado romano en la última de las mencionadas, lo que no sucedió en Castilla porque la autoridad participaba de igual forma en ambas clases (también se aprecia en la tutela del pariente más próximo)⁵⁴³ para revisar lo dispuesto en el testamento y

⁵⁴⁰ PART. 6.6.2 (plazos máximos que pueden conceder el rey o los jueces para adir la herencia).

⁵⁴¹ D .26.2.10 (puede darse otro tutor mientras no haya sido adida la herencia) y D . 26.2.11 (no hay tutor legítimo mientras se espera la tutela testamentaria).

⁵⁴² D . 26.2.10 (para la tutela testamentaria); D . 26.3.1.1 (confirmación para tutela testamentaria imperfecta); D .26.4.5.1 (discernimiento en la tutela legítima).

⁵⁴³ EN: SÁNCHEZ, Galo. Colección de fórmulas jurídicas castellanas en la Edad Media. A.H.D.E. Madrid. T.II. 1925. p. 476, se puede ver lo explicado cuando dice que "le fue dada la dicha tutela por dicho fulano su marido que a mayor abondamiento e por que el derecho de los dichos menores fuese mejor guardado que fallava que la devia confirmar e confirmo en la dicha tutela [...]). Luego (p. 478): "[...] quedava e dio e corfirmava e confirmo la dicha guarda e tutela a la dicha fulana[...] e que interponia e interpuso e dava e dio su decreto e licencia e abtoridad complida e esta para que de derecho podia e devia dar a la dicha fulana e le desçernia e desçernio la administracion de ellos [...] ".

confirmarlo. De esta manera, en Las Partidas quedó establecida la confirmación obligatoria para todo nombramiento o tutor testamentario y que la misma práctica jurídica de los escribanos, jueces y abogados permitiría que aquella formara parte del procedimiento para nombrar tutor testamentario junto con el término discernimiento, cuyo significado era el de autorización para ejercer el oficio de tutor y curador dada por la autoridad pública, la que intervenía en cualquier clase de nombramiento tutor y curador.

b) Guarda de pariente más cercano (o propincuo). Era la guarda ejercida por el pariente o parientes más cercanos al huérfano, que estuvieran en un mismo grado de parentesco. Según el Código de las Siete Partidas, esta clase de guarda procedía cuando⁵⁴⁴:

- 1) Moría algún hombre sin dejar guardador a sus hijos.
- 2) A pesar de haber redactado testamento, no les dejó guardador.
- 3) Les dejó guardadores por testamento, pero éstos murieron antes que el padre. Esta clase de guarda fue conocida también como "legítima" por Las Partidas .

b.1) Capacidad. El pariente debía estar libre de impedimento legal para ejercer el oficio de guardador⁵⁴⁵. La madre y la abuela (materna tenían prelación frente a los demás parientes, pero debían exhibir la misma falta de impedimentos legales para ser guardadoras⁵⁴⁶).

b.2) Formalidad. Antes de ejercer el oficio, los parientes debían presentarse ante el juez del lugar y ofrecer fiadores valiosos, quienes debían obligarse por los guardadores de que ellos cuidarían ("guardarán") y administrarían ("aliñaran") bien y lealmente los bienes de los huérfanos y los frutos que aquéllos produjesen.

⁵⁴⁴ PART. 6.16.9 y PART. 6.16.2.

⁵⁴⁵ PART. 6.16.4 con la excepción de PART. 6.16.14.

⁵⁴⁶ PART. 6.16.9.

Además debían jurar los guardadores que harían todas las cosas que fueren en beneficio (pro) de los huérfanos y no harían nada que les produjere daño, como también que cuidarían con lealtad de sus personas y bienes⁵⁴⁷. Para asegurar esto, se obligaban con peños (garantías reales) hasta que rindieran cuenta⁵⁴⁸. A la madre, se le exigió a parte de lo anterior, que fuese buena mujer y de honor ("recabdo")⁵⁴⁹.

Esta clase de guarda conservaba la influencia del derecho romano - justiniano⁵⁵⁰, pero no estableció las reglas que permitiesen solucionar problemas que pudiesen presentarse por falta o concurrencia con otras clases de guarda de manera minuciosa, como si ocurrió en el Digesto, el cual determinó:

- 1) No hay tutor legítimo, mientras se espera la tutela testamentaria⁵⁵¹. Se dará un tutor dativo.
- 2) Si el tutor testamentario se excusara, no vuelve la tutela al legítimo⁵⁵².
- 3) Cuando el tutor testamentario fuera removido, no vuelve la tutela al legítimo⁵⁵³.
- 4) En caso de fallecimiento del tutor testamentario, la tutela recaerá en el legítimo⁵⁵⁴.
- 5) Si fueren dos o más tutores testamentarios, podrá nombrarse otro en lugar del que falleció o dejó de tener la ciudadanía (se refiere al tutor por decreto o dativo), más si lo anterior le ocurriese a todos, tendrá lugar la tutela legítima⁵⁵⁵.

⁵⁴⁷ PART. 6.16.9 y PART. 3.18.94.

⁵⁴⁸ PART. 5.13.23.

⁵⁴⁹ PART. 6.16.9 y PART. 3.18.95.

⁵⁵⁰ NOV. 114.5 y C. 5.30.1. Auténtica (NOV. 118.5 o según la edición que utilizamos NOV. 114.5).

⁵⁵¹ D. 26.2.11.

⁵⁵² D. 26.2.11.1.

⁵⁵³ D. 26.2.11.2.

⁵⁵⁴ D. 26.2.11.3.

⁵⁵⁵ D. 26.2.11.4.

También se puede observar la presencia clara del discernimiento, con la intervención del juez para otorgar la administración y guarda de los menores y sus bienes. El juez evaluaba la idoneidad del nombramiento abstracto hecho por la ley sobre los parientes.

c) Guarda de quien aforró a su siervo. Era la clase de guarda ejercida por el dueño del siervo menor de catorce años (patrono) a quien había otorgado la libertad (aforrado). Las Partidas compartieron el criterio dado en el *Corpus Iuris Civilis* de que al convertirse el dueño que manumitía en heredero del siervo liberado, así como tenía el derecho a heredar también estaba obligado a ejercer la guarda del liberto cuando este fuere menor⁵⁵⁶.

c.1) Capacidad. El dueño del siervo debía cumplir con no tener impedimento legal que le impidiese ejercer la guarda. El siervo debía ser aforrado conforme a derecho⁵⁵⁷.

c.2) Formalidad. La ley no menciona el procedimiento, pero nos lleva a interpretar que debía realizarse de acuerdo a la guarda de parientes⁵⁵⁸.

d) Guarda del padre que libera de su poder a su hijo. Por efecto de la liberación (emancipación) de su patria potestad, el padre quedaba obligado a ser guardador de su hijo menor de catorce⁵⁵⁹.

d.1) Capacidad. El padre debía cumplir con las exigencias legales para ejercer la guarda⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ PART. 6.16.10 que guarda concordancia con D .26.4.3 e INST. 1.17.

⁵⁵⁷ PART. 6.16.10.

⁵⁵⁸ PART. 6.16.10 concordante PART. 6.16.9.

⁵⁵⁹ PART. 6.16.10.

⁵⁶⁰ PART. 6.16. 4. y PART. 6.16.14.

d.2.) Formalidad. Se aplica lo referente a la guarda del pariente más cercano⁵⁶¹.

e) Guarda del hermano de quien fue liberado de la patria potestad. Era ejercida cuando moría el padre que emancipó y recaía sobre el hermano del liberado, siempre que fuere mayor de veinticinco años⁵⁶².

e.1) Capacidad. Debía estar exento de impedimento legal para ejercer la guarda⁵⁶³.

e.2) Formalidad. Se aplicaba lo dispuesto para la guarda de pariente más cercano⁵⁶⁴.

f) Guarda dada por albedrío del juez. Era la guarda otorgada por el juez a petición de parientes, amigos, cualquiera del pueblo o el juez; por propia iniciativa en los siguientes supuestos⁵⁶⁵:

1. Cuando el testador no dejaba guardador a su hijo menor de catorce años.
2. No existía pariente cercano que quisiese su guarda, es decir, aquellos que mostrasen excusa.

f.1) Capacidad. El guardador debía estar exento de impedimento legal para ejercer el oficio⁵⁶⁶. El huérfano debía ser menor de catorce años y libre⁵⁶⁷.

f.2) Formalidad. Era competente el juez del lugar en donde nació el huérfano o su padre. También lo era el juez del lugar en

⁵⁶¹ PART. 6.16.9.

⁵⁶² PART. 6.16.10.

⁵⁶³ PART. 6.16.4 y PART. 6.16.14.

⁵⁶⁴ PART. 6.16.9.

⁵⁶⁵ PART. 6.16.12.

⁵⁶⁶ PART. 6.16.4 y PART. 6.16.14.

⁵⁶⁷ PART. 6.16.1 y PART. 6.16.12.

donde el huérfano tuviere la mayor cantidad de sus bienes⁵⁶⁸ en defecto de aquéllos.

El guardador debía ser un hombre bueno y rico, que entendiese que recibía el nombramiento en beneficio del mozo y no del propio. El juez debía exigir que se otorgaran fiadores valiosos y que el guardador jurara administrar y cuidar fielmente del huérfano y sus bienes, sin daño⁵⁶⁹. El hombre bueno y rico, debía ser pedido por los parientes excusados, la madre, los amigos, cualquiera del pueblo o elegido por el mismo juez, el cual, una vez recibida la petición o hecha su elección, debía revisar el monto del patrimonio del huérfano y si valía más de quinientos maravedís, tenía que nombrarlo por sí mismo. En cambio, si valía menos de dicha cantidad, tenía la facultad de nombrarlo en persona o delegar a otro juez inferior para que lo hiciera⁵⁷⁰.

Además, una vez que terminaba la guarda por alcanzar el menor la edad de catorce años o doce en las mujeres, el juez debía nombrar curador o guardador para menor de veinticinco años si lo estimaba conveniente⁵⁷¹. Tanto este nombramiento como el realizado para menor de catorce años, podían hacerse en días feriados⁵⁷².

Para los "Grandes de España", el tutor o curador era nombrado por el rey, según Real Cédula de los Reyes Católicos⁵⁷³.

⁵⁶⁸ PART. 6.16.12.

⁵⁶⁹ PART. 6.16.12. PART. 3.18.94. En C.5.33.1 (reservaba al hombre digno a entenderse que corresponde a la misma clase, para las personas ilustres).

⁵⁷⁰ PART. 6.16.12 coincide en el monto y en autoridades superiores con INST. 1.20.5 que determinó que quinientos sueldos para ser otorgado el tutor o curador por el presidente, pretor jurídico de Alejandría o el defensor de la ciudad.

⁵⁷¹ PART. 6.16.12 que debe interpretarse junto con PART. 6.16.13, en donde dependía de la voluntad del menor tener guardador.

⁵⁷² PART. 3.2.35.

⁵⁷³ N. RECOPI. CAST. 2.5.14.

II.1.1.2.2. Guarda de mayor de catorce años, pero menor de veinticinco años.

II.1.1.2.2.1. Constitución. Se constituía para el adolescente entre los catorce y veinticinco años, que hubiese pedido guardador⁵⁷⁴.

II.1.1.2.2.2. Condiciones para ser guardador. Exigía las mismas condiciones de la guarda para menores de catorce años⁵⁷⁵.

II.1.1.2.2.3. Excusa. Se aplicaban las mismas causales de excusa que se hallaban determinadas para guarda de menor de catorce años⁵⁷⁶.

II.1.1.2.2.4. Nombramiento. Sólo podía nombrarse guardador para mayor de catorce, pero menor de veinticinco años por medio del juez. Sin embargo, se permitió que se confirmara el nombramiento hecho en testamento, siempre que fuera en beneficio del menor⁵⁷⁷.

No era procedente el nombramiento de guardador cuando el menor ya tuviese uno, salvo que éste fuera hombre de mal recaudo (sospechoso); hombre que tuviera muchas o grandes responsabilidades; hombre enfermo o que tuviera que ir en romería. En los dos últimos casos se nombraba un guardador provisional, mientras durara la enfermedad o la romería⁵⁷⁸.

Se aplicaban las mismas normas de la guarda dativa para el menor de catorce años, como las normas de competencia (juez del lugar, en especial el del domicilio del menor); el guardador debía ser hombre bueno y rico, el juramento de ejercer bien la guarda, el

⁵⁷⁴ PART. 6.16.13.

⁵⁷⁵ PART. 6.16.4 y PART. 6.16.5.

⁵⁷⁶ PART. 6.17.2 y PART. 6.16.3.

⁵⁷⁷ PART. 6.16.13.

⁵⁷⁸ PART. 6.16.13.

ofrecimiento de fiadores y peños, así como su procedencia en días feriados⁵⁷⁹.

II.1.1.2.3. Guarda del loco, del desmemoriado y del desgastador de lo suyo.

II.1.1.2.3.1. Constitución. Se constituía para las personas citadas que fueren mayores de catorce años, porque ellas no tenían discernimiento ni podían manifestar su voluntad de tener un guardador como tampoco para ejercer sus derechos por sí mismos⁵⁸⁰.

II.1.1.2.3.2. Condiciones para ser guardador. No debía estar inmerso en alguna de las causales de impedimento para ejercer la guarda⁵⁸¹.

II.1.1.2.3.3. Excusa. Si no quería el nombrado guardador ejercer el oficio, podía excusarse alegando cualquiera de las causales establecidas por el Código⁵⁸².

II.1.1.2.3.4. Nombramiento. La única forma de nombramiento para estos casos era la judicial, aunque también podía confirmarse el dado por testamento⁵⁸³.

Antes de procederse con el nombramiento de guardador, debía interdictarse a quienes padecieren de locura, falta de memoria grave o prodigalidad; de realizar actos jurídicos que perjudicasen su patrimonio o que los comprometieran en relaciones jurídicas para los cuales no estaban en condiciones de actuar conforme a la posición que ocuparan ellas. Esto no se encuentra regulado en las Partidas (salvo para el desgastador) pero existen diversas leyes que

⁵⁷⁹ PART. 3.18.94; PART. 5.13.33 y PART. 5.11.5 (caso del pródigo o desgastador).

⁵⁸⁰ PART. 6.16.13.

⁵⁸¹ PART. 6.16.4 y PART. 6.16.5.

⁵⁸² PART. 6.17.2 y PART. 6.17.3.

⁵⁸³ PART. 6.16.13.

permiten concluir que así se procedía⁵⁸⁴. Acabada dicha etapa de la interdicción, cuando se nombraba y se discernía el oficio al guardador siguiendo lo establecido para las anteriores clases de guarda⁵⁸⁵.

II.1.12.4. Guardador para pleito.

II.1.1.2.4.1. Constitución. Se nombraba guardador para pleito al menor de catorce o veinticinco años así como para el loco, el desmemoriado y el desgastador de lo suyo, que no hubiesen tenido guardador por haberse excusado, removido o fallecido y se hubiese tenido necesidad de proteger a su interés en un litigio⁵⁸⁶.

II.1.12.4.2. Condiciones para ser guardador. Debía estar libre el guardador de cualquiera de las causales que le impidiesen ejercer el oficio⁵⁸⁷.

II.1.12.4.3. Excusa. El guardador, una vez que había conocido su nombramiento, podía alegar excusa si estaba incurso dentro de alguna causal⁵⁸⁸.

II.1.1.2.4.4. Nombramiento. El juez del lugar (según el domicilio del menor por nacimiento o el de su padre fallecido así como el determinado por la mayor cantidad de sus bienes) nombraba guardador para pleito en las situaciones que hemos

⁵⁸⁴ PART. 5.11.4 (no pueden hacer promisión quienes son defendidos por otros, sin otorgamiento o intervención de su guardador); PART. 5.4.1 (para donar y recibir, es preciso ser mayor de veinticinco años y no ser alguno de los sujetos a quienes las leyes defienden); PART. 5.14.4 (para realizar el pago a menor de veinticinco años, al loco, desmemoriado y al desgastador, debe recurrirse al juez para que de autorización de pago a dichas personas o a sus guardadores). Para el desgastador, la interdicción se halla en PART. 5.11.5.

⁵⁸⁵ Posible adaptación de PART. 3.18.94. También Véase PART. 3.2.11(guardador para pleito a quien no lo tiene)

⁵⁸⁶ PART. 6.16.13.

⁵⁸⁷ PART. 6.16.4 y PART. 6.16.5.

⁵⁸⁸ PART. 6.17.2 y PART. 6.17.3.

mencionado. Luego procedía a exigir fiadores valiosos y peños para garantizar el buen desempeño del guardador en el pleito y se le obligaba a jurar por Dios y los Santos Evangelios que así lo haría,, después de lo cual le discernía el cargo⁵⁸⁹.

II.1.12.5. Guarda para bienes.

II.1.1.2.5.1. Constitución. Se constituía para custodiar los bienes del menor de veinticinco años, que estuvieran en litigio con el padre, el abuelo o quien lo adoptó. Otro supuesto era cuando el menor deseaba salir del poder de las personas nombradas o por linaje negado⁵⁹⁰. Así también quedaba comprendida dentro de esta clase la guarda de los bienes de quien estuviera por nacer (cura ventris) a cargo de la madre, mientras los tenedores de aquellos bienes no probaran que ella no era mujer legítima⁵⁹¹.

II.1.1.2.5.2. Condiciones para ser guardador. Lo mismo que para las anteriores clases⁵⁹².

II.1.1.25.3. Excusa. Tenía las mismas causales para excusarse⁵⁹³.

II.1.1.2.5.4. Nombramiento. Sólo el juez podía nombrarlo según las formalidades que hemos detallado para el resto de guardas⁵⁹⁴.

II.1.1.3. Responsabilidades del guardador.

⁵⁸⁹ PART. 3.18.94. EN: SANCHEZ, GALO. op. cit. p.p. 471-474, puede observarse que el juez hace una sumaria inquisición sobre la aptitud del curador antes de otorgar o discernir la guarda (en el formulario aparece como curaduría). Según PART. 3.2.4, el juez del lugar debía "dar alguno que sea " su guardador, que le ayude en la demanda a fin de que no reciba engaño. No importaba que estuviera ausente quien tuviera al menor en su poder. EN: PART. 3.2.11 se observa la adaptación de 3.18.94.

⁵⁹⁰ PART. 3.2.2.

⁵⁹¹ PART. 3.22.7.

⁵⁹² PART. 6.16.4 y PART. 6.16.5.

⁵⁹³ PART. 6.17.2 Y 6.17.3.

⁵⁹⁴ PART. 3.2.2 y PART. 3.18.94.

II.1.1.3.1. Obligaciones antes de ejercer el cargo.

- 1) Jurar desempeñarse con lealtad en la guarda⁵⁹⁵.
- 2) Ofrecer fiadores valiosos y peños para garantizar su buen desempeño en la guarda⁵⁹⁶.
- 3) Realizar el inventario ("escrito de todos los bienes") ante el escribano público⁵⁹⁷. La omisión de tal obligación podía acarrear la remoción del guardador por sospechoso de parte del juez del lugar, salvo que mostrarse excusa derecha de no haberlo hecho.

II.1.1.3.2. Obligaciones durante el ejercicio del oficio.

- 1) Desempeñar el cargo de guardador, bajo amenaza de acusársele de sospechoso y ser removido por el juez, el cual determinaría la pena que se mereciera (la principal pena era la infamia perpetua)⁵⁹⁸. Además, debía asumir el riesgo de su inactividad⁵⁹⁹.
- 2) Debía "enderezar" (solucionar) las cosas del huérfano de buena fe y con lealtad⁶⁰⁰.
- 3) Hacer labrar las heredades y criar el ganado que se hallaren entre los bienes del difunto⁶⁰¹, siempre con buena fe y lealtad.
- 4) No debían dar ni vender ningún bien del huérfano que fuera inmueble ("rayz"), salvo que fuera para pagar deudas del padre

⁵⁹⁵ PART. 3.18.94 y SÁNCHEZ GALO. *Ibíd.* p.p. 472.473 y 476-477.

⁵⁹⁶ PART. 3.18.94; PART. 5.13.33 y SÁNCHEZ GALO. *Idem.*

⁵⁹⁷ PART. 6.16.15 y SÁNCHEZ GALO. *Idem.*

La declaración expresa exigida al tutor o curador de no ser acreedor o deudor del pupilo, como también la que debía hacer éste sobre las dichas situaciones jurídicas del tutor o curador (NOV. 72.8 y NOV. 72.4 respectivamente) no aparecen en las Partidas.

⁵⁹⁸ PART. 6.18.1 (razones para remover al guardador) y PART. 6.18.4 (pena que merecen los guardadores que son sospechosos). Ya no había necesidad de compelerlo a ejercer la guarda como sucedía en el *Corpus Iuris Civilis* (D. 26.7.1 y D. 26.7.1.1 por ejemplo).

⁵⁹⁹ PART. 6.18.4.

⁶⁰⁰ PART. 6.16.15.

⁶⁰¹ PART. 6.16.15.

- difunto; para casar alguna de las hermanas de aquél o por otra razón justificada ("derecha"), previa autorización del juez⁶⁰².
- 5) Prohibición absoluta (no procedía la autorización del juez) para enajenar la casa que fuera del padre o del abuelo o en la que nació huérfano⁶⁰³.
- 6) Prohibición de carácter absoluto para enajenar los siervos que hubiesen servido en la casa del padre del huérfano por mucho tiempo, por ser provechoso en ella y por conocer los bienes del difunto. El resto de los siervos podía ser vendido si se considerase que eran "dañosos". El dinero debía ser invertido en beneficio del huérfano⁶⁰⁴.

⁶⁰² PART. 6.16.18. CONCORDANCIA CON D . 27.9.2; D .27.9.1.3 y D .27.9.11 (Oración de Severo) y C. 5.37.22.1 (Constitución de Constantino). La diferencia con las Partidas reside en que el Corpus Iuris Civilis hace referencia tanto a los bienes inmuebles (DIGESTO) como a los muebles (CODEX). Sin embargo en PART. 3.18.94 se hace mención que el guardador debe "guardar bien, e lealmente la otra persona del huérfano, e todos sus bienes" sin hacer distinción y que éstos debían estar incluidos en la cuenta del guardador, o por lo que a su aprovechamiento estarían sujetos los muebles al arbitrio del juez para ser enajenados. . En cambio, los bienes inmuebles, para poder ser enajenados se requería a parte de la autorización judicial, la disposición por testamento o cualquiera de los casos citados por la ley. En conclusión, la razón de la no inclusión de los bienes muebles preciosos en la ley de Partida que citamos, sería a que éstos tenían un régimen de protección genérico basado en la autorización judicial (PART. 5.5.4) pero siempre que fuera por gran necesidad y con gran sabiduría y en el juramento con garantías personales y reales del guardador al momento de ser nombrado, lo que no sucedía con los inmuebles, sometidos a un régimen especial de preservación, reforzado con el general. Pero en PART. 5.13.8 se permitió que el guardador empeñara bienes muebles del menor recurrir al juez, si había necesidad y fuera en beneficio del huérfano. LAS PARTIDAS siguieron en apariencia el sistema del DIGESTO (Oración de Severo) y no el expresado en el CODEX (Constitución de Constantino) que había extendido la protección a los bienes muebles preciosos. La PART. 3.18.60 prescribió en el mismo sentido y agregó que debía realizarse la venta de inmuebles por almoneda (subasta pública) con autorización judicial. LÓPEZ, Gregorio . Com. PART. 3.18.60.2 coincidió con BALDO, al decir que no se requería de subasta pública si el menor tenía tutor respecto a los bienes muebles, a no ser que eligiera venderlos de aquella forma. El plazo de venta en almoneda era de treinta días útiles.

⁶⁰³ PART. 6.16.18.

⁶⁰⁴ PART. 6.16.18.

- 7) El guardador debía demandar o responder en nombre del huérfano en juicio, cuando éste era menor de siete años o cuando estaba ausente. Si eran dos o más los guardadores, cada uno podía hacer lo anterior. Si el huérfano era mayor de siete años, podía él mismo demandar pero con el otorgamiento de su guardador o éste en nombre de aquél, para lo cual se exigió que los dos estuviesen presentes. Los efectos de la sentencia recaían en los bienes del huérfano y no en los del guardador⁶⁰⁵.
- 8) El guardador debía dar su otorgamiento para que el huérfano pudiera obligarse. El otorgamiento hecho fuera de juicio debía ser en forma directa, con el guardador y el huérfano, presentes (aunque éste podía estar ausente si fuera menor o mayor de siete años), sin que debiera emplearse mandatario o mostrar carta. Pero cuando el menor se obligaba sin otorgamiento de su guardador y que resultaba beneficioso para él, el acto jurídico era válido, lo que no sucedía si era dañoso⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ PART. 6.16.17. En C. 5.40.1 sólo se contempló la pluralidad de tutores o curadores, más no la edad del pupilo.

⁶⁰⁶ PART. 6.16.17. No se observa la gestio como facultad. El otorgamiento guardaba las mismas solemnidades que la auctoritas romana como D . 26.8.5 (en forma literal coincide con el texto de PART. 6.16.17), pero no coincide con el carácter incondicional y pura de la auctoritas de D . 26.8.8, ya que en las Partidas no se hace mención de ésto. En D . 26.8.9 reconoció como principio general que el pupilo no podía obligarse por ningún contrato sin la auctoritas, pero como excepción le permitió que pudiera adquirir estipulando para sí y recibiendo el bien por entrega, sin mediar auctoritas. Las Partidas permitieron que el pupilo se obligara sin el otorgamiento, siempre que resultara beneficioso para él, por lo que se simplificó lo establecido en el Corpus Iuris Civilis y se declaró inválido todo lo que resulta dañoso. Con posterioridad, Alfonso XI y Enrique III prohibieron que los guardadores adquirieran los bienes de los huérfanos u otros incapaces, sancionando con la invalidez tales actos, lo que se incluyó en N. RECOP. CAST. 5.11.23 y así se eliminó la posibilidad de adquirir como tenía el tutor en el Corpus Iuris Civilis así como de obligarse el pupilo al tutor por actos semejantes (D. 26.8.5). Según PART. 5.5.4 los guardadores podían adquirir bienes del huérfano previa autorización del juez del lugar. Respecto a la auctoritas del tutor CINO DA PISTOIA se apartó del principio expuesto en el CORPUS IURIS CIVILIS, debido a que otorgó el carácter de natural a la obligación generada sin la participación del tutor y resultaba dañosa, reservando la invalidez en caso de que el pupilo careciese de tutor (CINO AD. RUBR. C.

- 9) Los guardadores debían hacer aprender a los huérfanos a leer y a escribir⁶⁰⁷. Esta obligación se cumplía de acuerdo al poder y riqueza del menor.
- 10) El guardador debía entregar al huérfano (según lo que determinó el juez del lugar de acuerdo a su albedrío y a la riqueza del huérfano) cierta cantidad de pan, de vino y de dinero para su manutención (gobierno) así como para vestirlo en forma anual. Todo lo anterior debía extraerse del patrimonio

8.3.9). En este sentido, las Partidas no permitieron que se produjera daño al pupilo (mayor de siete y menor de catorce) con guardador por lo que no se concedió obligación natural contra el pupilo, excepto el caso de reconocimiento de la deuda en PART. 5.14.18, en el cual el pupilo sin otorgamiento de su guardador (menor de catorce y mayor de 7) podía pagar si quería. Fuera del proceso ("juizio") las Partidas exigieron otorgamiento del guardador o su intervención en nombre del huérfano, en los siguientes casos: PART. 5.7.1 (para donar y recibir donación); PART. 5.5.4 (para enajenar o comprar bienes de sus pupilos, los guardadores de menores de catorce años necesitan autorización judicial), PART. 5.11.4 (para hacer promisión los que son defendidos por otro necesitan de guardador y entre ellos el menor de catorce años, salvo que si lo hicieran hubiera resultado beneficioso para ellos); PART. 5.13.8 (para empeñar los bienes del pupilo) y PART. 5.14.18 (para obligarse a pagar la deuda)). El menor de veinticinco años, el loco, el desmemoriado y el desgastador no necesitan del otorgamiento del guardador para recibir el pago, si contaban con la autorización del juez del lugar (PART. 5.14.4). Tampoco lo requería el mayor de catorce cuando vendía o compraba alguna cosa por jura, salvo si le engañaron o le forzaron a ello, entonces necesitaría de curador o guardador para el pleito (PART. 5.5.56). En este último caso observamos que el menor de veinticinco, pero mayor de catorce años de edad quien carecía o no de guardador le era posible enajenar por jura sobre el valor de la cosa. Si este menor tenía guardador y prometió alguna cosa a otro (promission o *estipulatio* romana) se obligaba sólo por la cuantía que le favoreciese, si no tenía la autorización del guardador al momento de hacer la promisión (PART. 5.11.4). El otorgamiento del guardador era similar al consensus romano respecto al menor de veinticinco pero mayor de catorce años y se adaptaba a su capacidad de discernimiento, salvo que la ley dispusiera lo contrario.

⁶⁰⁷ PART. 6.16.16. En D . 27.21.2. y 3 esta obligación se encontraba sujeta al arbitrio del pretor. C. 5.49.1 (CONST. DE ALEJANDRO SEVERO) se prescribió que se encomendara a la madre la educación del pupilo que tuviese tutor. Si surgía controversia por ello, el presidente debía elegir la persona y el lugar para cumplir ésto.

del huérfano, a no ser que ello no bastare por estar menguados sus bienes, careciere de ellos o existiera gran daño si el guardador mostraba la riqueza del huérfano. En tales casos, el guardador podía cumplir su obligación con bienes de su propio patrimonio, con la facultad de exigirle al huérfano que hubiese llegado a la mayoría de edad, el reembolso de lo gastado en su beneficio⁶⁰⁸.

- 11) El guardador debía criar al huérfano en el lugar señalado por el testamento y si no lo había, donde lo indicara el juez o donde viviera la madre (pero si contraía segundas nupcias, el juez retiraba al menor)⁶⁰⁹.
- 12) El guardador debía rendir cuentas una vez finalizada su gestión⁶¹⁰. Una vez que eran aceptadas, el huérfano que había adquirido la edad de catorce o de veinticinco años, debía presentarlas y solicitar al escribano público que redactara una carta de aceptación de rendición de cuentas, por la cual se daba por satisfecho y renunciaba a pedir su invalidez. Si el guardador no las presentaba, el huérfano tenía el derecho de solicitarlas en la vía judicial.

En relación a los demás incapaces, las cuentas podían ser exigidas por el sujeto a guarda que se hubiera recuperado de su demencia, mala memoria o de la prodigalidad, según el caso o por sus parientes, si el guardador no las hubiese entregado. En las Partidas no existe la regulación de estos casos, pero podría aplicarse lo establecido por los huérfanos⁶¹¹.

⁶⁰⁸ PART. 6.16.20. En D . 27.2.2.3 prescribió que los alimentos podían ser determinados por el padre en testamento, aunque el pretor siempre tenía la facultad de regularlos como ocurre en ese fragmento y en D . 27.2.1.1 (el pretor otorga alimentos y el lugar donde serán recibidos de acuerdo a la condición y riqueza del pupilo), con D . 27.2.3 (el pretor tiene el derecho de decretar los alimentos para los pupilos). En cuanto al reembolso se coincide con C. 5.50.2.

⁶⁰⁹ PART. 6.16.19 que concuerda con D .27.2..2.3 y C. 5.49.1.

⁶¹⁰ PART. 3.18.102 (Carta de rendición de cuentas).

⁶¹¹ PART. 7.34.36.

El tutor o curador no debía adquirir los bienes de las personas sometidas a su guarda⁶¹².

II.1.1.3.3. Defensa de los derechos del sometido a guarda.

II.1.1.3.3.1. Privilegios en el pleito seguido ante jueces ordinarios.

La legislación castellana no sólo se limitó a proteger a las personas incapaces ("cuidado") a través de la regulación de la guarda, sino que también les proveyó de privilegios de orden procesal a fin de cautelar con eficacia sus intereses. Estos privilegios pueden observarse a través de las fases del proceso hispánico (o también llamadas "tiempos" según Jacobo de las Leyes) cuyo número es de nueve y son las siguientes⁶¹³:

- 1) Primer tiempo: La citación o emplazamiento del juez al demandado. Para proceder al emplazamiento, el juez debía revisar si la demanda a favor del cuidado (o incapaz) o contra él, había sido hecha conforme a derecho (no existía la distinción entre admisibilidad y procedencia, ni se utilizaban como términos). Si se trataba de una demanda presentada (no se utilizaba el término "interposición") por un huérfano menor de veinticinco años, debía nombrar un guardador para pleito cuando careciera de guardador ordinario, éste hubiese sido removido o se hubiese excusado⁶¹⁴ a fin de que lo defendiera,

⁶¹² N. RECOPI. CAST. 5.11.23.

⁶¹³ Elegimos esta división del proceso por ser minuciosa y didáctica para comprender mejor el desenvolvimiento de la guarda y protección de los incapaces, lo que no podría hacerse de haber elegido el esquema planteado en las Partidas, el cual, pese a tener influencia de la obra del maestro JACOBO DE LAS LEYES titulada "Suma de los nueve tiempos de los pleitos"; carece de la simplicidad que presenta la obra doctrinaria. Tampoco el esquema supuesto en CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente "Derecho Procesal Indiano", Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1950. p.p. 83 y ss., por ser en ciertos puntos genérico en ciertos puntos y muy específico en otros lo que no se adecuaba a los datos que poseemos.

⁶¹⁴ PART. 3.2.7 (huérfano o menor sin guardador) y PART. 6.16.13 (guarda para pleito).

aún en días feriados (para las personas no cuidadas sólo en días útiles)⁶¹⁵. En cambio, si alguien había presentado una demanda a favor del huérfano menor de veinticinco años, debía manifestar su condición de guardador ante la pregunta hecha por el demandado, en forma previa a la contestación de dicha demanda (el guardador debía mostrar la carta por la cual se le nombró guardador) de lo contrario, no la contestaría⁶¹⁶. Cuando se demandaba a un huérfano menor de veinticinco años, éste debía tener guardador o no se le consideraba hecha con derecho, por lo que tenía que pedir al juez que nombrara para dicho menor un guardador para pleito y luego proceder con la presentación⁶¹⁷.

Los supuestos anteriores también eran aplicables a las demás personas cuidadas, pero se agregaba otra condición para que el demandado pudiera responder la demanda y consistía en apreciar ("catar") si el demandante ("demandador") era persona que podía estar con él en juicio, lo que podía hacerse a través de otras preguntas o señales. Si en el resultado de dicho examen no se mostraba el demandante como apto para estar en juicio, el demandado no debía contestar la demanda hasta que tuviese guardador que la presentara en nombre de la persona cuidada⁶¹⁸. El menor de veinticinco años podía dar personero sin otorgamiento de su guardador, siempre que fuera a su beneficio⁶¹⁹.

⁶¹⁵ PART. 3.2.35.

⁶¹⁶ PART. 3.3.1 (preguntas que debe hacer el demandado al demandante antes de la contestación); PART. 3.10.1 (preguntas previas al juicio) y PART. 3.7.2 (los incapaces no pueden ser emplazados si no tienen guardador).

⁶¹⁷ PART. 3.2.11 (el juez debe dar guardador para pleito al huérfano que no lo tiene en la tierra). N. RECOP. CAST. 2. 5.14 (para los grandes de España, el rey proveerá tutor y curador).

⁶¹⁸ PART. 3.3.1. La Ley no señalaba cómo debía hacerse la apreciación, porque ésta dependía de la habilidad y atención del demandado.

⁶¹⁹ PART. 3.5.3. Según PART. 3.5.19 se exigió la edad de diecisiete años cumplidos para que esta procediera. PART. 3.5.7 (se necesitaba poder expreso y especial para que el personero pueda acusar al guardador de huérfano por sospechoso).

- 2) Segundo tiempo: Concurrencia del demandado (comparecencia) o en su defecto la rebeldía. El menor de veinticinco años debía presentarse ante el juez en compañía de su guardador⁶²⁰ y los demás incapaces también⁶²¹. Si las personas cuidadas incurrían en rebeldía, si tenían guardador estarían obligados a pagar una pena pecuniaria⁶²².
- 3) Tercer tiempo: Defensiones. Según las Partidas existen dos clases de defensiones (excepciones), unas llamadas dilatorias y otras denominadas perentorias ("rematan el pleyto"). Entre las perentorias, había la defensión contra el testigo menor de edad a fin de que no se recibiera su testimonio, al ser susceptible de manipulación⁶²³.
- 4) Cuarto tiempo: Contestación de la demanda. Tanto el demandante como el demandado debían hacerse preguntas de manera recíproca cuando tenían duda acerca de la edad de la parte contraria antes que el pleito comenzará por demanda y respuesta, para poder el demandante proseguir con la presentación de su demanda y el demandado hacer la contestación⁶²⁴. Luego que el pleito comenzaba por demanda y respuesta, el guardador podía cambiar de personero⁶²⁵.
- 5) Quinto tiempo: Juramento de calumnia por las partes. El juramento de calumnia era obligatorio para las partes (en

⁶²⁰ PART. 6.16.17, PART. 3.2.7 y PART. 3.2.11.

⁶²¹ PART. 6.16.13 y PART. 3.3.1.

⁶²² PART. 3.7.8. y N. RECOP. CAST. 4.3.5 (el demandante rebelde pagará las costas del emplazado que viniere y que jurare haber gastado en su viaje de ida y vuelta).

⁶²³ PART. 3.3.11.

⁶²⁴ PART. 3.10.1; N.RECOP. CAST. 4.7.2 (la parte o su procurador con poder especial pueden responder a las posiciones, sino se las tendrá por confesos. Si hay perjurio habrá pena pecuniaria y perderá la causa). No cabe recurso alguno contra dicho mandato y la impone el Presidente y Oidores o los del Consejo Real) y N. RECOP. CAST. 2.8.14 (quien jura y no prueba debe pagar los derechos y costas ante los alcaldes).

⁶²⁵ PART. 3.10.8.

Partidas) y consistía en jurar desempeñarse en el juicio en forma leal y sin engaño. No podía hacerse mediante representante, salvo los guardadores de huérfanos (no se menciona otros casos de personas cuidadas) a no ser que el huérfano fuere de buen entendimiento y "conocedor de sus cosas", como también los personeros que habían asumido el riesgo del proceso (se ejecutaba sus bienes y no los del representado)⁶²⁶. Si las partes o una de ellas juraba una mentira, no recibían pena y se deja a Dios que la establezca, salvo el juramento hecho por testigo (juramento común, no de calumnia) en donde se producía tenía que pagar y recibía la pena de falso⁶²⁷. Se permitió bajo las reglas del juramento en general (se incluyen al común, al decisorio y al de calumnia), que el guardador de huérfano pudiera darlo en su nombre (cuando fuera el huérfano menor de catorce años) o el mismo huérfano menor, si fuera mayor de catorce años⁶²⁸. El juez le daba (obligado por ley) al huérfano jura (juramento decisorio) contra el guardador que no presentó cuentas y cuyo efecto era que el pleito se libraría en base al juramento hecho por el huérfano de que su guardador no había cumplido dicha obligación, salvo que se tratase de los herederos del guardador contra los cuales no cavía la jura sino había engaño⁶²⁹. Las personas cuidadas estaban libres de incurrir en perjurio⁶³⁰. En cuanto a otros efectos que tenía el juramento estaba el de dar por terminado el pleito, excepto en el caso del guardador (porque debía protegerse el interés del huérfano o del incapaz) y cuando lo hacía "persona de poco seso" (se alude así otros

⁶²⁶ PART. 3.11.24; N. RECOPI. CAST. 2.8.14 (quien jura de calumnia, y no prueba debe pagar los derechos y costas ante los alcaldes); N. RECOP. CAST. 4.17.10 (si faltara jura de calumnia no será nulo el proceso).

⁶²⁷ PART. 3.11.26; N. RECOP. CAST. 4.7.2.

⁶²⁸ PART. 3.11.5 y PART. 3.11.9.

⁶²⁹ PART. 3.11.6 y N. RECOP. CAST. 4.7.2. (respecto al guardador).

⁶³⁰ PART. 3.11.7. El huérfano debía ser menor de catorce años para lograr esta protección.

incapaces)⁶³¹. La jura hecha por el guardador sólo aprovechaba a su defendido⁶³².

- 6) Sexto tiempo: La prueba. Las partidas reconocieron cinco clases de prueba, que son el conocimiento (conoscencia) contra sí, los testigos las cartas hechas por escribano público, cualquiera otra cosa que pueda ser creída y valedera y la presunción (no existía distinción técnica entre prueba, medio probatorio y sucedáneos). Al regular sobre las pruebas se determinó que el menor de veinticinco años pudiera hacer conoscencia si contaba con la autorización de su guardador, pero tenía la garantía de pedir su revocación si aquella se tornaba en gran daño para él, entonces debía recurrir al rey o al juez para que lo hagan. Este privilegio también fue otorgado a los demás personas cuidadas⁶³³. Para testimoniar, se estableció la edad de catorce años cumplidos en casos civiles y de veinte años para las causas criminales, con el beneficio adicional de otorgarles presunción favorable a su testimonio⁶³⁴. Además se prohibió a los guardadores ser testigos en los pleitos en que demandasen o defendiesen⁶³⁵. Respecto a las cartas, se prescribió que las obtenidas contra viuda, huérfano, pobre o persona cuidada sólo valdrían en el lugar donde éstos vivían y allí debían obtenerse sin que valieran las otorgadas ante el rey⁶³⁶. Se estableció la obligatoriedad del traslado al contendor de la carta de nombramiento de guardador para que no existiese duda de ello y pudiera negarlo después⁶³⁷. En caso de pérdida

⁶³¹ PART. 3.11.18.

⁶³² PART. 3.11.17.

⁶³³ PART. 3.13.1.

⁶³⁴ PART. 3.16.9.

⁶³⁵ PART. 3.16.20.

⁶³⁶ PART. 3.18.41. N. RECOP. CAST. 4.3.8 (que los alcaldes de corte y chancillerías no emplacen a ninguno que no sea de ellos, salvo en pleitos de viudas, huérfanos y personas miserables), N. RECOP. y N. RECOP. CAST. 4.3.9. (que los oidores. los del Consejo Real, Alcaldes y Notarios de Corte no emplacen a cualquier personas, sino a las que tienen derecho reconocidas en las Partidas y otras leyes).

⁶³⁷ PART. 3.18.112.

de dicha carta, el escribano público podía hacer otra a partir de su registro, en donde debían obrar las cartas hechas por él⁶³⁸, sin recurrir al juez (como ocurría en cartas sobre deudas).

- 7) Séptimo tiempo: Discusión sobre la prueba. No se permitió que el guardador de huérfano pudiera contradecir la carta de inventario hecha por escribano público⁶³⁹. Se daban los alegatos y no era posible aducir nuevas pruebas luego de su conclusión.
- 8) Octavo tiempo: Citación para oír sentencia. Debían estar presentes el guardador y el huérfano mayor de siete años, salvo que éste fuese menor o estuviese ausente⁶⁴⁰.
- 9) Noveno tiempo: Sentencia. Cuando se trataba de menor de catorce años con guardador, el juez podía dar sentencia (juicio) sin mayor averiguación. La decisión del juez se mantenía hasta que el huérfano tuviera mayoría de catorce, siempre que la parte contraria pudiese probar que tenía derecho a la tenencia de los bienes hereditarios (del padre del huérfano) en forma fehaciente. De lo contrario, el huérfano no estaba obligado a responder a la demanda y al juez fallaba en su favor⁶⁴¹. Si el huérfano menor de veinticinco años u otra persona cuidada, recibían juicio desfavorable a éste no valdría⁶⁴². Además, se prescribió que la amenaza que el juez hiciera en la sentencia de pagar el doble si el guardador de huérfano no cumpliera con lo ordenado, tenía la calidad de juicio una vez pasado el plazo sin que cumpliera, lo que no ocurría en otros procesos cuyos intervinientes (las partes eran personas hábiles, en donde tal amenaza no era juicio⁶⁴³.

⁶³⁸ PART. 3.19.10.

⁶³⁹ PART. 3.18.120.

⁶⁴⁰ PART. 6.16.17.

⁶⁴¹ PART. 3.22.7.

⁶⁴² PART. 3.22.12.

⁶⁴³ PART. 3.22.22.

El período de impugnación no estaba considerado como tiempo por Jacobo de las Leyes, sin embargo, mencionamos que los guardadores de huérfanos se podían alzar al igual que los personeros que nombraban, de las sentencias dadas contra el huérfano⁶⁴⁴. Así mismo, cuando uno de los que tenían un bien en común, era menor que pedía restitución, la alzada le favorecía sólo a él. En caso de pluralidad de guardadores, si uno se alzaba, favorecía al menor y a los otros, pero si éste era guardador que no administró los bienes (caso de guardador honorario), si se alzaba no favorecía a ninguno⁶⁴⁵.

II.1.1.3.3.2.Privilegios en el pleito seguido ante jueces de avenencia.

En las Partidas, el pleito que se tramitaba ante los jueces "avenidores" o árbitros, tenía la misma estructura⁶⁴⁶ que el seguido ante los jueces ordinarios; en consecuencia, se aplicaron los mismos privilegios concedidos al huérfano menor de veinticinco años, pero mayor de catorce excepto en lo relacionado con el acuerdo de avenencia y las particularidades surgidas de esta vía (propio de ésta clase de pleitos) porque el dicho menor podía someter la controversia que tuviere, sin necesidad de guardador y a pesar de haberse establecido que sólo las personas mayores de veinticinco años podían hacerlo o cuando aquél tuviese el otorgamiento de su guardador. El supuesto mencionado se aplicaba de manera excepcional cuando la parte contraria procedía por error en la cualidad persona de la otra parte (creer que era mayor de veinticinco años) o si conocía la insuficiencia de la edad legítima,

⁶⁴⁴ PART. 3.23.2 y N. RECOP. CAST. 4.18.3 (que no haya apelación de sentencia interlocutoria salvo las dadas sobre defensión perentoria, perjuicio de un artículo al pleito principal, juez incompetente o juez sospechoso, dentro de los nueve días).

⁶⁴⁵ PART. 3.23.5.

⁶⁴⁶ PART. 3.4.23.

había obrado con engaño en contra del menor fin de perjudicarlo⁶⁴⁷.

Sí había existido error, podrían haberse presentado dos circunstancias:

- 1) Cuando el huérfano menor de veinticinco, pero mayor de catorce años no había querido estar en el juicio (pleito) y se le había persuadido para que lo esté con la presencia de fiadores que asegurarían lo mandado por los avenidores, pero llegado este momento, el menor no obedecía dicho mandato. Según las Partidas, el menor podía desobedecer la sentencia de los avenidores y en su lugar pagarían los fiadores la pena establecida por la desobediencia de la parte vencida⁶⁴⁸.
- 2) Cuando el huérfano menor de veinticinco, pero mayor de catorce años se había sometido la controversia a los avenidores por sí mismo, sin la intervención de otra persona que lo persuadiese, además de carecer de guardadores y se negara a obedecer la sentencia de aquéllos. Las Partidas prescribieron que dicho menor tenía que haber por firme dicho mandato y pagar la pena establecida en el acuerdo⁶⁴⁹.

Si había existido engaño de la parte contraria o de quien había persuadido al huérfano para que sometiera la controversia a los avenidores, dicho menor de veinticinco pero mayor de catorce años, podía negarse al acatamiento de la sentencia sin incurrir en la pena establecida, siempre que se probara el engaño⁶⁵⁰.

Cuando se trataba de menor de catorce años, éste debía contar con guardador que sometiera la controversia en su nombre, de lo

⁶⁴⁷ PART. 3.4.25.

⁶⁴⁸ PART. 3.4.25.

⁶⁴⁹ PART. 3.4.25 y N.RECOP. CAST. 4..21.4. (se puede apelar o interponer otro remedio contra la sentencia de avenidores ante el juez y de la resolución de éste a la Audiencia, siempre que el impugnante otorgue fianzas abonadas frente a escribano público y al juez o jueces).

⁶⁵⁰ PART. 3.4.25.

contrario no valía lo que hiciera a diferencia de lo que ocurría en el pleito con jueces ordinarios donde para demandar, debía ser mayor de siete años y tener el otorgamiento del guardador, por lo que estaba sujeto en forma similar a lo prescrito para menores de siete años⁶⁵¹. Menos aún se aplicaba lo establecido para los actos jurídicos fuera del proceso⁶⁵².

II.1.1.3.3.3. Privilegio y garantía para el huérfano y otras personas cuidadas sobre los bienes del guardador. En las Partidas se regula de manera expresa el caso del huérfano, quien al igual que lo establecido en el Corpus Iuris Civilis, tenía derecho de preferencia sobre los bienes que el guardador hubiera adquirido con el dinero de aquel frente a terceros⁶⁵³. Sin embargo, dicha preferencia no quedó restringida a los bienes adquiridos con dinero del huérfano, sino que también se aplicó a todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros del guardador, por cualquier pérdida o menoscabo en la persona y bienes del huérfano lo cual se transmitía a los herederos de dicho guardador en caso de que muriese y abarcaba desde el día en que comenzó a ejercer oficio hasta que rindiera cuentas y recaudo⁶⁵⁴. En caso de no hacerlo, presentarlas incompletas o surgiese daño de la rendición de cuentas, el huérfano tenía el derecho de vender en almoneda pública y de buena fe los bienes del guardador o de sus herederos, que fueran necesarios para cubrir la deuda impaga de éstos⁶⁵⁵. Las

⁶⁵¹ PART. 6.16.17.

⁶⁵² PART. 6.16.17.

⁶⁵³ PART. 5.13.30. En el CORPUS IURIS CIVILIS: C. 5.37.20.

⁶⁵⁴ PART. 3.18.94 y PART. 5.13.23. Además: SÁNCHEZ, Galo. *Ibidem.*, p. 477, donde se observa la parte de la fórmula de nombramiento de tutor en que consta la obligación de los bienes muebles e inmuebles "avidos e por aver doquier e en qualquier lugar que los ella toviere para que si por culpa o negligencia suya algund danno o menoscabo a los dichos menores e a sus bienes e cosas e pleitos o alguna cosa dello [i] viesse que ella gelo pagase por si e por sus bienes los quales obligo [...]". En PART. 3.18.94 se presenta la adición a dicha fórmula y consiste en obligar a los herederos.

⁶⁵⁵ PART. 5.13.41 (procedimiento de venta de la cosa empeñada).

Partidas exigían que antes de la venta debía notificarse al afectado en su casa o los que hallare en ella⁶⁵⁶.

En el Código alfonsino no se regula sobre la actio hipotecaria como sí sucedía en el Corpus Iuris Civilis⁶⁵⁷ (como juicio de buena fe). No existen indicios de ésta por la forma singular de ejecución de los peños que tenía la legislación hispánica (el juez sólo intervenía para autorizar el contrato para empeñar) en donde el acreedor no necesitaba una acción determinada para cobrarse la deuda, sino que procedía dentro de un plazo (convenido o legal) a vender el bien empeñado que estaba en su poder⁶⁵⁸. En el caso del huérfano, ya que no tenía la posesión de los bienes del guardador, debía presentar demanda de rendición de cuentas y luego proceder a la venta en almoneda cuando el monto fuera indeterminado. En cambio, si se trataba de sumas o bienes determinados bastaba la simple petición del afectado al juez quien ordenaba el pago sin mayor trámite.

II. 1.1.3.3.4. Acusación por sospechoso. Era una denuncia de naturaleza penal que procedía contra el guardador que era considerado como sospechoso a fin de que se proceda a removerlo y darle infamia. El lenguaje castellano de las Siete Partidas se le definió como "profaçamiento que un ome faze a otro ante del Judgador, afrontandolo de algun yerro, que dize que fizo el acusado, e pidiendolo, que le faga vengança del"⁶⁵⁹. "Profaçamiento" significa injuria o afrenta, lo que expresa la ausencia de un lenguaje técnico como sucedió en el derecho romano. Sin embargo, coincidió con él en la titularidad de la acusación, que tenía carácter público, es decir que cualquier

⁶⁵⁶ PART. 5.13.41.

⁶⁵⁷ C. 5.70.7.5 y 6; C. 5.30.5; C. 4.53 y C. 6.61.6.4.

⁶⁵⁸ PART. 5.13.41, PART. 5.13.23 (peño tácito sobre bienes del guardador) y PART. 5.13.42 (plazo legal para vender lo empeñado: doce días si fuera mueble, y treinta días en caso de inmueble, desde el día en que el acreedor comunicó al deudor en presencia de hombre buenos).

⁶⁵⁹ PART. 7.1.1. (definición de acusación).

persona⁶⁶⁰ podía presentarla menos los infames y perjuros⁶⁶¹. Inclusive, se permitió que el huérfano mayor de catorce años pudiera acusar de sospechoso a su guardador ante el juez del lugar en donde estuviesen sus bienes⁶⁶², lo que nos lleva a interpretar que esta norma no dejaba de lado al lugar del nacimiento del huérfano o de su padre, porque ambas reglas se implicaban, lo que quiere decir que no importaba donde viviera el huérfano debido a que siempre existiría un bien o varios de ellos que le pertenecieran en aquel lugar. Por otro lado, la regla de la situación de los bienes facilitaba la presentación de la acusación y el actuar inmediato del juez, ya que a veces el huérfano tenía bienes ubicados en diferentes lugares, tal vez distantes, por lo que motivaría que el guardador estuviese en forma regular de viaje para cuidar y administrar a éstos.

Las causales de procedencia de la acusación por sospechoso eran las siguientes:

- 1) El guardador que "desgastara" los bienes del huérfano⁶⁶³.
- 2) El guardador que mostrara malas costumbres al huérfano⁶⁶⁴.
- 3) El guardador que procurase el mal en los bienes del huérfano⁶⁶⁵.
- 4) Si se descubriese después del nombramiento, que el guardador era enemigo de huérfano o de sus parientes⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ PART. 6.18.2 (quiénes pueden acusar de sospechoso al guardador).

⁶⁶¹ PART. 7.1. 2 (quiénes pueden acusar y quiénes no).

⁶⁶² PART. 6.18.2. GREGORIO LÓPEZ. Com. PART. 6.18.2.7 coincide con BALDO Y BARTOLO al señalar que la acusación por sospechoso podía interponerse ante el juez civil o la Real Cancillería y sus oidores si el guardador no había administrado siempre que hubiera culpa, más no cuando hubiera dolo, en donde eran competentes los jueces y oidores de las causas criminales. Las Partidas no hacían distinción, lo que indica que se tramitaba la acusación por el juez y oidores en el procedimiento de las causas criminales.

⁶⁶³ PART. 6.18.1. En el CORPUS IURIS CIVILIS: D . 26.10.1. 5.

⁶⁶⁴ PART. 6.18.1. CORPUS IURIS CIVILIS: D . 26.10.8.

⁶⁶⁵ PART. 6. 18.1. En D . 26.10.3.5 se refiere al tutor o curador que roba o hurta los bienes del pupilo y al actuar sórdido.

⁶⁶⁶ PART. 6.18.1. El D . 26.10.3.5 alude al actuar pernicioso contra el pupilo, pero D . 26.10.3.12 alude a la enemistad con el pupilo y ascendientes.

- 5) Cuando el guardador mintiera al juez sobre los alimentos, al decir que no los daba por carecer de ellos y se le descubriese lo contrario⁶⁶⁷.
- 6) Cuando omitiera hacer el inventario de los bienes del huérfano⁶⁶⁸.
- 7) Si el guardador no defendía al huérfano y a sus bienes en juicio o fuera de él⁶⁶⁹.
- 8) Cuando se escondía al saber que había sido nombrado guardador del huérfano y se negara a comparecer ante el juez⁶⁷⁰.

La acusación procedía contra cualquier clase de guardador de huérfano, además se extendió al guardador de quien estuviera en vientre⁶⁷¹ pero no se reguló el plazo prescriptorio para presentarla como en el *Corpus Iuris Civilis*, que lo estableció desde el nombramiento o discernimiento del cargo hasta la llegada de la pubertad o de la edad legítima en caso del curador. En las Partidas, puede deducirse de las mismas disposiciones sobre el guardador sospechoso que se coincidía con el derecho romano justiniano, porque se toma en cuenta la finalidad de la acusación cual era la

⁶⁶⁷ PART. 6.18.1. El D . 26.10.7.2 (CONSTITUCIÓN DE SEPTIMIO SEVERO) regula sólo el caso de la rebeldía del tutor a comparecer ante pretor. En D . 26.10.3.14. coincide con el anterior supuesto y D . 26.10.3. 15 completa lo regulado en los otros fragmentos al expresar que el tutor también será considerado sospechoso y removido si se presentara y mintiera al pretor. INST. 1.26.10 es muy similar alas Partidas.

⁶⁶⁸ PART. 6.18.1.1. El D . 26.7.7. le atribuyó presunción de dolo con prueba en contrario y C. 5.51. 13. 1.

⁶⁶⁹ PART. 6.18.1. No aparece en forma específica en el *Corpus Iuris Civilis*. INST. 1.26.5.

⁶⁷⁰ PART. 6.18.1. Similar a D . 26.10.7.3 que sólo se refiere al curador. El tutor que no administraba no podía ser acusado de sospechoso, pero sí removido por su negligencia o dolo, según D . 26.10.4.4. Sin embargo, INST. 1.26.6 señaló que en caso de remoción por dolo, el tutor quedaba infame y agregó que podía removerse por sospechoso aunque no hubiese administrado. Todo ello aún es discutido. VÉASE: SOLAZZI, Siro. *Ibidem*. p.p. 224 y ss.

⁶⁷¹ PART. 6.18.1.

remoción del guardador nombrado o que había recibido el discernimiento del oficio⁶⁷².

Las consecuencias de encontrarse sospechoso al guardador eran:

- 1) La infamia perpetua, que era la injuria ("profaçamiento") hecha contra la fama o buen estado del hombre que vive conforme a la ley y a las buenas costumbres⁶⁷³. Había infamia que nacía de la ley (los supuestos eran establecidos en forma previa por la naturaleza de éstos, por ejemplo, los fornicios, los alcahuetes y los usureros)⁶⁷⁴ y la infamia que nacía de hecho (el supuesto se daba luego de una decisión privada como en el testamento o por decisión judicial, como es el caso del guardador sospechoso)⁶⁷⁵.
- 2) Indemnizar el daño que hizo al huérfano⁶⁷⁶.
- 3) Remoción definitiva del guardador con nombramiento de sustituto.

La remoción provisional del oficio de guardador y nombramiento de hombre bueno que lo sustituyera en la guarda del huérfano hasta que acabara el pleito. Esto debía ser luego de la acusación y una vez que el pleito hubiese comenzado por demanda y respuesta⁶⁷⁷.

Las Partidas facultaron al juez para remover al guardador sin que nadie lo hubiera acusado, siempre que entendiere que el guardador no cumplía con sus deberes e hiciera mal al huérfano⁶⁷⁸. Una vez removido el guardador, el juez debía nombrar a un hombre bueno que ocupara el lugar del anterior⁶⁷⁹.

⁶⁷² PART. 6.18.4.

⁶⁷³ PART. 7.6.1.

⁶⁷⁴ PART. 7.6.2.

⁶⁷⁵ PART. 7.6.3. y PART. 7.6.5.

⁶⁷⁶ PART. 6.18.4.

⁶⁷⁷ PART. 6.18.3.

⁶⁷⁸ PART. 6.18.3.

⁶⁷⁹ PART. 6.18.4.

Sin embargo, existía la posibilidad de que el juez por medio de su albedrío determinase que el guardador no había actuado con engaño y a sabiendas, sino con pereza o descuido (mal recabdo). Entonces, el juez no lo penaría con la infamia y en lugar de ello procedería a removerlo⁶⁸⁰.

No existe referencia alguna sobre las demás personas cuidadas, lo que hace suponer que se utilizó la analogía para aplicar las normas referentes a la acusación por sospechoso en los casos del loco, desmemoriado y desgastador de lo suyo⁶⁸¹. En el Corpus Iuris Civilis, la acusación por sospechoso procedía contra cualquiera clase de tutor o curador⁶⁸².

II.1.1.3.3.5. Entrega o *integrum restitutione*.

Las Partidas definieron a la *restitutio in integrum* como demanda de entrega presentada por el menor al juez con la finalidad de que éste torne al estado original un juicio o postura (contrato) hecho en perjuicio del huérfano, para lo cual peticionaba la revocación del juicio dado en contra suya cuando se tratara del ámbito judicial⁶⁸³. En este caso, procedía aún cuando no se hubiera dado el juicio (sentencia) o la alzada de éste, para lo cual debían estar los huérfanos con sus guardadores, de lo contrario, el juicio sería nulo ("no valdría") y por tal motivo no sería necesario revocarlo por restitución ("desatarla") porque éste no existía⁶⁸⁴. Pero en otra ley de Partidas⁶⁸⁵ se definió que la "*restitutio*, en latín tanto quiere dezir en romance como tornar las cosas en aquel estado en que eran, en ante que fuesse dado el juyzio sobre ellas". Gregorio López, ante esta contradicción prefirió adherirse a la

⁶⁸⁰ PART. 6.18.4.

⁶⁸¹ PART. 7.34.36.

⁶⁸² D . 26.10.1.5; D . 26.10.3.2 y D . 26.10.3.3.

⁶⁸³ PART. 6.19.1 y PART. 3.25.1 (definición de restitución o entrega).

⁶⁸⁴ PART. 3.25.1 y N. RECOPI. CAST. 4.5.5 (la restitución sólo por una vez y en primera instancia). En segunda instancia sólo por no dar probanza en el término de quince días desde la publicación según la N. RECOPI. CAST. 4.9.5.

⁶⁸⁵ PART. 3.25.1.

concepción romana de la institución y en su traducción concisa de la definición castellana al latín dijo que restitución era la reposición al prístino estado⁶⁸⁶, aunque no con fidelidad, porque se le denomina auxilio o remedio en el *Corpus Iuris Civilis*⁶⁸⁷.

Los legitimados para pedir la restitución eran el menor de veinticinco años, su guardador o su abogado⁶⁸⁸ contra tercero que engañó a dicho menor aprovechándose de su inexperiencia (liviandad) o por culpa de su guardador o del abogado⁶⁸⁹.

Era esencial probar que el menor tenía menos de veinticinco años y el menoscabo o el daño que había recibido para poder revocar el juicio lo pactado⁶⁹⁰. De lo contrario, se le imponía una pena pecuniaria⁶⁹¹.

No procedía la restitución en los casos siguientes:

- 1) Cuando quien la solicitara fingiera ser menor de veinticinco años⁶⁹².
- 2) Si el mayor de catorce, pero menor de veinticinco años había jurado que la venta, el pleito o la postura que hacía con otro no sería "desatada" por razón de su edad⁶⁹³.
- 3) En el supuesto que se hubiere dado una sentencia contraria a la restitución, salvo que se alzara⁶⁹⁴.
- 4) Cuando hubiese perdido en pleito con un siervo, el cual fue declarado libre⁶⁹⁵.

⁶⁸⁶ LÓPEZ., Gregorio. COM. PART. 6.19.1.

⁶⁸⁷ D . 4.1.1. VÉASE: GALLAGHER, Manuel C. Restitución por entero. EN: Revista Universitaria. Lima. Año VI. Vol. II. Noviembre 1911, p.p. 470.477.

⁶⁸⁸ PART. 6.19.3 y PART. 3.15.1. El D . 4.1.16.5 y D . 4.1.6 concedió titularidad para pedir la restitución a los herederos, lo que no sucedió en las Partidas.

⁶⁸⁹ PART. 6.19.2. y PART. 6.19.3.

⁶⁹⁰ PART. 6.19.2 y PART. 6.19.4.

⁶⁹¹ N. RECOP. CAST. 4.5.6.

⁶⁹² PART. 6.19.6.

⁶⁹³ PART. 6.19.6.

⁶⁹⁴ PART. 6.19.6.

⁶⁹⁵ PART. 6.19.6.

- 5) Si se demostraba que el menor tenía entendimiento igual que una persona de edad cumplida⁶⁹⁶.

El juez competente era aquel del lugar donde se hizo la postura o se dio el juicio⁶⁹⁷ y debía presentarse dentro del plazo de quince días desde la publicación de las probanzas (cuando se solicitaba la restitución para hacer probanza)⁶⁹⁸ o cuando se tratara de la revocación del juicio o de postura, podía presentarla desde que se produjo el agravio hasta que cumpliera veinticinco años⁶⁹⁹.

II.1.1.3.4. Extinción de la guarda.

Según las Partidas la guarda se extinguía cuando:

- 1) El huérfano alcanzaba la edad de doce (mujer) o catorce (varón)⁷⁰⁰.
- 2) El huérfano que había solicitado guardador a la edad de doce (si fuera mujer) o catorce (si fuera varón) llegaba a la edad de veinticinco años⁷⁰¹.
- 3) El loco, el desmemoriado o el desgastador de lo suyo recobraban el ejercicio de sus derechos al revocarse la interdicción⁷⁰².

⁶⁹⁶ PART. 6.19.6. En D. 4.4.24.1 señaló que la restitución se daba de acuerdo a la equidad y a la buena fe.

⁶⁹⁷ PART. 6.19.5 y PART. 3.15.3.

⁶⁹⁸ N. RECOP. CAST. 4.8.3 y N. RECOP. CAST. 2.10. 16 (los privilegios para pedir restitución, no la tengan para poner recusaciones fuera de los términos prescritos).

⁶⁹⁹ PART. 3.25.3. EN: C. 2.52.7 se prescribió que el menor podía solicitar la restitución durante cuatro años continuos a partir de la edad de veinticinco años. En cambio, para el heredero del menor, era computado el plazo desde el día del agravio hasta el día en que el menor difunto hubiera cumplido los veinticinco años de edad. Las Partidas y la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla no acogieron ninguna de estas soluciones.

⁷⁰⁰ PART. 6.16.21.

⁷⁰¹ PART. 6.16.13.

⁷⁰² PART. 6.16.13.

- 4) El guardador para litigio o para bienes, terminaban con la misión encomendada⁷⁰³.
- 5) El guardador que había recibido el oficio hasta cierto plazo o condición⁷⁰⁴.
- 6) El guardador o el huérfano fallecían.
- 7) El guardador se excusaba⁷⁰⁵.
- 8) El guardador era declarado infame⁷⁰⁶.
- 9) El guardador era declarado sospechoso y removido del oficio con nota de infamia o sin ella⁷⁰⁷.
- 10) El matrimonio del huérfano sometido a guarda, siempre que fuera mayor de doce (en las mujeres) o de catorce (en los varones)⁷⁰⁸.

II. 1.2. La legislación indiana: El Cedulaario de Encinas y la Recopilación de Leyes de Indias del año 1680.

La legislación castellana se aplicó en las Indias españolas primero en forma absoluta, de acuerdo al principio dado por Bartolo y Baldo que consistía en que la ley del país dominante pasaba a regir y aplicarse en el país dominado. Este principio se llamó de yuxtaposición⁷⁰⁹. Luego, al crecer la complejidad de las

⁷⁰³ PART. 6.16.13.

⁷⁰⁴ PART. 6.16.12 y SEOANE, María. Op. cit., p. 431.

⁷⁰⁵ PART. 6.17.1.

⁷⁰⁶ PART. 7.6.3 y PART. 7.6.5.

⁷⁰⁷ PART. 6.18.4.

⁷⁰⁸ PART. 4.1.6 y L. DE TORO 47 ("El hijo o hija casado velado, sea avido por emancipado, en todas las cosas para siempre").

⁷⁰⁹ BASADRE GROHMANN, Jorge. Historia del Derecho Peruano. 2da ed. Lima. EDIGRAF S.A. 1986..Lima. p. 282. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. México. UNAM. 1994.p.p. 229-230. Este autor señala que desde 1614 cesó la automática aplicación en Indias de la ley castellana y se prescribió que el Consejo de Indias autorizaría su aplicación para América. (R. Ind. 2.1.39 y 40). GARCÍA-GALLO, Alfonso. La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI. En: A.H.D.E. Madrid. T. XXI-XXII. 1951-52. p.p. 617-618, en donde afirma que las leyes de Castilla regían también en Indias, porque éstas formaban parte de aquélla, salvo que contradijeran el derecho particular del Nuevo Mundo. A continuación explica la excepción a lo anterior, al decir que sólo la Ley de promulgación de la

situaciones y relaciones jurídicas apareció el derecho indiano que tomó en forma paulatina el lugar de aquel, el cual quedó como derecho supletorio⁷¹⁰.

II. 1. 2. 1. Protección del menor.

Las disposiciones reales sobre tutela y curatela en el derecho indiano obran insertas tanto en el Cedulaario de Encinas como en la Recopilación de Leyes de Indias, son las siguientes:

Recopilación de 1567 hizo posible la derogación total de todas las leyes previas a ella "aunque sean diferentes, o contrarias a las otras leyes (...) ni se juzgue por ellas, sino solamente por las de este libro (...) ". LEVENE, Ricardo. Fuentes del Derecho Indiano. EN: A.H.D.E. Madrid. TI. 1924. p. 67. opina que si bien se aplicó el derecho castellano en forma subsidiaria en el ámbito del derecho privado, no debe cometerse el error de algunos autores que estudian a éste en la legislación de Castilla, porque las leyes para el Nuevo Mundo "fueron fijando y reconociendo la estructura de las instituciones básicas de derecho privado, la propiedad y la familia, de las cuales no se puede tener cabal idea a través de las disposiciones del derecho materno". Esto es cierto, pero también debe reconocerse la función cumplida por los órganos jurisdiccionales en Indias. Sobre esto véase también: SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Edición y utilización de nuevas fuentes para el estudio de las instituciones indianas. EN: A.H.D.E. Madrid.T. XVIII. 1947. p.p. 765-766, quien otorga la importancia que tiene el derecho castellano para conocer el origen de la institución sobre la cual se investiga y comprenden su aplicación. MANZANO MANZANO, Juan. Historia de las Recopilaciones de Indias. Madrid. Ediciones de Cultura Hispánica.1950.T. I, p.p. . 5 y ss., que es esencial para conocer la situación de las leyes en Indias durante el siglo XV. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Casuísmo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indano. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones deHistoria del Derecho Indiano. 1995. p.p. 98-119 sobre las circunstancias diferentes para aplicar las leyes en Indias respecto a Castilla, por lo que predominaba el Casuísmo.

⁷¹⁰ R. IND. 2.1.2 que señaló que en primer lugar se aplicaba la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, en segundo término las leyes despachadas para Indias en cuanto no estuvieran revocadas con el pase dado por el Real y Supremo Consejo de Indias y las costumbres indígenas que no fueran contra el Rey o la religión, para finalizar, en caso de defecto o inexistencia se aplicaban las Leyes de Toro lo que nos indica que también podía utilizarse la L. De Toro. 1, cuyo orden de prelación incluye las Partidas que ocupan el tercer lugar (en el primero están las Leyes de Toro y en segundo término, los fueros).

- 1) Real Cédula de 1525 (20/03). El Rey ordenó a la Real Audiencia de Santo Domingo que en adelante tomase razón de las haciendas (patrimonios) de los menores a quienes se otorgaba tutor o curador y si dichos menores morían, debían entregar sus haciendas de parte de los tutores y curadores a la Real Audiencia para que ella las diese al Tenedor de los bienes de difuntos quien las remitiría a la Casa de Contratación de Sevilla. Esta Real Cédula tuvo por finalidad detener y evitar los numerosos fraudes que sufrían los huérfanos de la Isla Española por sus tutores y curadores porque muchos de éstos no cumplían con dar cuenta anual como estaban obligados, lo cual producía los perjuicios mencionados⁷¹¹.

Agrega la Real Cédula, que la Real Audiencia debía encargarse de informar y vigilar los bienes de los huérfanos. La cuenta de ellos debía comprender toda la administración del tutor o curador ("assi de lo passado, como de lo de adelante"). Así mismo, cuando la Real Audiencia desposeía a los tutores o curadores de los bienes de los menores fallecidos, debía llamar y oír a las partes interesadas en ellos para determinar si tenía herederos y si no existían se entregaban las haciendas al Tenedor de los bienes de difuntos quien era compelido a trasladarlos a la Casa de Contratación. Ésta debía llamar a los parientes en España por medio de edictos colocados en lugares públicos, previo inventario⁷¹².

- 2) Real Cédula de 1543 (31/10). El Rey ordenó a la Real Audiencia de Nueva España (Presidente y Oidores) que nombrara una persona de confianza con salario moderado,⁷¹³

⁷¹¹ ENCINAS, Diego de. *Cedulario Indiano*. Fol. 387.

⁷¹² ENCINAS, Diego de. *Op. cit.* Fol. 395. SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan. *Política Indiana*. 5.7.9. El tenedor de bienes de difuntos era un alcalde del Cabildo según Real Cédula de 1550 (Encinas, Diego. *Ibidem*. Fol. 378).

⁷¹³ ENCINAS, Diego de. *Ibidem*. Fols. 387-388. En la cita hecha por Ots Capdequí, José. *El Estado Español en las Indias*. 2da ed. México. Fondo de Cultura Económica. 1946. p. 110 existe variación. Nosotros seguimos al texto de la Real Cédula que obra en el *Cedulario Indiano*, la que prescribía: " (...) convenía poner una persona de confianza con salario moderado(...)".

que se encargara de tomar cuenta cada año a todos los tutores y curadores de menores sobre los bienes que éstos hubieren recibido para saber si habían obtenido beneficio a costa de ellos. Además, los tutores y curadores debían dar cuenta sobre la doctrina (educación y religión) que hubiesen enseñado a los menores. Si tal examen resultaba contrario a lo esperado de los tutores y curadores, dicha persona podía removerlos del cargo para entregar al menor a otra persona que le pareciese necesaria para el bien y utilidad de aquél y sus bienes, con la debida orden a los alguaciles de Nueva España para que cumplieran lo mandado por dicha persona, así como a los escribanos para que le diesen las "escrituras y tutelas" que solicitara. A su vez, ordenó que la Real Audiencia con su Presidente u Oidores informaran de todo lo referente a los menores y sus bienes al Real y Supremo Consejo de Indias.

El motivo de la referida Real Cédula fue la dilapidación que hacían los tutores y curadores de los bienes de los menores confiados a su oficio, lo cual se trató de evitar.

- 3) Real Cédula de 1544. (En el texto aparece otra fecha junto con aquella: 15/10/1548). Dirigida por el Rey al Presidente y Oidores de la Real Audiencia de la Ciudad de los Reyes, para que no se discerniera la tutela ni la curatela de ningún menor que tuvieren bienes, sin que primero el escribano del Cabildo tuviera razón de la tutela y hacienda del menor, de las fianzas que ofrecía y los hubiese asentado en su libro de registro, lo que también debía hacer con el discernimiento de tales los oficios. Se ordenó que el Presidente y Oidores de dicha Real Audiencia compelieran el cumplimiento de la disposición a las Justicias, a fin de que castigaran a los contraventores, proveyeran al cargo de tutor y curador a personas abonadas que dieran fianzas y que otorgasen cuenta de su gestión cuando se les ordenara⁷¹⁴.

⁷¹⁴ ENCINAS, Diego de. *Ibidem*, Fols. 388-389.

El origen de esta Real Cédula se encuentra en una petición hecha por el Consejo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de Panamá en una relación donde menciona que por razón del oficio de comerciante, muchas personas dejaban a sus hijos menores de edad al fallecer, en poder de sus parientes o aún peor permanecían sin tutor por ausencia o muerte de éste lo que producía perjuicio en los bienes de los menores y por tal motivo solicitaron que no se discerniera el oficio de tutor o curador mientras no obrase escritura de bienes y fianzas en el libro registro del escribano, así como su discernimiento. Además peticionaron que cada tres años o cuando les pareciera necesario, el Cabildo nombrara a una persona que tomara cuentas de la gestión de los tutores o curadores o fiadores que se encargasen de la administración. El pedido de fiscalización por persona nombrada por el Cabildo cada tres años, fue desestimado y se acogió la segunda posibilidad ("cuando les pareciere ser necesario") y lo demás.

- 4) Real Cédula de 1548 (07/05). El Rey ordenó al Presidente y Oidores de la Real Audiencia de Nueva España, así como a otras Justicias de dicha región, que no diesen por tutor y curador a los padrastros de los menores ni a los solteros. En cuanto a las personas que reunían tales cualidades y ejercían el oficio a la fecha de expedición de la Real Cédula, debían ser removidos y ser reemplazados por personas "legas, llanas y abonadas"⁷¹⁵.

El motivo de esta Real Cédula fue la petición presentada por Gonzalo Diez de Vargas, vecino de la Ciudad de los Angeles por haberse dado numerosos inconvenientes (no son explicados).

- 5) Real Cédula de 1555 (18/02). Se dispuso por el Rey que los huérfanos de españoles y mestizos que se encontraban en las Indias en estado de abandono y miseria, se les proveyera de tutores, para sus personas y bienes, además ordenó que se diese oficio a los varones y en servicio o en Colegios y Casas de

⁷¹⁵ ENCINAS, Diego de. *Ibíd.* Fol.388.

recogida a las doncellas, de acuerdo a su patrimonio. Se otorgó también licencia general para los que se desearan regresar a España pudieran hacerlo⁷¹⁶.

- 6) Reales Cédulas de 1581 y 1586. Se mandó que el escribano de Cabildo tuviese un libro de registro en donde obraran las escrituras sobre tutelas y fianzas⁷¹⁷.
- 7) Real Cédula de 1578 (10/11). El Rey ordenó que el tutor o el curador pudiesen nombrar escudero para el menor de veinticinco años que fuese poseedor de encomiendas⁷¹⁸.
- 8) Real Cédula de 1637 (09/10). Se prohibió a los Virreyes conceder habilitaciones de edad para los menores de dieciocho o veinte años, debido al perjuicio que sufrían por su inexperiencia. En tales casos, debían remitir al Real Consejo Supremo de Indias "las instancias con las debidas informaciones para en su vista proveer a lo conveniente"⁷¹⁹.
- 9) Real Cédula de 1697 (09/06). Se legalizó la práctica realizada por los escribanos de provincia en el Ayuntamiento de Panamá de dar tutores, lo cual era hasta entonces contraria, la facultad primitiva que tenían los "públicos" (sic.) y justicias ordinarias debido a la necesidad de proveerlos (a pesar del daño constante

⁷¹⁶ Según OTS CAPDEQUÍ, José. Op. Cit.. p.p. 110-111. No hemos podido hallar esta Real Cédula en el Cedulaario Indiano de Encinas, pero sí encontramos otras con tenor muy similar en: SOLÓRZANO PEREIRA (sic.), Juan de . Libro Primero de la Recopilación de las Cédulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas Reales.1.6.5 ("Ley quinta de los recogimientos de niños y doncellas, y casas de beatas") . En la nota respectiva se indican las Reales Cédulas de 1557; 1530; 1552: 1553(dos de dicho año). También una carta se refiere al Perú y se dirigió al Virrey Luis de Velasco (28/03/1620). AYALA, Josef de. Notas a la Recopilación de Indias. Origen e historia ilustrada de las Leyes de Indias. 1.23.14. Señala en su Nota a dicha ley, las Reales Cédulas 15/01/1569 (Nueva Granada) y 03/10/1533 (México), pero no la de 1555.

⁷¹⁷ Incorporadas en R. IND. 5.8.6. No se encuentran en el Cedulaario de Encinas.

⁷¹⁸ R. IND. 6.9.7.

⁷¹⁹ OTS CAPDEQUÍ, José. *Ibídem.* p. 112.

a los menores), aunque aquellos escribanos asumieron el riesgo del perjuicio. Para ello se dispuso que el discernimiento fuese hecho por los escribanos de provincia que tuvieran la propiedad del oficio o la tercera parte de su valor⁷²⁰.

Respecto a otras personas cuidadas, es posible que las anteriores disposiciones se aplicaran por analogía de acuerdo a lo establecido por las Partidas⁷²¹.

II. 1. 2.2. Protección al indígena.

El indio común era considerado como menor de veinticinco años o de catorce, según su entendimiento⁷²². Prueba de ello, era la actuación del protector de naturales y los privilegios concedidos al indígena. Por el contrario, los indios descendientes de reyes, emperadores o de caciques gozaban de capacidad de ejercicio pleno.

El protector de naturales actuaba a nivel judicial pero también fuera de él, respecto a la celebración de contratos laborales, compraventas u otros negocios con españoles, siempre

⁷²⁰ OTS CAPDEQUÍ, José. *Ibidem.* p. 111, extrajo esta Real Cédula del Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias de Josef de AYALA, que se encuentra en forma de manuscrito en el Archivo Histórico Nacional de Madrid. Nosotros no la ubicamos en MURO OREJÓN, Antonio. *Cedulario Americano del siglo XVIII* (Colección de disposiciones legales indianas desde 1680 a 1800, contenidas en los Cedularios del Archivo General de Indias). Sevilla. G.E.H.A. 1956.T.I Cédulas de Carlos II (1679.1700). p.p. 595-623.

⁷²¹ PART. 7. 34. 36.

⁷²² OLIVEROS, Martha Norma. La construcción jurídica del régimen tutelar del indio. EN: *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*. Buenos Aires. N° .18. 1967, p. 126, quien le otorga la incapacidad de los pupilos y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.*; p.p. 314 y s.s., que opina que se trataba de un incapaz relativo (en términos del derecho hispánico el mayor de catorce pero menor de veinticinco). Nosotros nos pronunciamos por el Casuismo com medio para determinar dicha incapacidad. El autor citado se refiere a la capacidad que gozaban los indios nobles.

que lo requiriera⁷²³. En caso de litigio entre dos naturales, uno debía ser defendido por el protector y el otro por el fiscal⁷²⁴.

Los privilegios que tenían los naturales eran los mismos que los menores de veinticinco años y los más importantes fueron el de ser considerados sus litigios como casos de corte (es decir que podían ser resueltos ante los oidores de la Real Audiencia) y la restitución in integrum⁷²⁵.

Propio privilegio de los naturales fue la presunción de libertad por la cual se les consideraba libres al igual que los súbditos españoles, salvo prueba en contrario (que fueran caníbales o se hubiesen tornado herejes)⁷²⁶. Sin embargo, las Leyes Nuevas de 1542 habían suprimido la esclavitud para cualquiera clase de indios.

II. 2. Acercamiento a las posibles tendencias jurisprudenciales sobre la materia, en base de las resoluciones dictadas por el Cabildo y la Real Audiencia.

La práctica judicial durante el Virreinato desempeñó una importante función en la configuración de las instituciones del derecho privado castellano que son materia de estudio en nuestra tesis. Su función consistió en adoptar a la tutela y curatela a la realidad del Reino Indiano del Perú; unir el aspecto teórico representado por la doctrina y legislación del Derecho Común con la legislación castellana e Indiana a fin de crear un ordenamiento jurídico eficiente y en tercer lugar, lograr una eficaz solución de los conflictos de intereses de las partes así como la eliminación de

⁷²³ R. IND. 6. 6. 2.

⁷²⁴ R. IND. 6. 6. 13 (Disposiciones de Felipe II de 1591 y Felipe III de 1619).

⁷²⁵ R. IND. 6. 10. 18 (Real Cédula de Felipe II del 10/08/1562) sobre caso de corte.

⁷²⁶ R. C. 1553 para la Real Audiencia de México.

incertidumbre jurídica a través del proceso. Este se llevaba a cabo en el Cabildo o en la Real Audiencia⁷²⁷.

A continuación presentamos cinco aspectos que ilustran lo mencionado con anterioridad, los cuales han sido extraídos de las sendas causas sobre tutela y curatela que hemos estudiado.

II. 2.1. Concepción unitaria de la tutela y curatela de menores de veinticinco años.

Las Partidas habían incorporado al derecho castellano elementos jurídicos del derecho romano y justiniano a través del Derecho Común, lo cual se reflejó en la utilización de los términos "tutela" y "curatela" como también del término "guarda" y sus diversas clases, de acuerdo a lo explicado en el lugar pertinente. Sin embargo, el término "guarda" tenía las características y el significado del derecho justiniano, excepto en lo relacionado con el menor de veinticinco años pero mayor de catorce quien podía elegir en forma voluntaria si debía tener guardador, lo que no sucedía en el *Corpus Iuris Civilis*⁷²⁸. Esto cambió en forma progresiva y conforme a la necesidad de evitar al daño o menoscabo en los bienes y persona del menor, que según los motivos que inspiraron a las Reales Cédulas citadas en el momento

⁷²⁷ CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente. Op. cit. p.p. 28-30, quienes siguen lo preceptuado en R. IND. 5.12.17, 20 y 30 que fijaron la competencia del Alcalde Ordinario y del Cabildo en causas cuyos montos fueran inferiores a sesenta mil maravedís. En el Cabildo (entendido como órgano judicial colegiado) se conocía de apelación dada contra las sentencias definitivas pronunciadas por el Alcalde Ordinario o el Corregidor, en los casos que tenía competencia en segunda instancia y procedía a nombrar a dos de sus miembros quienes junto con el juez que había sentenciado en primera instancia y sus escribanos se unían para conocer en grado de apelación la causa, según R. IND. 5. 12. 20 sus sentencias eran inapelables en dichos casos. La Real Audiencia podía conocer en primera instancia los llamados casos de corte (en materia civil los pleitos de miserables, viudas y huérfanos menores de veinticinco años, en forma opcional para las partes y en materia penal, de competencia exclusiva, los pleitos de mujer forzada, incendio de edificios, traición, desafío y falsificación de moneda) de acuerdo a R. IND. 2. 15. 72.

⁷²⁸ PART. 6. 16. 14.

oportuno, se producían con frecuencia⁷²⁹. Es así como surgió la necesidad de unir la tutela y la curatela de menores de veinticinco años, pero que orientado a la realidad limeña de los siglos XVI y XVII tuvo por fundamento evitar la intromisión de dos o más personas en el patrimonio del huérfano, como también lo referido a su cuidado personal (la excepción fue la tutela testamentaria), porque implicaba dificultades para realizar un eficiente control de parte de la autoridad pública al no centralizar su vigilancia e inspección⁷³⁰ y la reiteración de actos de nombramiento y discernimiento para el oficio, lo cual evitaba gastos a las partes. La indemnización también quedaba asegurada al establecerse la responsabilidad por daño y tal vez menoscabo por engaño o negligencia del tutor y curador o en su defecto por los fiadores y peños sobre sus bienes.

Pero los menores que sufrieron la pérdida total o parcial de su patrimonio, fueron aquellos a quienes se les nombró tutor y curador por testamento y en donde el causante exoneró en forma expresa o tácita de la prestación de fianzas y peños, porque ello dependía de su voluntad según las Partidas. Este es el caso dado entre Elvira de Coca y Lorenzo de Estupiñán y Figueroa, el cual se había desempeñado como tutor y curador de aquélla hasta su matrimonio con Martín de Cordon por disposición testamentaria del difunto Sebastián de Coca, que había fallecido en 1547 durante la guerra civil entre Diego Centeno y Gonzalo Pizarro, en la batalla de Huarina donde éste resultó vencedor⁷³¹.

Elvira de la Coca presentó su demanda ante la Real Audiencia de la Ciudad de los Reyes, por ser su "caso de corte notorio" lo que

⁷²⁹ R.C. 1525; R.C. 1543; R.C. 1544; R.C. 1581 y 1586, R.C. 1637 y R.C. 1697.

⁷³⁰ R.C. 1544 y 1548.

⁷³¹ Causa seguida por Elvira de Coca contra Lorenzo de Estupiñán por rendición de cuentas de la tutela y curatela. En: ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (en adelante se le designará con las siglas A.G.N.) . Real Audiencia. Causas civiles. Siglo XVI. Legajo 5. Cuaderno 28. Año de 1560 (éstos datos serán citados en forma abreviada en las próximas referencias a la causa). Fol. y fols. 6-10.

significaba un privilegio procesal de que la causa fuera examinada y resuelta por la Audiencia o por el Rey⁷³².

En su demanda no citó precepto legal alguno, como era usanza en aquélla época y todo el fundamento jurídico se reducía a decir "conforme a derecho sobre que pido e suplico e conste e para ello provea e juro a dios"⁷³³. Su pretensión era que se obligara al demandado a dar cuenta de los bienes que recibió del padre de Elvira de Coca y como pedido independiente, consignado en el otrosí, solicitó que Lorenzo de Estupiñán mostrara si poseía los bienes y en que estado se encontraban. Se demandó al tutor y curador por medio de curador ad litem⁷³⁴.

Lorenzo de Estupiñán negó haber recibido bienes del difunto conforme al testamento y codicilo. Gracias a la pericia que se realizó por medio de tres contadores, se determinó por dos votos (el que dio Juan de Herrera, contador nombrado por Elvira de Coca y Alonso Mazuelas, contador nombrado por la Real Audiencia) contra uno (el que dio Martín Yanes, contador nombrado por Lorenzo de Estupiñán) que la suma que se le adeudaba ascendía a dos mil seiscientos doce pesos⁷³⁵ más los intereses (de la cuarta parte de dicha suma) devengados desde la muerte de Sebastián de Coca hasta la entrega real de ellos, pero sólo se le dieron mil ochocientos pesos por sentencia de la Real Audiencia, más la cuarta parte de esa cantidad como interés por cada año en la forma explicada⁷³⁶. Esto se comprende por la preferencia que tuvieron los Oidores hacia los recibos presentados por quien fue el tutor, que coincidían con la primera cuenta presentada por éste⁷³⁷ en lugar de la pericia hecha por los contadores, lo que nos indica que utilizaron la equidad para resolver la controversia, puesto que al ser imposible

⁷³² A.G.N. 5. 28. 1560. Idem.

⁷³³ A.G.N. 5.28. 1560. Idem.

⁷³⁴ A.G.N. 5. 28. 1560. Fol. 2 y s.s.; VÉASE: HEVIA BOLAÑOS, Juan de. Curia Philipica. 1. 10. 7.

⁷³⁵ A.G.N. 5.28.1560. Fols. 35-36.

⁷³⁶ A.G.N. 5.28.1560. Fols. 156, 177 y 181/.

⁷³⁷ A.G.N. 5.28.1560. Fols. 50 y s.s.

determinar con exactitud lo recibido o no por Lorenzo de Estupiñán de parte del causante, se inclinaron por no dejar a Elvira de Coca sin el dinero que se le debía, ni tampoco exonerar a quien fuera su tutor de toda responsabilidad, lo que les llevó a restablecer el patrimonio del difunto en base de lo pagado y recibido en forma cierta por aquél.

Se puede apreciar entonces la inaplicación de la Real Cédula de 1544 (1548) y la vigencia del derecho contenido en las Partidas en relación al tutor testamentario, quien podía ser exonerado de prestar fianza y peños en virtud de la última voluntad del causante, tal como sucedía en el derecho justiniano. En este sentido, se puede decir con fundamento que ello se debió a dos causas:

- 1) La dificultad para comunicar las nuevas disposiciones, que padecían las autoridades de la capital del Virreinato del Perú por motivo de la lejanía entre ésta y otras ciudades⁷³⁸.
- 2) Las guerras civiles entre los conquistadores obstaculizaban también las comunicaciones a las autoridades pertinentes por lo que éstas siguieron aplicando el derecho castellano en el ámbito del derecho privado y en ello se incluye al Código de las Siete Partidas, así como algunas reales cédulas que habrían podido conocer, aunque constituían en dichas circunstancias una excepción pocas veces dada a saber⁷³⁹. Sin embargo, se aprecia en la causa relatada la distancia que media entre la legislación y la práctica (judicial o notarial) en relación a nuestro tema, ya que en ésta se menciona "tutela y curatela" como una institución unificada lo que no sucedió en aquélla. Las normas comunes entre la tutela y la curatela de menores de veinticinco años terminaron por hacer posible tal unión, al permitir que los abogados, jueces

⁷³⁸ MANZANO MANZANO, Juan. Op. Cit. T.I, p. .8; y TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Op. cit. p.p. 112-114.

⁷³⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Idem. p.p. 229-230. GARCÍA GALLO, Alfonso. Op. cit. p.p. 617-618. LEVENE, Ricardo. Op. cit. p. 67.

y escribanos las aplicaran en la práctica como institución única y también se aplicaron las causales de extinción de la guarda hispánica⁷⁴⁰.

La excepción fue que algunos oidores se ciñeron a la tradición del Código alfoncino, al considerar a las dos instituciones como independientes⁷⁴¹.

Lo mismo puede verse en la causa entre Lucas Hurtado de la Palma y Elvira del Aguila, tramitada ante el Cabildo de la Ciudad de los Reyes, sobre la "tutela y curatela del menor Gerónimo Hurtado, hijo de Antonio Hurtado difunto, en la cual éste había dejado a su hermano Lucas Hurtado de la Palma como "tutor y curador" de la persona y bienes de su hijo, al cual había relevado de tener obligación de otorgar fianzas⁷⁴². Pero Elvira del Aguila, madre de Gerónimo Hurtado (el que contaba con dos años de edad) solicitó el once de mayo de 1629 que se le nombre "tutora y curadora" del menor para pedir el inventario y cuenta de los bienes

⁷⁴⁰ VEASE la demanda presentada por el curador ad litem Alonso Moreno en nombre de Elvira de Coca en: A.G.N. 5.28.1560. Fol.1. El escribano empleó el término "tutela y curatela" en el codicilo de fol. 10 perteneciente a Sebastián de Coca, por citar algunos casos como ejemplo. El causante había dispuesto en su testamento que Lorenzo de Estupiñán fuese tutor y administrador de los bienes de su hija hasta que tuviera edad para casarse (doce años).

⁷⁴¹ "Carta a S.M. del Dr. Cuenca sobre ciertas dudas que se ofrecían a la Audiencia en la determinación de algunas causas y pude mande provea lo que en ello fuere servido (...). Los Reyes 20/10/1560. EN: LEVILLIER, Roberto. Audiencia de Lima. Correspondencia de Presidentes y Oidores. Madrid. Imprenta de Juan Pueyo. 1922. T. I. p. 254. "(...) este Villegas dexo una hija de edad de ocho o nueve años de la cual fue proveydo por tutor a Juan de la torre (...)". Además: "Carta del licenciado Fernández, Fiscal de los Reyes, al Consejo de Indias; acerca de los malos procedimientos del Virrey en el gobierno y de su hijo en Chile y lo que debe proveerse para su remedio. Los Reyes 05/04/1559. EN: LEVILLIER, Roberto. Op. cit. T. I. p. 219: "(...) y contra la ley Real en que esta ordenado que ningún menor de veynte e cinco años puede tener cargo de justicia y contra todos los derechos que disponen que el menor de veynte e cinco años no pueda sin autoridad de curador estar en juyzio (...)".

⁷⁴² Causa seguida entre Lucas Hurtado de la Palma contra Elvira del Aguila sobre la tutela y curatela del menor Gerónimo Hurtado. A.G.N. Cabildo. Causas civiles. Siglo XVII. Legajo 2. Cuaderno 18. Año de 1629. Fol. 9.

del difunto⁷⁴³. Sin embargo, el expediente que transcribimos sólo versó sobre la concurrencia de nombramientos y cuyo desenlace explicaremos luego.

II.2.2. Concurrencia de nombramientos.

En caso de concurrencia de nombramientos, uno de los cuales había sido otorgado por testamento y el otro por la ley, se prefería al primero a pesar de estar pendiente un juicio de cuentas sobre los bienes dejados por el difunto en poder de su hermano, así como la tutela y curatela del menor que debía ser ejercida por aquél⁷⁴⁴.

En nuestra opinión, la citada decisión no tomó en cuenta las circunstancias en que debía cumplirse, porque al no darse cuenta de los bienes del difunto, Lucas Hurtado se convertía en sujeto de sospecha según el derecho vigente⁷⁴⁵. El Alcalde de Ordinario debió utilizar las facultades que tenían los juzgadores del Virreinato para solucionar las causas de acuerdo a cada situación particular y no sólo en base al criterio determinado por la legislación.

II.2.3. La remoción del tutor y curador.

La acusación por sospechoso podía presentarse como pretensión alternativa en el procedimiento de causas civiles ante el alcalde ordinario, como puede apreciarse en la causa entre Lucas Hurtado y Elvira del Aguila en la cual Alonso Gómes de la Montaña en nombre de ésta, solicita que por razón del "dicho odio y enemigo y lo a manifestado con muchas demostraciones nacidas de causas no justas que el a dado y siendo esto ansi lo dijo la ley de partidas y todo el derecho común le tuve por inavilitado para no ser tutor"⁷⁴⁶.

⁷⁴³ A.G.N. 2.18.1629. Fol. 16 y ss.

⁷⁴⁴ A.G.N. 2.18.1629. Fol.34.

⁷⁴⁵ PART. 6.18.1.

⁷⁴⁶ A.G.N. 2.18.1629. Fol. 30/-31.

Esto nos indica que no sólo podía procederse a la acusación por sospechoso en un juicio criminal como sucedía en las Partidas⁷⁴⁷.

Pese a ello, en la causa citada no se removió al tutor y curador porque el Alcalde Ordinario Pedro Aliaga Sotomayor tomó en cuenta el argumento del Procurador Juan de la Rosa de la parte contraria, la cual dijo que dicha capital enemistad "no la puede dar el dicho menor para que contra el mi parte (Lucas Hurtado) ubiese concedido el dicho odio y enemistad (...) porque respecto del padre en este Reyno ni fuera del no a hando dos hermanos que reciprocamente mas bien se quisiese i se ayudasen que es mas notorio Por la prueba que para cubrase todo el poder para testar" Para apoyar su defensa afirmó que tanto a la madre como al menor les había dado cuantiosos regalos⁷⁴⁸.

Otro caso de remoción por sospechoso es el dado entre Bartolomé de la Peña, tutor y curador testamentario de María Márquez de Unda⁷⁴⁹ contra Gregorio Serrano curador ad litem de Juana María Roldán⁷⁵⁰ y el Defensor de Menores de la Ciudad del Cuzco, Juan de Rivera de Nocedo⁷⁵¹, quienes pidieron al Corregidor y Justicia Mayor Pedro de Balvín, que se remueva del cargo a dicho tutor y curador por haberse constituido en acreedor de María Márquez (menor) por causa de gastos de funeral y entierro de María Márquez de Unda. Luego de discutirse sobre la procedencia de la remoción entre las partes implicadas, las cuales se fundaron en una Ley de Partida (el tutor y curador dijo que no procedía la remoción por ser pequeña la cantidad y sus contrarios alegaron que no podía tener el oficio por ser acreedor de su

⁷⁴⁷ PART. 7.1.1.

⁷⁴⁸ A.G.N .2.18.1629. Fol. 33/.

⁷⁴⁹ Autos del Defensor de Menores respecto a María Márquez, contra Bartolomé de la Peña con el fin de que sea removido de la tutela y curatela que ejerce. A.G.N.Real Audiencia. Causas civiles. Siglo XVII. Legajo 254. Cuaderno 952. Año de 1686. Fols. 5-8.

⁷⁵⁰ A.G.N. 254. 952. 1686. Fols. 1-2/.

⁷⁵¹ A.G.N. 254. 952. 1686. Fols. 3-4.

protegida)⁷⁵², se procedió a nombrar asesores para la causa. Estos asesores fueron enviados por la Real Audiencia de la Ciudad de los Reyes con la finalidad de ayudar al Corregidor a resolver el caso y este emitió su decisión a favor del tutor y curador Bartolomé de la Peña y fundamentó que lo hacía "por no obstarle ninguna de contradiziones que le an hecho ni El credito a que ttiene derecho de cobranza en los vienes de la dicha Doña María Márquez de Unda por ser de menor quanttía y probenir del entierro y funeral de la susso dicha (...)"⁷⁵³. Esto reafirmó la interpretación dada por Gregorio López⁷⁵⁴.

II. 2. 4. La rendición de cuentas.

La rendición de cuentas podía ser exigida por el menor de veinticinco años por medio de curador ad litem, pero mayor de catorce; sus herederos o el curador ad litem en nombre del menor impúber⁷⁵⁵ una vez culminada o no la gestión del tutor y curador⁷⁵⁶. Se tramitaba como juicio ordinario⁷⁵⁷.

Respecto a este punto la Real Audiencia aplicaba la equidad para determinar el patrimonio perdido del menor, por falta de inventario y de fiadores, como ocurrió en la causa entre Elvira de Coca y Lorenzo de Estupiñán, la cual hemos hecho mención y relato. Pero también decidió la Real Audiencia sobre rendición de cuentas y licencia para viajar de los tutores y curadores, como sucedió en el caso de Gaspar de Mariaca y el curador ad litem

⁷⁵² No cita la referida ley.

⁷⁵³ A.G.N. 254. 952. 1686. Fols. 29-29/.

⁷⁵⁴ LÓPEZ, Gregorio. Com. Part. 6.16.14.5.

⁷⁵⁵ PART. 6.16.13 y PART. 6.16.21.

⁷⁵⁶ PART. 6.16.21 y R.C. 1544 (1548).

⁷⁵⁷ CORVALAN, Jorge y CASTILLO, Vicente. *Ibíd.* p. 83. HEVIA BOLAÑOS, Juan. *Op. cit.* 1.8.2. EN: HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Ibíd.* 2.4.1 y PART. 3.18.121 mencionan que las cuentas hechas fuera del juicio y sin autoridad del juez "no traían aparejada ejecución".

Salvador Apello⁷⁵⁸, quien las demandó junto con la pretensión de dar alimentos a sus hijos legítimos y a los hijos de parte de Ana Camino de Vergara su esposa difunta, que los había engendrado de su primer matrimonio con Domingo de Urquiça, ya fallecido. Gaspar de Mariaca era comerciante y necesitaba viajar para efectuar sus transacciones, lo cual no podía hacer por el oficio que tenía según su parecer, por lo que solicitó licencia a la Real Audiencia que se la concedió previa rendición de cuentas de los nueve mil veinticuatro pesos que pertenecieron a los menores⁷⁵⁹ así como fiadores abonados para asegurar dicha cantidad y el otorgamiento de alimentos para aquéllos, quienes permanecieron en la casa de su abuela materna Ana Camino de Vergara⁷⁶⁰. La Real Audiencia ejerció esta función de vigilancia en razón de caso de corte notorio por ser causa de menores⁷⁶¹ y en coordinación con el Alcalde Ordinario de la Ciudad de los Reyes⁷⁶².

El tutor y curador que no cumplía con restituir los bienes del menor en su poder, podía ser llevado a prisión hasta que lo hiciera⁷⁶³.

II. 3. La tutela y la curatela y su protocolización notarial.

II. 3. 1. Trámite.

⁷⁵⁸ Autos seguidos por Salvador Apello, curador ad litem de los menores hijos de Ana Camino Lis de Vergara contra Gaspar de Mariaca, tutor de los mismos, sobre el cumplimiento de las disposiciones testamentarias de la extinta. A.G.N. Real Audiencia. Causas civiles. Siglo XVII. Legajo 205. Cuaderno 778. 1671. Fol. 2 (incompleto).

⁷⁵⁹ A.G.N. 205. 778. 1671. Fols. 5 y 103.

⁷⁶⁰ A.G.N. 205. 778. 1671. Fols. 135-256/.

⁷⁶¹ A.G.N. 205. 778. 1671. Fols 2-2/.

⁷⁶² A.G.N. 205. 778. 1671. Fol. 99.

⁷⁶³ PART. 3.7.6. y HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Ibíd.* 2.17.4 salvo L. TORO. 67 respecto a las mujeres, a no ser que fueran de mala fama o si la deuda permitiera de algún delito en cuyos casos podían ser apresadas por deudas.

El trámite notarial para el nombramiento de tutor y curador así como el de curador ad litem, tenía cuatro fases que fueron las siguientes:

- 1) Petición de nombramiento. Esta fase consistía en la presentación de parte del interesado de la solicitud para que se nombre tutor y curador, la cual se hacía frente al alcalde ordinario del Cabildo junto con el escribano público⁷⁶⁴.

En ciertas ocasiones podía solicitarse que se brindara información sobre la minoría de edad⁷⁶⁵. De producirse a esto, el alcalde ordinario mandaba que se prestara fe del bautismo de peticionante o que diera información de su edad. Dicha información estaba hecha en base a la declaración testimonial de uno o más testigos, efectuaba días antes de presentarse la petición⁷⁶⁶.

La petición debía estar redactada en papel sellado (sólo para el siglo XVII en adelante). El encabezado del escrito debía contener la fecha, el lugar el nombre del alcalde ordinario y del escribano ante los cuales se presentaba y la firma del interesado. Todo ello en cuanto a los requisitos formales⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ A.G.N. Protocolo 466. Escribano FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647(con posterioridad dichos datos se presentarán abreviados). Fols. 860-863; A.G.N. Protocolo 466. Escribano FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fols. 1374-1377/; A.G.N. Protocolo 468. Escribano FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Fols. 1776-1807/; A.G.N. Protocolo 43.1. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fols.1311-1328/; A.G.N. 5. 28. 1560. Fols. 2-4; Biblioteca Nacional del Perú. Manuscrito A.260. 1585(en adelante los datos irán abreviados). Fols. 64-65/.

⁷⁶⁵ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 860.

⁷⁶⁶ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Idem.

⁷⁶⁷ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 860/; A.G.N. Protocolo 1950. Escribano VALENZUELA. 1628c. Fol. 548; A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 1374; A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85 (que constituye una excepción al resto debido a que se procedió a la aceptación, juramentación y discernimiento, luego de haberse procedido a la apertura del testamento). A.G.N. Protocolo 468. Escribano FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648.B. Fols. 1794-1794/.

Respecto al contenido de la petición, ésta debía tener el nombre del interesado (que podía ser el menor de veinticinco años, pero mayor de catorce, el tutor y curador nombrado por testamento, el defensor de menores o cualquier persona legitimada según las Partidas)⁷⁶⁸ y el motivo que sustentaba el pedido. En algunas peticiones se indicaba el lugar de procedencia del menor⁷⁶⁹. Además debía señalarse a la persona que desempeñaría el cargo (excepto en la tutela y curatela testamentaria).

- 2) Auto nombramiento. El Alcalde Ordinario cuando aceptaba la petición y la persona elegida por el interesado (excepto en el caso de los tutores y curadores testamentarios quienes sólo peticionaban la autorización para ejercer el oficio) ordenaba que se notificara a dicha persona a fin de que compareciera (sin determinar plazo, por lo que debe entenderse como inmediato) para la aceptación del cargo, la juramentación de buen desempeño a favor del menor y otorgara las fianzas necesarias antes del discernimiento del oficio⁷⁷⁰. En relación a los tutores y curadores testamentarios, se les notificaba el auto en su presencia ya fuere en apertura del testamento⁷⁷¹ o al momento de aceptar la petición de nombramiento cuando había sido presentada con posterioridad a tal acto⁷⁷². En este caso, se peticionaba además que se colocara junto con la solicitud la cabeza y pie del testamento, como la cláusula en donde se le nombraba tutor y curador.
- 3) Aceptación, juramentación del elegido y ofrecimiento de fiadores con otras garantías. En esta etapa del trámite se daba la aceptación del oficio seguida de la juramentación de buen

⁷⁶⁸ PART. 6.16.12.

⁷⁶⁹ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Idem.

⁷⁷⁰ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fols. 861/; A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 1374; A.G.N. 5.28. 1560. Fols. 2/ -3 B.N.P. A. 260. 1585. Fol. 5/.

⁷⁷¹ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fol. 1323.

⁷⁷² A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Fols. 1796/-1797.

desempeño y el otorgamiento de fiadores con garantías sobre la persona y bienes del nombrado tutor y curador o curador ad litem. Según el oficio que iba a discernirse podían darse variaciones en el contenido de las escrituras.

La escritura para tutor y curador en dicha fase tenía el siguiente contenido:

1. Lugar y fecha de comparecencia⁷⁷³.
2. Constancia del escribano público de haber realizado la notificación del auto de aceptación de la solicitud⁷⁷⁴.
3. Aceptación expresa de la persona que había sido nombrada para ejercer el oficio.
4. Juramento invocando a Dios y señal de Cruz hecha con la mano derecha, según forma de derecho⁷⁷⁵ o de manera suscita se decía "conforme a derecho"⁷⁷⁶.
5. Obligación o "promesa" que hacía la persona nombrada tutora y curadora⁷⁷⁷. Ésta consistía en:
 - a) Desempeñarse "bien e fielmente" en el cargo.
 - b) Recuperar, recoger y cobrar los bienes del menor.
 - c) Efectuar el inventario de los bienes del menor⁷⁷⁸.
 - d) Guardar y administrar los bienes del menor.
 - e) Aumentar los bienes del menor⁷⁷⁹.

⁷⁷³ A.G.N.FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648. B Fols. 1797-1797/. Aquí se observa una excepción, porque la fecha del acto coincide con al fecha del auto del Alcalde Ordinario, en donde aceptó la petición al igual que A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fols. 1323-1324.

⁷⁷⁴ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Idem. A.G.N.FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Idem. A.G.N. 2. 18. 1629. Fol.16 (17).

⁷⁷⁵ A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. A.G.N. 2.28.1629. Idem.

⁷⁷⁶ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Idem.

⁷⁷⁷ Esta obligación se presenta en toda la documentación consultada.

⁷⁷⁸ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Idem. En este caso no encontramos la obligación de hacer inventario, lo que no significaba que se le haya relevado de dicha obligación sino que esto se regía por las leyes reales.

- f) Tener libros de cuenta⁷⁸⁰
- g) Dar cuenta con pago cierto y real.
- h) Pagar los alcances de rentas.
- i) Defender los pleitos del menor.
- j) Aconsejarse de personas letradas.
- k) Pagar "llanamente" en caso de daño por culpa.

6. Otorgamiento de fiador⁷⁸¹

- 7. Obligación de persona y bienes presentes y futuros.
- 8. Renuncia del tutor y curador junto con su fiador de los beneficios de la mancomunidad.
- 9. Otorgamiento de poder a las justicias y jueces reales en general.
- 10. Sumisión a la competencia ("jurisdicción") de las justicias y jueces de la Ciudad de los Reyes.
- 11. Renuncia al fuero del domicilio (de tutor y fiador).
- 12. Renuncia conjunta del tutor y fiador de las leyes que les favorezcan.
- 13. Renuncia al Senadoconsulto Velejano y a contraer segundas nupcias (para la mujer).
- 14. Otorgamiento de fe y conocimiento del escribano.
- 15. Nombramiento de testigos y la consignación del nombre del peticionario.
- 16. Firma del peticionante y del escribano.

⁷⁷⁹ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Idem. Es el único caso de los que hemos examinado que presenta dicha obligación. En PART. 6.16.15 (forma de administrar los bienes del pupilo) y PART. 3.18.94 (fórmula de carta para guarda de huérfanos) no aparece la obligación de aumentar los bienes. Sin embargo, en SÁNCHEZ, Galo. *Ibíd.* p. 476 en cuyo formulario (S.XIV) se menciona que el tutor respecto a los bienes del huérfano "les aprovecharía en todo e por todo en quanto en el mundo ella (tutora) pudiese".

⁷⁸⁰ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. *Ibíd.* Tampoco en este documento se encuentra dicha obligación. No existía en las Partidas (PART. 6.16.15. y PART. 3.18.94). En otras escrituras sí la observamos. En SANCHEZ. Galo. *Ibíd.* p.p. 476-477 no la hallamos.

⁷⁸¹ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. El motivo por el cual no aparece esta obligación fue porque se relevó a Gertrudis Godines por testamento de otorgarlas.

En relación a la escritura para curador ad litem en la presente fase poseía la misma estructura con la diferencia que radicaba en el número reducido en las obligaciones que contraía, las cuales eran:

- a) Ejercer "bien y fielmente" el oficio de curador ad litem⁷⁸².
- b) Seguir todos los pleitos⁷⁸³.
- c) Aconsejarse de personas de ciencia y conciencia así como de letrados⁷⁸⁴.
- d) Pagar las deudas del menor⁷⁸⁵.

Por lo que hemos observado, los deberes del curador ad litem eran mucho más reducidos que los del tutor y curador. No se aprecia la obligación de presentar libros de cuenta, ni la de guardar y administrar los bienes del menor como tampoco la de rendir cuenta de su administración, lo que se debió a su particular naturaleza que era la defensa en juicio del menor. También es de notar que en virtud de dicha escritura podía determinarse con precisión las funciones que debía cumplir el curador ad litem, ya que no estaban reguladas en la legislación castellana.

4) Discernimiento del Oficio. Era la etapa en la cual se encargaba y autorizaba a la persona que había sido nombrada tutora y curadora ad litem para ejercer el oficio. Como la anterior fase, esta parte de la carta de tutela y curatela se estructuraba del siguiente modo:

1. Lugar y fecha⁷⁸⁶.
2. La vista hecha por el alcalde ordinario de la obligación y fianza dadas por la persona nombrada para ejercer el oficio.

⁷⁸² A.G.N. 5.28.1560. Fol. 2/. AG.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 861/-862. A.G.N. VALENZUELA. 1628 C. Fol. 548/.

⁷⁸³ Idem.

⁷⁸⁴ Idem.

⁷⁸⁵ Idem.

⁷⁸⁶ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fol. 1324. No presenta fecha por no haber sido un acto realizado en otra oportunidad.

3. Encargo de la tutela y curaduría de los menores⁷⁸⁷.
4. Discernimiento del oficio de tutor y curador.
5. Otorgamiento de “poder jurídico” al tutor y curador para:
 - a) Pedir los bienes del menor en juicio o fuera de él.
 - b) Hacer inventario de los bienes presentes en ese momento y lo que entraren en su poder con posterioridad y perteneciera al menor.
 - c) Dar cuentas de su gestión.
 - d) Otorgar cartas de cancelación y lasto.
 - e) Renunciar la excepción de la non numerata pecunaria y leyes de la entrega.
 - f) Defender al menor en juicios civiles o criminales, seculares o eclesiásticos, sin que deban responder a nueva demanda sino se le notificara en forma previa.
 - g) Comparecer y presentar escritos ante las justicias y jueces reales de cualquiera parte.
 - h) Sustituir y revocar personeros⁷⁸⁸
6. Testigos que participaron.
7. Firma del Alcalde Ordinario.
8. Firma del escribano público y su sello personal.

Respecto a la curatela ad litem, esta tenía igual estructura en el discernimiento que la tutela y curatela. A diferencia de ésta, sólo consignaba dos facultades que eran:

- a) Seguir, conocer y acabar en todas las instancias, los pleitos del menor, civiles o criminales, eclesiásticos o seculares que tuviera.

⁷⁸⁷ Aparece en A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 1376/; B.N.P. A. 260. 1585. Fol. 66 (6) ("discernio y encargo") y A.G.N.FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Fol. 1798 ("le encarga y encargo la dicha tutela y (...) la discierna y discernio el cargo de tutora y curadora"). No en:A.G.N. 2.18.1629. Fol. 19 (20) y A.G.N.GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fol.1798.

⁷⁸⁸ No hallamos dicha facultad en A.G.N.FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol.1377 /.

- b) Comparecer y presentar escritos ante las justicias y jueces reales de cualquier parte.

II. 3.2. Cláusulas y formulismos usuales.

Luego de haber terminado con exponer el trámite para nombrar tutor y curador ad litem, debemos abordar lo que concierne a las cláusulas y fórmulas utilizadas en la redacción de los instrumentos notariales. Esto es de suma importancia porque en dichos documentos se depositó el saber teórico y práctico sobre las instituciones que son objeto de nuestro estudio⁷⁸⁹ lo que facilitó la adaptación de sus configuraciones legales con la realidad indiana y así surgió la concepción unitaria de la tutela con la curatela de menores de veinticinco pero mayores de catorce años.

La clasificación de las cláusulas y sus fórmulas ha motivado discusión en el ámbito de la Historia del Derecho Notarial⁷⁹⁰, en lo

⁷⁸⁹ PIERGIOVANNI, Vito. *Scienza giuridica e notariato italiano tra Medioevo ed Etá Moderna*. EN: OSTOS SALCEDO, Pilar y PARDO RODRÍGUEZ, María Luisa (edits.). *El notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*. Sevilla. Imprenta A. Pinelo. 1996.p.p. 25-32. El autor nos relata la experiencia italiana al respecto . Los notarios italianos se iniciaron como gremio autónomo y culminaron como funcionarios públicos, pero fue el saber que poseían lo que determinó que se enlazara la práctica y la doctrina, lo que se plasmó en sus formularios. En España predominó la práctica sobre la teoría en la preparación de los escribanos. PARDO RODRÍGUEZ, María Luisa. *El notariado de Sevilla en el tránsito a la Modernidad*. EN: *El notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*. Sevilla. Imprenta A. Pinelo. 1996. p.p. 262-267-

⁷⁹⁰ BONO, José. Prólogo. EN: OSTOS SALCEDO, Pilar y PARDO RODRÍGUEZ, María Luisa (edits.). *El notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*. p. 18.Dicho autor afirma que las cláusulas se dividen en negociales, de garantía, ejecutivas y de renuncia, por lo cual critica la clasificación efectuada por MORENO TRUJILLO, María. *Diplomática Notarial en Granada en los inicios de la Modernidad (1505-1520)*. En: *El notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*. Sevilla. Imprenta A. Pinelo. 1996. p.p. 102 y s.s. quien las divide en cláusulas generales, según la función del tipo de otorgamiento y en función del tipo documental, alegando que mezcla las propiamente negociales con las renunciativas.

que preferimos mantenernos alejados por no constituir la finalidad de nuestra tesis, pero ello no evita que mostremos interés con lo referente a la tutela y curatela. Por esa razón, amparándonos en las mismas fuentes instrumentales nos hemos permitido esbozar dos clases de cláusulas y fórmulas. Estas son:

1. Cláusulas de Obligaciones. Sus fórmulas. Entre ellas las más importantes eran:

1.1. De buen desempeño. Su fórmula era la siguiente:

“Usar bien y fielmente el dicho oficio y cargo de tutor y curador”.

Esta cláusula constituía la primera obligación que contraía la persona electa para ser tutora y curadora. A su vez, expresaba la unidad entre tutela y curatela de mayor de catorce pero menor de veinticinco años. Prueba de ello era la imposibilidad de nombrar curador en el testamento para menor púber⁷⁹¹ o impúber⁷⁹². En el primer caso, se consideraba al nombramiento hecho por el testador como propuesta y se le confirmaba por la deferencia que hacía la ley para aquél. Esta fue la orientación seguida por el Corpus Iuris Civilis⁷⁹³ y por el Código de las Siete Partidas⁷⁹⁴. En cuanto al segundo supuesto, también hubo influjo del Corpus Iuris Civilis en las Partidas por haberse considerado que el guardador o tutor estaba destinado a los menores de doce y catorce años y no para los mayores de estas edades, a los cuales se les proporcionaba un curator o guardador de mayores de catorce años.

Sin embargo, el Corpus Iuris Civilis había consagrado la obligatoriedad de la curatela para los menores de veinticinco años, lo cual no fue recogido por los legisladores que redactaron el Código castellano, al permitirse que los menores de dicha edad

⁷⁹¹ PART. 6.16.13.

⁷⁹² PART. 6.16.1 y PART. 6.16.13.

⁷⁹³ D. 26.3.1.3.

⁷⁹⁴ PART. 6.16.13.

pero mayores de catorce años pudiesen optar entre pedir un curador o no, excepto para los casos judiciales donde era obligatorio solicitarlo por lo cual, la guarda o curatela de menores de veinticinco años se convirtió en accesoria a la tutela o guarda de menores de catorce años. La separación entre ambas se mantuvo en la práctica notarial del siglo XIV⁷⁹⁵ y en los modelos de cartas para nombrar guardador de huérfano que se encuentran en las Partidas⁷⁹⁶.

En los siglos XVI y XVII dicha situación varió debido a la difusión del derecho romano justiniano, que había establecido la edad legítima de veinticinco años y los continuos perjuicios que sufrieron los menores de dicha edad por su falta de experiencia unida con el afán de aprovechamiento de algunos tutores⁷⁹⁷. Pero también debemos agregar la práctica notarial sin cuyo concurso no se hubiese dado con facilidad la concepción unitaria de las instituciones referidas, debido a que la legislación no las concibió de ese modo.

1.2. Recoger los bienes de los menores. Cuya fórmula rezaba así:

“(…) recojiendo los bienes que tienen y tubieren y les pertenecieren (de los menores) (...)”.

Encontramos esta cláusula en las Partidas⁷⁹⁸ y con ella se alude a la toma de posesión de parte del tutor y curador en nombre del menor de los bienes que le pertenecieren⁷⁹⁹.

⁷⁹⁵ SÁNCHEZ, Galo. *Ibíd.* p. 476. El formulario se refiere a "tutela" y no a la unión de la tutela y curatela de menores. Se hace mención que la tutela es para menores de doce y catorce años.

⁷⁹⁶ PART. 3.18.94 y PART. 3.18.95.

⁷⁹⁷ Sobre la Recepción del Derecho Común, nos remitimos a la nota número 456. Sobre la situación de los menores, basta observar las sucesivas Reales Cédulas que consignamos en el momento oportuno.

⁷⁹⁸ PART. 3.18.94 y PART. 3.18.95 y SÁNCHEZ, Galo. *Ibíd.* p. 477.

⁷⁹⁹ A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Fol. 1797.

1.3. Realizar el inventario de los bienes. Era una de las más importantes cláusulas que debía estar inserta en la escritura de tutela y curatela para salvaguardar el patrimonio del huérfano. Gracias a ella podía compelerse al tutor y curador para cumplir con dicha obligación, bajo apercibimiento de declarársele sospechoso y removerlo del oficio, a no ser que mostrara excusa derecha⁸⁰⁰. Su fórmula era breve:

“(...) haciendo ymbentario dellos (...)”.

Se puede observar en el formulario castellano del Medioevo⁸⁰¹.

1.4. De dar cuenta. Esta cláusula hacía referencia a la obligación de rendición de cuentas que tenía el tutor y curador al finalizar su gestión (Corpus Iuris Civilis y Partidas) o cuando la autoridad se lo demandase (según Real Cédula de 1544). El pago debía ser hecho en forma líquida y determinada. De allí que su fórmula expresara⁸⁰²:

“(...) con pago cierto y rreal y berdaderas quien como y quando y en la parte y lugar que se me pida y la deba dar (...)”⁸⁰³.

Sin embargo debemos dejar constancia de las variaciones que sufría la cláusula fueron de acuerdo a los escribanos y a la época⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ PART. 6.16.15.

⁸⁰¹ PART. 3.18.94; PART. 3.18.95 y SANCHEZ, Galo. Idem.

⁸⁰² SÁNCHEZ, Galo. Idem. Menciona. “(...) e que daria buena cuenta dellos e delas rentas e esquilmos e aprovechamientos que dellos ha avido o avier ella otro por ella leal e verdadera a los dichos menores (...)”. La fórmula consignada en la Parte 3.18.94, cuyo estilo no es el mismo que en el formulario anterior y que dice: “E que quando fuere acabado el tiempo en que lo avian a tener en guarda, quel daran quenta bien, e lealmente de todas las cosas del huérffano que tovieron en guarda, e passaron a su poder”.

⁸⁰³ A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem.

⁸⁰⁴ A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fol. 1323: “ (...) e dara dellos buena quenta con pago a quien y cada y quando le fuere pedida (...) ”.

1.5. Cláusula para otorgamiento de fiador. Su finalidad era la de garantizar los bienes y persona del menor de los menoscabos o pérdidas que se produjeran durante la administración así como el pago cierto y real del resultado de la rendición de cuentas según como puede verse en los instrumentos notariales y que guarda concordancia con lo establecido en las Partidas⁸⁰⁵.

En el Corpus Iuris Civilis, el fiador tenía los mismos beneficios que los tutores (de orden o excusión, división y cesión de acciones⁸⁰⁶). Las Partidas también reconocieron dichos privilegios tanto a los guardadores como a los fiadores⁸⁰⁷. Sin embargo, a nivel notarial se obligó al fiador a renunciar en forma expresa al beneficio de excusión y al privilegio de la división, menos la cesión de acciones que fue conocida en el derecho castellano como lasto⁸⁰⁸. Ello puede apreciarse desde la decimacuarta

A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fols. 1374/: " (...) en raçon de lo qual y de su administración y gasto tendra libre quenta y raçones separadas lo hara con pago cierto real y berdaderos a quien como y quando y en la parte y lugar que se le pida y la deva dar (...)"

A.G.N. 2.18.1629. Fol. 17/ (16/)-18 (17): " (...) cada vez y quando y en la parte y lugar que se le pida quenta de los dichos bienes. La dara con pago leal, cierto y verdadero (...)"

B.N.P. A. 260. 1585. Fol. 67 (7): " (...) y dara quenta completa de los dichos bienes que fueren a su cargo y entraren en su poder por bien delos dichos menores (...)"

⁸⁰⁵ PART. 5.12. .27.

⁸⁰⁶ D. 27.7.5.

⁸⁰⁷ PART. 5.12.9. (Como la deuda debe ser demandada primero al principal deudor y luego al que fió), PART. 5.12.11 (cesión de acciones o lasto) y PART. 5.12.8. (beneficio de división de la parte que corresponde a los fiadores o deudores pobres entre los más solventes). El lasto es definido como otorgamiento de poder del acreedor al fiador que pagó la deuda según PART. 5.12.11.

⁸⁰⁸ PART. 5.12.8. (que hace alusión a la renuncia de dichos beneficios) y PART. 5.12.10 (fiadores como deudores principales).

centuria⁸⁰⁹ hasta el siglo XVII⁸¹⁰. Un ejemplo de dicha cláusula es el siguiente:

“(...) e para lo mejor cumplir dio su fiador a (...) vezino desta dicha (...) e qual estando presente que se constituía en tal fiador e principal pagador sin que contra el susodicho sea fecha ni se haga escusion ni diligencia alguna cuyo beneficio espresamente renuncia (...)”⁸¹¹.

1.6. Obligación de persona y bienes presentes y futuros. Por medio de esta cláusula tanto el tutor y curador o el curador ad litem como sus fiadores quedaban obligados al cumplimiento del pago por daño al menor o a sus bienes y a la rendición de cuentas (sólo para el primero de ellos) al afectar sus personas como garantías al supuesto de no efectuarse el pago de la deuda, que de suceder, el obligado era detenido y puesto en prisión hasta que cancelara su

⁸⁰⁹ LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Barcelona. Editorial Ariel. 1978. p. 800. Quien al hacer mención de los beneficios de los fiadores, afirma que el beneficio de excusión fue restablecido por el Derecho Común frente al derecho de la Alta Edad Media. Según HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo de. *El elemento Germánico en el Derecho Español*. EN: Hinojosa y Naveros, Eduardo de. *Obras*. Madrid. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos. 1948. T. II. p.p. 457-458, no existía uniformidad, puesto que algunos fueros consideran al fiador como deudor principal (fuero de Estella) y otros dejan que el acreedor elija si procede contra el deudor o el fiador (Aragón).

⁸¹⁰ SÁNCHEZ, Galo. *Ibidem*. p.p. 477-478: " (...) que es dixo que dava e dio consigo por sus fiadores a fulano e a fulano fijo de fulano vesinos de tal lugar que presentes estavan e luego el dicho jues pregunto a los dichos fulanos e a cada uno dellos si ellos si querian ser fiadores de la dicha fulana en la dicha rason e los dichos fulano e fulano e cada uno dellos dixeron que sy e querian e salian por fiadores de la dicha fulana e obligaron si la dicha fulana por sy e los dichos fulanos commo sus fiadores todos tres a bos de uno e cada uno dellos por el todo por sy mesmos e por todos que bienes (...) ". La tercera persona es la tutora a la cual se unen ambos fiadores.

⁸¹¹ A.G.N. Gómez de Baeza. 1584-85. Fols. 1323-1324. Existen cláusulas más extensas como sucede con A.G.N. 2.18. 1629. Fols 18(17)-19(18); A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fols. 861/-862/; A.G.N. VALENZUELA . 1628. Fols. 548/-549; A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fols. 1375/-1376/ y B.N.P. A. 260 . 1585. Fol. 5/.

débito⁸¹². Esta garantía se ejecutaba cuando dichas personas no tenían bienes embargables o éstos resultaban insuficientes para cubrir el monto adeudado. Pero aún cuando ocurriera lo anterior, la cláusula permitía que la afectación no sólo recayese sobre los bienes presentes (“avidos”) sino también sobre los futuros (“por aver”).

La liberación de los afectados se daba por extinción de la obligación, ya fuere por pago o por "desgracia sobreviniente" de acuerdo a las Partidas⁸¹³.

Su fórmula rezaba así:

“(…) y al cumplimiento y pago de lo que dicho es ambos a dos obligaron sus personas y bienes habidas y por haver (…)”⁸¹⁴.

En las Partidas⁸¹⁵ y en el Formularium Instrumentorum del siglo XIV, observamos otro estilo en la redacción como también el cambio de ubicación de la cláusula⁸¹⁶.

1.7. Renuncia a los beneficios de la mancomunidad. Esta cláusula obligaba al tutor y curador junto con su fiador o de manera independiente, a cada uno de ellos (del mismo modo con el curador

⁸¹² HEVIA BOLAÑOS, Juan de. Idem. Las mujeres no sufrían prisión por deudas, salvo cuando fuera de mala fama o aquélla proviniera de un delito según. L. TORO. 62.

⁸¹³ PART. 5.11.18 y PART. 5.11.37. El plazo para accionar por deudas era de treinta años (PART. 3.29.22), excepto cuando había fraude contra el menor, en cuyo caso el plazo no caducaba y la acción no prescribía (PART. 3.29.11)

⁸¹⁴ A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ 1647. Fol. 1374. Es importante consignar que dicha fórmula sufre alteraciones según el escribano que la redactara, así como la ubicación dentro del instrumento, como ocurre con A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fol. 1324/. La cláusula se ubica al final del documento); A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fols. 862-862/ (también al final); A.G.N. VALENZUELA. 1628-C. Fol. 549 (igual) y A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Fol. 1797/ (en el medio) y A.G.N. 2.18.1629. Fol. 19(18) (de la misma forma).

⁸¹⁵ PART. 3.18.94: " (...) obligando a si mismo, e a sus herederos, e a sus bienes (...)" . Se haya en la última parte del modelo de carta del huérfano.

⁸¹⁶ SÁNCHEZ, Galo. *Ibidem*. p. 478. La redacción coincide con las fórmulas modernas indianas excepto por la referencia a los bienes muebles y raíces.

litem), de constituirse en deudores in solidum del menor, lo cual puede apreciarse en la fórmula respectiva y cuya redacción podía ser diversa según el escribano y a la época. Una de los referidos tipos de redacción de la fórmula de la cláusula es la que mostramos a continuación:

“(...) y ambos a dos juntamente de mancomun y a boz de uno y a cada uno dellos por todos y por el todo tenido y obligado rrenunciando como rrenunciaron la ley de debus rreo debendí y el authentica presenti hoc yta de fide jussoribus y el beneficio de la división y escusion y la epistola del dybo adriano y todas las demas leyes y derechos que deven de rrenunciar los que se obligan de mancomun y en todo y por todo como en ellas y en cada una dellas se contiene dixeron y otorgaron que se obligavan y obligaron que la dicha (...)”⁸¹⁷.

⁸¹⁷ B.N.P. A. 260. 1585. Fol.5 (65) y A.G.N. 5.28. 1560. Fol.3. Coinciden. EN: A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Idem. La fórmula es más sencilla: "(...) e ellos de uno e cada uno por el todo rrenunciando como rrenunciaron las leyes de la mancomunidad como ella se contiene se obligaron a la paga e cumplimiento de lo aquí contenido (...)".

A.G.N. 2.18.1629. Fol. 19 (18) no alude a la Epístola de Adriano, pero sí a las demás leyes.

A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 862: "(...) cuyo beneficio de remedio con el de la auténticas esperas o dispensas especial e expresamente renuncio (...)". un año después, en A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Fol. 1797/; unió dicha cláusula con la renuncia a todas las leyes favorables, por lo que fue eliminada como cláusula independiente.

A.G.N. VALENZUELA. 1628-C.: "(...) juntos de mancomunados de zumo yendo uno de responder por el todo *yn solidum* renunciando las leyes de la mancomunidad (...)". Esta fórmula constituye una diferencia frente a las demás, que es el empleo del término latino "*yn solidum*", sin aludir a las leyes citadas en el primer documento.

En PART. 3.18.94 no se menciona la cláusula y PART. 3.18.95 sólo cita renuncia de las leyes favorables para las mujeres. Sin embargo, en el formulario publicado por SANCHEZ, Galo. Idem. Se distancia de las Partidas al considerar la renuncia de leyes y fueros a favor de los tutores y fiadores. Se asemeja a A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem; pero no al resto de las fórmulas de los otros escribanos. No hace mención a las leyes de la mancomunidad ni cita leyes romanas.

Lo primero que advierte de la fórmula de dicha cláusula es el término “*de mancomun*” que podría inducirnos a creer en forma errada que la naturaleza de la obligación era la mancomunidad lo que se desvirtúa por los términos “a boz de uno y a cada uno dellos por todos y por el todo”. La utilización del término citado en los instrumentos notariales de mayor antigüedad se fundamentó en la utilización de un lenguaje no técnico en este caso, ya que no lo hallamos en el Corpus Iuris Civilis ni en las Partidas. Además, debemos decir que las leyes citadas en el instrumento aclaran el sentido de la fórmula cual es el de solidaridad siempre que haya renunciado a ellas. Las cláusulas del siglo XVII superan la imprecisión mencionada porque sus fórmulas distinguen la “mancomunidad” de lo “*yn solidum*”.

La ley de “*debus rreo debendi*” es en realidad la Auténtica “*de duobus reis promitt*”⁸¹⁸ por medio de la cual, Justiniano modificó a la Constitución de Diocleciano y Maximiano al exigir convenio especial de las partes para que fueran obligadas cada una por la totalidad de la deuda. La renuncia a dicha Auténtica implicaba:

⁸¹⁸ C.8.40.2 (1). "Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos á Diógenes. Cuando hayan dos obligados por haber prometido la misma cantidad, no se puede prohibir al acreedor que exija la deuda del que quiera. Y por lo tanto, si hubieres probado que demandado por la totalidad la pagaste, el gobernador de la provincia no tardará en ayudarte contra aquel con quien en común recibiste el dinero en mutuo.

Publicada a 5 de las Calendas de Marzo, bajo el tercer consulado de Diocleciano y el de Maximiano, Augustos (287) ”.

La interpelación de Justiniano a esta Constitución fue la siguiente: “*Auténtica de duobus reis promitt. in princ.* (Nov.99.1). Esto así, si hubiere habido pacto especial para que cada uno estuviese obligado a la totalidad y si el uno fuera insolvente para la totalidad o por una parte, o si estuviera ausente, a fin de que la cosa se le reclame por lo menos al otro. Porque cuando ambos están presentes, se les hace comparecer por el juez, se examina en común el negocio, y se profiere en común la sentencia. Lo que se hará por el administrador, si el juez fuera delegado. Mas si especialmente no se hizo convenio, soportarán por igual la carga. Pero aun si se hizo convenio, si no obstante, ambos estuvieran presentes y fueran solventes, deven ser obligados juntamente al pago”.

Su equivalente castellana es una ley de Enrique IV del año 1458 insertar en N. RECOPI. CAST. 5.16.1. También la encontramos en PART. 5.12.8.

- 1) La posibilidad de ser ejecutado uno de los obligados a pesar de hallarse insolvente o ausente. Sin embargo, de igual manera se procedía contra el otro deudor en caso de insolvencia o insuficiencia de bienes.
- 2) Los deudores no serían tratados por separado, es decir, cada uno no respondía por su parte, sino por el todo.

La Auténtica “*presenti hoc yta fide jussoribus*” o Auténtica “*de fideiussor et mandator*”⁸¹⁹ que prohibió demandar primero al fiador en lugar del deudor, si estuviesen los dos presentes. La renuncia traía las siguientes consecuencias:

- 1) Si el deudor y su fiador estuviesen presentes, el acreedor podía demandar primero al fiador antes de ver si el deudor era solvente (renuncia al beneficio de excusión).
- 2) Si el deudor estaba ausente y el fiador se hallaba presente, el acreedor podía demandar a su elección aunque el deudor no apareciera.

⁸¹⁹ C. 8.41.3. “*Auténtica de fideiussor. et mandator. Si quis igitur y Et non solum* (Nov. 4.1 y 2). Pero hallándose presentes uno y otro, no se permite demandar al fiador antes que se haya visto que el deudor no es solvente, o para la totalidad, o para parte. Más ausente el deudor, es demandado ciertamente en derecho el fiador que está presente, pero, pidiéndolo éste, el juez fijará un término, dentro del cual presente al deudor que en primer lugar deba ser demandado, reservando aquel subsidiariamente. Porque transcurrido el término, es compelido a pagar el fiador, habiéndosele cedido por el acreedor las acciones, sin distinción de contrato o de fianza”.

Dicha Auténtica coincide con PART. 5.12.9 en forma casi literal: “En el lugar seyendo aquel que fuesse principal debedor, primeramente a el deven demandar que pague lo que debe, e non a los que entraron fiadores por el; e si por aventura non oviesse el de que lo pagar, deven demandar a los fiadores. E si acaesciere que los fiadores fueren en el lugar, e aquel porque fiaron non; e començandoles a demandar el debido, pidiese plazo a que aduxiessen a aquel a quien fiaron, devengelo dar. E si al plazo no lo aduxiessen, entonce deven responder a la demanda, a pagar a cada uno dellos su parte, a los ricos por los pobres, o el uno por todos, en la manera que dize en la ley desta. E este plazo les debe otorgar el jugador, ante quien demandaren el debdo, según su alvedrio; asmando toda via fasta quanto tiempo lo puedan dezir”.

La Epístola del Divo Adriano⁸²⁰ impedía la división de la obligación entre los fiadores, pero permitía que en caso de muerte de uno de los fiadores, sin herederos, antes de la cobranza o por la pobreza sobreviviente, el pago de su parte le correspondía a los demás. En el instrumento notarial se renunciaba lo favorable que había sido establecido a favor de los fiadores y en consecuencia:

- 1) Se aplicaba en forma extensiva el supuesto contenido en la Epístola tanto a los fiadores como a los deudores solidarios, debido a que los primeros se habían convertido en “principales pagadores” al adquirir el mismo rango del deudor principal en virtud de la renuncia a la Epístola.
- 2) Se procedía a ejecutar el patrimonio del fiador o deudor que no tuviese herederos, porque había perdido el beneficio reconocido por dicha Epístola.
- 3) Se procedía a ejecutar el patrimonio del fiador o deudor que se tornara pobre, inclusive su persona (prisión por deuda).
- 4) No se repartía la cuota del fiador o deudor entre los demás fiadores o codeudores por herencia vacante, pero sí en caso de pobreza, porque debía privilegiarse la cobranza en favor del menor sin perjuicio del beneficio del lasto (cesión de acciones para repetir) a los demás, quienes quedaban garantizados por la prisión del deudor insolvente.

⁸²⁰ D . 46.1.26. “GAYO. Com. ad Edictum provinciale. En virtud de la Epístola del Divino Adriano no se divide de derecho la obligación entre los fiadores y por lo tanto, si alguno de éstos hubiere fallecido sin heredero antes de habersele cobrado su parte o hubiere llegado a la pobreza, su parte corresponde a cargo de los demás”.

En el derecho castellano se estimaba que las partes se obligaban de forma mancomunada, salvo que lo hubieran hecho in solidum. Así: N.RECOP. CAST. 5.16.1. “Don Enrique IV en Madrid año de 1458. Establecemos que si dos personas se obligaren simplemente por contrato o en otra manera alguna para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere, que cada uno sea obligado in solidum, o entre sí en otra manera fuere convenido e igualado, y esto no embargarte qualesquier leyes del Derecho Común que contra esto hablan y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir”.

1.8. Cláusula de sumisión a la jurisdicción (competencia) de justicias y jueces reales. La cláusula puede dividirse en dos partes. La primera referida a todos los jueces y justicias de los Reinos de España y la segunda, que alude sólo a las justicias y jueces de la Ciudad de los Reyes, lo que se observa en su fórmula:

“(...) y doy poder cumplido a las justicias y jueces de su magestad de quealesquier parte que sean y en especial las desta ciudad de los Reyes a cuyo fuero y jurisdicción me someto (...) para que a lo dicho me compelen y apremien como por sentencia definitiva de juez competente pasada en cosa juzgada (...)”⁸²¹.

La fórmula contiene el poder otorgado por el tutor y curador, fiador o curador ad litem a las autoridades judiciales y su naturaleza se hallaba determinada por la finalidad que perseguía cual era sólo la de apremiar a los poderdantes (según el caso) podían darlo en forma conjunta o independiente). Por dicha razón opinamos que se trataba de un poder especial y no de uno general⁸²². En relación a las Partidas, no encontramos alusión alguna sobre el otorgamiento a las justicias y jueces⁸²³, como tampoco en un formulario del siglo XIV⁸²⁴. Sin embargo, en los

⁸²¹ A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. A.G.N. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ. 1647. Fol. 1376/., en donde se advierte una variación al no mencionarse a la Ciudad de los Reyes. Coincide con la fórmula citada en segundo lugar, la de A.G.N. VALENZUELA.1628. C. Fol.549, en forma literal. EN: A.G.N. GÓMEZ DE BAEZA. 1584-85. Fol. 1324 sólo dice: "(...) e dieron poder a las justicias como sentencia pasada en cosa juzgada de que lugar no uviese apelación (...)". Sin embargo, es más precisa que las anteriores al determinar que no procedía la apelación como efecto de la cosa juzgada. A.G.N. 5.28.1560. Fols. 3-3/: "(...) e dieron poder cumplido a los qualesquier jueces e justicias de su magestad de qualesquier fuero e jurisdicción que sean a los quales se sometieron (...) para que pcho (sic.) e rigor de todo les compelan y apremyen a que cumpla con lo expuesto de lo susodicho como en persona dicha justicia de juez competente que fuese juzgado e suplicada la sentencia e pasada En cosa juzgada (...)". Muy similar es la fórmula consignada en B.N.P. A260. 1585.

⁸²² MORENO TRUJILLO, María. Op. cit. p. 124. No señala el fundamento de su afirmación, que consiste en decir que se trataba de un poder general.

⁸²³ PART. 3.18.94 y PART. 3.18.95.

⁸²⁴ SANCHEZ, Galo. Idem.

instrumentos redactados por los escribanos de Granada durante los primeros años del siglo XVI ya podemos ubicarla⁸²⁵.

El apremio de las justicias y jueces reales tenía la calidad de la cosa juzgada, lo que permitía el pago inmediato y sin dilación de la suma adeudada al menor. En defecto del pago inmediato, se procedía a la ejecución de los bienes y personas de los obligados como hemos explicado en el lugar pertinente. De lo anterior resulta que dicho apremio era un mandato judicial con efectos de sentencia definitiva y consentida o cosa juzgada. Esto provenía de las Partidas que prescribieron sobre la fuerza de juicio (o sentencia) que tenía el mandato hecho por el juez en el pleito de huérfanos para que el guardador o fiador entregara los bienes del menor o pagara su valor, bajo apercibimiento de tener que pagar el doble del monto del bien que adeudaba. El juzgador determinaba el plazo a su albedrío⁸²⁶.

La fórmula hace mención a las justicias y jueces reales a quienes se les otorgaba el poder para compeler. Con el título de justicia se aludía tanto a los alcaldes ordinarios como a los alcaldes de salario, alcaldes mayores y a los corregidores durante la Baja Edad Media Castellana. Los alcaldes ordinarios o alcaldes foreros eran aquellos nombrados conforme al fuero municipal de alguna ciudad o villa de Castilla. Sin embargo, por el Fuero Real⁸²⁷ y las Partidas⁸²⁸ el Rey

⁸²⁵ MORENO TRUJILLO, María. Idem. Las cláusulas y fórmulas que transcribió la autora pertenecen al Archivo de Granada y al año de 1528. En cuanto al estilo de redacción, son similares con las fórmulas indiana, excepto por la mención de la ciudad que no aparece en aquéllas. Así: "(...) damos poder cumplido a quelaesquier justicias e alcaldes // de qualquier fuero e jurisdiccion que sean que nos constringan e apremien a lo asy conplir e pagar como dicho es (...) " (A.I.C.N.G.P. 12. QUIJADA, GONZALES. 1518. Fols. 379/- 381/).

" (...) e damos poder cumplido a todos e qualesquier justicias alcaldes e juezes de cualquier fuero e juridiccion que sean para que nos apremien a lo todo asy pasar e cumplir por todo rigorde derecho como sy todo lo que dicho es fuese asy dado por sentencia definitiva de juez competente por nosotros consentyda e pasada en cosa juzgada" (A.I.C.N.G.P. 11. SORIA, Hernando de. 1518. Fols. 877/-878/).

⁸²⁶ PART. 3.22.22.

⁸²⁷ F. R. 1.7.1. (nombramiento del Alcalde) y F.R.1.7.2 (no puede juzgar quien no fuere nombrado alcalde por el rey).

Alfonso X pretendió que fueran nombrados por él, lo cual no dio resultado por la resistencia ofrecida por las ciudades y villas. Los alcaldes ordinarios tenían facultades judiciales en lo civil y criminal así como gubernativas ya que presidían el Cabildo y su número era de dos, aunque podían ser más⁸²⁹. En la Ciudad de los Reyes tuvieron el mismo número y atribuciones de acuerdo a Castilla, tal como lo establecían las leyes reales (leyes en sentido amplio) y sus ordenanzas⁸³⁰. La elección era realizada primero por los regidores perpetuos (que tenían el número de doce según lo asignado por Pizarro, a los cuales se sumaron tres más gracias a La Gasca; pero por razones presupuestales regresaron al número original) quienes elegían a uno de ellos como alcalde ordinario y en una segunda al otro, el cual surgía por el voto de los pobladores con rentas sobre las encomiendas vacantes y de los mercaderes (nos referimos a los grandes comerciantes) los cuales elegían a uno de

⁸²⁸ PART. 3.4.2 (los reyes y emperadores u otros de acuerdo a su carta de privilegio pueden nombrar jueces).

⁸²⁹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. Historia del Derecho. Madrid. Dykinson. 1995. T. I . p. 637. Indica que en Sevilla el número de alcaldes ordinarios era de seis.

⁸³⁰ R. IND. 5.3.1. Consejo Provincial de Lima. Libros de Cabildos de Lima . Lima. Torres Aguirre. 1935. T.I. p XI . BAYLE, Constantino. Los Cabildos Seculares en la América Española. Madrid. Sapiencia S.A. de Ediciones. 1952. p.p. 159 y 161, así como CORVALÁN, Jorge y CASTILLO, Vicente. p.p. 28-30. HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Ibíd.* 1.4.2 señala la división entre jurisdicción ordinaria y delegada en relación al Cabildo. Según el autor la jurisdicción ordinaria recibe dicho nombre por el hecho de haber sido introducida por la ley o costumbre, lo que no sucede con la delegada que se otorgaba por privilegio (HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Ibíd.* 1.4.14). Otras diferencias que establece son: Cuando a la obligación de sentenciar del ordinario y que no tiene el delegado (HEVIA BOLAÑOS, Juan de. *Ibíd.* 1.4.7) [sigue a Bobadilla] y la posibilidad de ampliación (prórroga de competencia) de la ordinaria favorable, lo que no sucede con la delegada cuando es odiosa (HEVIA BOLAÑOS, Juan de . *Ibíd.* 1.4.8). SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de. *Op. cit.* 5.1.2. indica el origen real de la jurisdicción ordinaria y que se ordenó por el Rey que tuviese la misma estructura e integrantes como las tenía en los Reinos de España antes de la introducción de los Corregidores. Según el mismo autor las elecciones se realizaban en Lima el día del Año Nuevo. Podían ser reelegidos si hubiesen pasado tres años de haber dejado el cargo.

su misma condición⁸³¹. En el juramento que hacían antes de ejercer el cargo, prometían dar justicia por igual a las partes y favorecer a los pobres, menores, viudas y doncellas⁸³². Juzgaban las causas por separado y el conocimiento de una de ellas por un alcalde producía la prevención de la competencia,⁸³³ salvo que juzgaran en forma colegiada en segunda instancia⁸³⁴. Estaban asesorados por un letrado⁸³⁵.

Los alcaldes de salario, alcaldes mayores y corregidores eran justicias, cuya finalidad era sustraer el poder de los alcaldes ordinarios y al regimiento de los cabildos que no fueran afines a la Monarquía⁸³⁶. Las dos autoridades aludidas al principio, no se nombraron en Lima (el primero de los citados ya no existía; el segundo se dio para Nueva España y los corregidores fueron suprimidos para la Ciudad de los Reyes). Respecto a los Corregidores es necesario agregar que si bien es cierto que el Rey nombró uno para Lima, el Cabildo logró obtener del Monarca la supresión del Corregimiento por medio de un donativo de dinero⁸³⁷. Por este motivo, las resoluciones que dictaba el alcalde ordinario de Lima sobre las causas de su competencia, podían ser

⁸³¹ CONSEJO PROVINCIAL DE LIMA. op. cit. T. I. p. XI y p.p. 124-126. Una provisión del Virrey Luis de Velazco (1602) ordenó que se pueden elegir como alcaldes ordinarios a dos vecinos o dos ciudadanos, sin que éstos tuvieran obligación de ser uno vecino y el otro ciudadano. En: CONSEJO PROVINCIAL DE LIMA. *Ibíd.* T. XIV (1602-1605); p.p. 293-294.

⁸³² CONSEJO PROVINCIAL DE LIMA. *Ibíd.* T. VIII. (1574-1578), p. 42.

⁸³³ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. Op. cit. T.I. p. 639.

⁸³⁴ BAYLE, Constantino. Op. cit. p.p. 161-162.

⁸³⁵ BAYLE, Constantino. *Idem*.

⁸³⁶ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. *Ibíd.* p.p. 631-643. BAYLE, Constantino. *Ibíd.* p.p. 155-170.

⁸³⁷ CONSEJO PROVINCIAL DE LIMA. *Ibíd.* T. I. p. XI y MURO OREJON, Antonio. *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*. México. Miguel Angel Porrúa. 1989. p.p. 218-219. SOLORZANO Y PEREYRA, Juan de. *Ibíd.* 5.1.26. Este autor explica la razón por la cual no deben nombrarse muchos jueces en una misma ciudad y es porque genera daño y mal gobierno, toma como ejemplo lo sucedido con los Cabildos de Lima y México que obtuvieron la supresión de sus corregidores por dicha causa (aunque México lo recuperó, pero no Lima). VÉASE: R.IND. 5.3.23.

apeladas ante la Real Audiencia, siempre que fueran de mayor cuantía, de lo contrario se apelaba al Cabildo como órgano jurisdiccional colegiado⁸³⁸. En los casos de corte notorio (menores por ejemplo), la causa podía ser conocida por la Real Audiencia en primera instancia o sí ésta comenzaba ante el alcalde ordinario la apelación era conocida por aquélla.

Las ciudades que tenían por justicia un alcalde mayor o un corregidor, éstos eran jueces de segunda instancia frente a los alcaldes ordinarios quienes a veces dejaban sus cargos por asumir aquéllos sus funciones judiciales de primera instancia o quedaban éstas muy mermadas, como ocurría e Indias y en España. La diferencia entre ambos era la profesión en leyes que poseía el alcalde mayor y que no tenía el corregidor por ser la mayoría de veces un caballero, en oposición a los que ejercían la carrera de leyes⁸³⁹. Tenían competencia para nombrar y remover tutores y curadores al igual que los alcaldes ordinarios, pero dentro de su jurisdicción.

Con el término “juesses” se refiere el documento a los oidores y presidentes de las Reales Audiencias españolas. La Real Audiencia de Lima estuvo al inicio conformada por cuatro oidores letrados y un presidente, quien ejercía el cargo de Virrey⁸⁴⁰. En 1542, se determinó que las causas importantes y las que ascendieran a diez mil pesos de oro o más, podían ser vistas en el Real y Supremo Consejo de Indias. Aunque la Ordenanza no lo menciona, es evidente que las causas de menores estaban incluidas por ser consideradas casos de corte notorio⁸⁴¹. Respecto a la votación de las causas, se prescribió que bastaban dos votos conformes para hacer resolución cuando la cuantía de aquélla era menor de quinientos pesos y tres votos al tratarse de una suma mayor⁸⁴². Ello cambió con las Ordenanzas de 1565 para la Real Audiencia de

⁸³⁸ R. IND. 5.12.13.

⁸³⁹ MURO OREJON, Antonio. Op. cit. p.p. 217-220; BAYLE. Constantino. *Ibíd.* p.p. 155 y SÁNCHEZ BELLA, Ismael. *Nuevos Estudios de Derecho Indiano*. Pamplona. EUNSA. 1995. p.p. 145-167.

⁸⁴⁰ L.N. 1542. 10

⁸⁴¹ L.N. 1542. 13.

⁸⁴² L.N. 1542. 16.

Lima, las cuales mandaron que las sentencias fueran establecidas por la mayoría de los votos conformes y en caso de discordia, cada parte nombrara uno u otros abogados sin sospecha para dirimir el litigio junto con los oidores a no ser hubiera un solo oidor, caso en el cual, sólo este magistrado resolvía la causa⁸⁴³.

Es importante consignar que el presidente de la Real Audiencia, sólo votaba en los casos que tenían un monto superior a los cien mil maravedís⁸⁴⁴. Con posterioridad, se incrementó el número de oidores a diez, cinco alcaldes del crimen y dos fiscales de lo civil y criminal⁸⁴⁵.

El término “juesses” abarcaba también a los integrantes del Real y Supremo Consejo de Indias, quienes en un primer momento pudieron conocer las causas civiles que les presentaran las partes que suplicaban de las resoluciones de las Reales Audiencias⁸⁴⁶, luego cambió por las Ordenanzas del año 1571 para dicho Consejo, en las cuales se dejó potestad a los consejeros de elegir los casos judiciales que resolverían, con el fin de no estorbar sus funciones de gobierno indiano⁸⁴⁷.

1.9. Renuncia al fuero del domicilio. Esta cláusula obligaba que el tutor y curador así como su fiador (también para el curador ad litem) renunciaran a la a la protección de las leyes y jurisdicción de su domicilio. Su fundamento era facilitar el actuar de los jueces y

⁸⁴³ O.A. LIMA. 1565. 2.5.

⁸⁴⁴ O.A. LIMA. 1565. 2. 10 y R.IND. 2. 15.156.

⁸⁴⁵ R. IND. 2.15.5.

⁸⁴⁶ L.N. 1542. 2.

⁸⁴⁷ SCHÄFER, Ernesto. El Consejo Real y Supremos de las Indias. Sevilla. Imprenta M. Carmona. 1935.T. I. p. 135. El autor dijo que no intervenía en "pleitos civiles y entre partes, para los cuales sirven las Audiencias Coloniales (Nº10) (...) "Pero al revisar el texto de sus Ordenanzas nos percatamos que se omitió en la obra citada lo siguiente: "Tenemos ordenado, que los del Consejo de las Indias se abstengan quanto se pudiese de ocuparse en cosas de justicia entre partes: a fin que para las cosas del gobierno aya mas tiempo y lugar (...)". O.C.I. 1571. 23. EN: MURO OREJÓN, ANTONIO (Comp.). Las Ordenanzas de 1571 del Real y Supremo Consejo de las Indias. EN: Anuario de Estudios Americanos.Sevilla. T. XIV. 1957. p.p. 363-423.

justicias reales, además permitir la aplicación de la ley real y no la local o foral pues ellas eran múltiples y poco acordes entre sí. Sin embargo, se indica la renuncia de leyes que determinan la competencia de jueces por el territorio como el Fuero Real, las Partidas y la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, y que a su vez, ellas lo permitían por excepción en caso de corte o por sumisión voluntaria⁸⁴⁸.

La renuncia se podía realizar entre los obligados en forma individual o conjunta. Su fórmula era:

“rrenuncio el mio propio domicilio y becindad y el pribilexio del y la ley que diesse que el actor debe seguir el fuero del reo (...)”⁸⁴⁹.

1.10. Renuncia de las leyes favorables y a su invalidez. Dicha cláusula era de carácter general, es decir, que impedía la invocación de cualquier ley que favoreciera en forma directa o indirecta (por analogía) a los estipulantes que se habían obligado. Además no permitía que los obligados alegaran la invalidez de la cláusula de renuncia.

La fórmula era la siguiente:

“(...) rrenuncio a todas las leyes fueros y derechos de mi favor y la general que lo prohíbe (...)”⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ F.R.2.1.2, F.R. 2.106, PART. 3.3.4, PART. 3.3.5 y N. RECOP. CAST. 4.3.8. (Enrique II en Burgos, 1373. pet. 7 y los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Medina del Campo, cap. 7) y N.RECOP. CAST. 4.3.9. (Juan II en Valladolid 1419).

⁸⁴⁹ A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. Se halla en todos los documentos transcritos. No la encontramos en PART. 3.18.94 y PART. 3.18.95, mas en SÁNCHEZ, Galo. Idem, sí podemos observarla.

⁸⁵⁰ A.G.N. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. La encontramos en todos los documentos consultados. No podemos apreciarla en los modelos de cartas de guarda de las Partidas (PART. 3.18.94 y PART. 3.18.95). A pesar de lo anterior, dicha cláusula se observa en un formulario del siglo XIV. EN: SÁNCHEZ, Galo. Ídem.

1.11. Renuncia de la mujer al Senadoconsulto Veleyano y a contraer segundas nupcias. La cláusula se aplicaba sólo a las mujeres que fueran nombradas tutoras y curadoras. No aparecen en los instrumentos notariales mujeres que fueran fiadoras. Por medio de dicha cláusula la mujer renunciaba el beneficio que el Senadoconsulto le otorgaba y que consistía en la interdicción de las mujeres para contraer obligaciones a favor de otro ya fuere por fianza u otro contrato⁸⁵¹.

Su fórmula se hallaba expresada del siguiente modo:

“(…) rrenuncio por ser muger las segundas nuncias y el beneficio de beleiano E leyes de las que son en su favor de la mugeres (...)”⁸⁵².

En otro instrumento notarial observamos la cita de otras leyes, como en el que transcribimos a continuación por juzgarla importante:

“(…) renuncio Las leyes de veleyano y de toro e partida (...)”⁸⁵³.

Las Partidas no permitían al igual que en el derecho romano justiniano que las mujeres fueran fiadoras de otros⁸⁵⁴, pero

⁸⁵¹ D.16.1.1 8(las mujeres no pueden ser fiadoras); D.16.1.2.1 (transcripción del Senadoconsulto Veleyano, al menos de la relatio [motivos y propuesta] y la sentencia del mismo pues falta el prefacio [nombres de quienes proponen y senadores que intervinieron en la redacción]; pese a lo cual no les resta valor).

D.16.1.2.4. (dicho Senadoconsulto se aplica para cualquier clase de contrato según el fragmento de Ulpiano); C.4.29.1 (se aplica sólo a los contratantes que conocen que la mujer no puede obligarse); C.4.29.18 (las mujeres no pueden contraer obligaciones aún si fueran éstas antiguas) y C.4.29.2 (no se aplica si la mujer se obliga por su voluntad y conocimiento). La fecha del Senadoconsulto se sitúa entre Claudio y Vespasiano, puede ser de la época de Nerón (54-68 D.C.).

⁸⁵² B.N.P. A 260.1585. Idem.

⁸⁵³ A.G.N.2.18.1629. Fol. 18/ (19/). EN: A.G.N.FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem.; no aparece la cláusula, pese a que se nombra tutora y curadora. Sin embargo, aquélla era conocida en el siglo XIV. VÉASE: SÁNCHEZ, Galo. Idem.; en cuyo formulario se aprecia.

permitieron que renunciaran a dicho beneficio para poder ejercer la guarda de sus hijos⁸⁵⁵. Las Leyes de Toro prohibieron que las mujeres fueran apresadas por deudas, salvo las que provenían de algún delito⁸⁵⁶, lo que podía ser dejado de lado en virtud de la renuncia a esta ley.

Respecto a la renuncia de contraer segunda nupcias, ésta era permitida en el Corpus Iuris Civilis⁸⁵⁷ y en las Partidas⁸⁵⁸.

2. Cláusulas de facultades. Sus fórmulas. Consideramos que las más relevantes eran:

2.1. Encargo y discernimiento del oficio. Por medio de la mencionada cláusula, el alcalde ordinario (en Lima) entregaba el oficio junto con la persona y bienes del menor, así como también autorizaba para poder ejercer el oficio de tutor y curador o de curador ad litem a quien se hubiese nombrado. Se pueden distinguir entonces dos momentos que tienen mucha importancia ya que permiten diferenciar la práctica notarial (con especial referencia a Lima) del procedimiento regulado en el Corpus Iuris Civilis y en las Partidas para la entrega del cargo de parte de la autoridad pública. Como habíamos explicado en su oportunidad⁸⁵⁹, el Corpus Iuris Civilis distinguía los términos "confirmatio" (o confirmación que era la declaración del magistrado por lo cual se convalidaba un nombramiento de tutor hecho en testamento imperfecto) y "decernere" (autorizar o discernir)⁸⁶⁰. Este se aplicaba sólo para los casos de tutor legítimo y dativo, pero no en la testamentaria perfecta la cual no lo necesitaba por deferencia a la última voluntad del testador. En las Partidas se tomaron dichos términos a

⁸⁵⁴ PART. 5.12.2.

⁸⁵⁵ PART. 6.16.4.

⁸⁵⁶ L. TORO. 67.

⁸⁵⁷ C.5.35.2.

⁸⁵⁸ PART. 6.16.4.

⁸⁵⁹ Nos remitimos a la parte de nuestra tesis que se ocupa de la formalidad para nombrar guardador testamentario.

⁸⁶⁰ D .26.2.10; D .26.3.1.1 y D .26.4.5.1.

semejanza del *Corpus Iuris Civilis*, aunque con la diferencia relevante que permitía el ejercicio del cargo por el guardador antes de adirse la herencia,⁸⁶¹ lo cual en *Corpus Iuris Civilis* no se podía hacer puesto que primero debía producirse la adición para que surtiera efecto el nombramiento. Mientras ello no sucediese tenía que nombrarse a un tutor dativo al no poderse recurrir a uno legítimo ya que se esperaba un tutor testamentario. Sin embargo, la práctica notarial y judicial permitió que la confirmación del nombramiento se uniera con el discernimiento, como podemos observar en los instrumentos notariales.

La fórmula era la siguiente:

"(...) le encarga y le encargo la dicha tutela y curaduría de dichos menores le disierna y dicirnio el cargo de tutora y curadora (...)"⁸⁶².

2.2. Otorgamiento de poder. Una vez realizado el discernimiento, el alcalde ordinario daba poder general y especial a quien había sido nombrado tutor y curador o curador ad litem, con la finalidad de realizar toda clase de actos jurídicos, salvo en la venta de inmuebles u objeto preciosos que requería autorización judicial.

La fórmula era:

"(..) y le dava y le dio poder bastante el que derecho se rrequiere y es necessario para que judicial o extrajudicialmente pida demande rreciva y cobre en juicio o fuera de todas y qualesquier perpsonas que ssean y de sus bienes (...)"⁸⁶³.

⁸⁶¹ PART. 6.16.8 y PART.6.6.1.

⁸⁶² A.G.N.FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. SANCHEZ, Galo. Idem.; A.G.N.FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Idem. (cura ad litem); A.G.N.FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1647. Idem.; B.N.P. A 260. 1585. Idem.; A.G.N.5.28.1560. Idem. y A.G.N. 2.18.1629. Idem.

⁸⁶³ A.G.N.P. 468. FERNANDEZ DE LA CRUZ. 1648-B. Idem. Se aprecia en todos los documentos consultados; pero no en PART. 3.18.94 y PART. 3.18.95, tampoco en SÁNCHEZ, Galo. Idem.

Terminada la exposición de las principales cláusulas de los instrumentos notariales d los siglos XVI y XVII, podemos agregar que dichos documentos son el testimonio del desarrollo de las instituciones que hemos estudiado y que unidos a la práctica judicial, delinearon el derrotero seguido por la tutela y la curatela indianas.

ANEXO DOCUMENTAL**958**

Fianza Sepan esta carta vieren como yo don juan de garay vezino dela ciudad de guanuco estante al presente en esta ciudad de los reyes del piru digo que Por quanto en la real audiencia desta ciudad se sigue y se trata cierto pleyto e causa Por el señor Licenciado alvaro de carvajal fiscal de su magestad en la dicha rreal audiencia y doña isabel manrique como madre y tutora e curadora de don vasco de escobar menor hijo y universal heredero de juan de escobar difunto en rrazon delos quatro myll pesos de plata ensayada queel capitán diego lopez de cuniga diffunto. Vezino que fue desta ciudad tenia situados sobre los tributos delos indios e rrepartimiyento de parinaco echa termino dela ciudad del cuzco en quien subcedio el dicho don vasco de escobar por la segunda vida Por muerte del dicho juan de escobar su padre marido legitimo que fue dela dicha isabel manrique echos los cuales dichos quatro myll pesos de la dicha situación subcede el dicho el dicho don vasco de escobar Por muerte del capitán diego lopez de cuñiga en atencion al cumplimiento de una executoria de su magestad emanada de su rreal consejo delas yndias En que a pedido sometido y amparado En la posesion

958

dellos y Por auto de vista e rrevista delos dichos señores presydenete y oydores desta dicha rreal audiencia se a declarado pertenecer los dichos quatro myll pesos de la dicha situación al dicho don vasco de escobar y a la dicha ysabel manrique su madre como tal su tutora y curadora e mandan que los aya e cobre e goze dando fianca de que si su magestad no fuere servido y Proveyere e mandare otra cosa bolveran todo lo que ovieren cobrado de la dicha situacion según que mas largamente se contiene En el proceso de la dicha causa que pasa ante juan rramos de gauna secretario dela rreal audiencia a que me rregdo.

Y por tanto en cumplimyendo y execucion delos dichos autos y conforme a ellos otorgo y conozcopor dicha presente carta que me offrezco y salgo y constituyo por fiador de los dichos don vasco de escobar y doña ysabel manrique su madre y por cada uno e qualquier dellos en tal manera que cada vez e quando y en qualquier tiempo que Por su magestad o por otro juaz competente que dela dicha causa pueda y deva conocer fueren revocados, o enmendados en alguna parte los dichos autos de vista e rrevista de suso rreferidos y fuere declarado no pertenesces los dichos quatro myll pesos de situacion al dicho vasco de escobar

959

y a la dicha su madre y les fueren mandados Bolver y dar cuenta delo que ovieren cobrado de la dicha situación que constando qualquier cosa de las susodichas que yo como tal su fiador y principal pagador delos dichos don vasco de escobar y doña ysabel manrique su madre, por ellos a derecho en la dicha rrazon pagare Bolver e restituyr a todos los pesos de plata e otras cosas que en cumplimyento de los dichos autos de vista e revista y executoria de su sorreferida, ovieren cobrado los dichos don vasco de escobar y la dicha doña ysabel manrique su madre o entrado en su poder, o de que en los dellos, o de otras personas en june y dara dellos cuenta con pago cierta leal e verdadera a quien y con derecho Lleva e me fuere mandado, todo lo cual pagare llanamente sin contienda ni pleyto alguno e haziendo como desde luego hago de caso ageno mio propio y de deuda agena mia y propia y de libre deudor sin que sea necesario hazen ni se haga ninguna diligencia ny exclusion de bienes de fuero ni de derecho contra los dichos don vasco de escobar y doña ysabel manrique su madre ni contra ninguno dellos ni sus bienes ny de otra persona En cuyo poder ayan Entrado Los dichos pesos dela dicha situación aunque pida que se pagan a mi propia costa y espensas cuyo beneficio y las autenticas

959 /

que sobre ello hablan expresamente renuncio y por quanto los dichos don vasco de escobar y doña ysabel manrique an de dar

sobre esta rrazon otros fiadores que sean desobligar por lo mysmo que yo me obligo y Porfiador que quando Lo tal parezca, no por eso se avisto alterar ni ynovar En cosa alguna Esta dicha fianca, obligacion la qual desde agorapara entonces y desde entonces para agora la otorgo ractiffico y apruevo y añadiendo fuerca a fuerca y contrato a contrato me obligo juntamente y de mancomun conlos dichos fiadores e yo ynsolidum por el todo renuncio como desdeagora renuncio Las leyes de duobus rres devendi y e la autentica presente y hocyta de fide jusribus y el remedio de la division y escursion y todas Las demas Leyes fueron y derechos queson y pueden ser En mi favor y Prometo E me obligo de no dezir ni alegar Lo susu dicho, no es ni pasa ansi y silo dixere, o alegare no sea oydo ni admitido En juizio ni fuera del y confieso que para otorgar esta obligacion y franca no ovo fraude ni dolo que diese causa a ello y por quanto yo lo hago y otorgo de mi librey espontanea voluntad y cerca dello renuncio Las leyes del engaño y las demas que cerca dello hablan y Para la guarda e cumplimiento

960

delo que dicho es obligo mi Persona y Bienes muebles y rayzes avidos e por aver y doy e otorgo Entero poder a qualquier parte fuero e jurisdiccion Mi Propio fuero e juridiccion domicilio e vezindad y la ley sit convenit de jurisdicione, omniumjudicum, para que por todo Rigor de derecho e via mas breve y executiva me compelan y apremien a la guarda e cumplimiento delo que dicho es como si todo ello fuese por sentencia definitiva de juez competente Por mi consentida E no apelada e pasada en cosa juzgada cerca delo qual renucnio toda e qualquier apelación agravio e nulidad y todas e quales quien leyes e fueros y derechos pragmaticos y Privilegios Libertades y esenciones que En Mi favor y ayuda sean y las leyes quintat sexta titulo quinze de la quinta partida y remedio de deuda mayor que tratan En rrazon delas supuestas quiebras y espera y la ley real de derecho que defiende la general renunciacion En testimonio delo que otorgue la presente carta que es fecha en la dicha ciudad delos reyes a veynte y siete dias del mes de noviembre de mil quinientos y ochenta y quatro

960 /

otorgante que por el presente escrivano doy fee conozco Lo
firmo de su nombre en este rregistro estando Por testigos s todo lo
dicho joannicolas y lucas martin de salinas e joan de sandoval
estantes en esta ciudad valesiendo / ni / y / E / m / e / y tordo. Y

Joan de garay

(Firma)

Ante mi juan de gutierrez escrivano publico de su magestad

(Firma)

P.N° 75. Juan Gutiérrez. 1584

477

Concierto Sepan quantos esta carta vieren como yo francisco de
cartajena residente que es desta ciudad delos reyes del piru como
tutor y curador que soy de la persona y bienes de francisco de
carrión otorgo y conozco que al dicho menor con vos francisco de
casasola maestro de enseñar a leer y escribir que estais lo siguiente
para que tengais en nuestra casa y escuela tiempo y espacio de un
año cumplido primero siguiente que se cuenta del dicho dia de la
firma destacarta durante el qual le aveis de dar de comer y casa y
ropa lavada y enseñarle a leer lo que pudiere de prender y por ello
os dare pagar quarenta e cinco pesos en rreales de a nueve pesos de
los dichos del dicho menor de los quales os e dado diez y siete
pesos y los treynta y ocho pesos restantes se los pagare en fyn del
dicho año, y os entrego el dicho menor con unos grillos los quales
no le avere de quitar y siselos quitare del, no os e de pagar los
veynte y ocho pesos que ansi dicho resto diviere y siselos huyere
con los dichos grillos o los quebare me obligo a oslo traer a costa
del dicho menor. E para el cumplimyento obligo persona y bienes

avidos y por aver e yo el dicho francisco de casasola que a todo lo que dicho presente otorgo y conozco que are por dicha escriptura e recibo de mano de vos el dicho francisco de cartajena

477 /

al dicho menor por el dicho tiempo y me obligo del dar el compromiso dicho y a de enseñar a leer lo quel dicho menor pudiere deprender y a guardar y como en esta escriptura para el cumplimiento de la qual obligo mi persona y bienes avidos y por aver e nos ambas bastante dichos pesos cada uno porlo que el toca damos poder cumplido a qualesquier justicias e juezes de su magestad de qualesquier parte que sean para que por todos los remedios o rrigores de derecho e via executiva nos compelan y apremien a la paga y cumplimiyento delo que dicho como por sentencia difinitiva pasada en cosa juzgada cerca del qual diligencias todas y qualesquier leis o fueros y derechos que sean en mi favor y la ley real de derecho que defiende lo general renunciacion e fecha la carta en la ciudad delos reyes a diez dias del mes de junio de myll y quinientos y ochenta e quatro años y los presentes otorgantes a los quales yo el presente escrivano doy fee e conozco lo ffirmaron de sus nombres testigos joan nicolas y lozano de fivallejo e joan de sandoval escrivanos en esta ciudad. Vaqmdo. Oslo.

Francisco de cartajena Francisco de casasola

Ante mi juan gutierrez escrivano publico.
(Firma y rubrica)

800

De pago. Sepan quantos esta carta vieren como yo doña maria manrique biuda muger que fui del capitan vasco de guevara difunto que este en gloria vezina quesoy destaciudad delos reyes del piru por lo que a mi toca y como tutora y curadora que soy delas personas y bienes de mis hijos y del dicho mi marido y en virtud del nombramiento en hecho en el testamento por el otorgado ante

juan de padilla escrivano publico que es desta ciudad En cuyos papeles lo fecho yo el presente escrivano subcedi e como yo don gmo. de guevara uno de los hijos hijos herederos del dicho capitán vasco de guevara otorgamos y conocemos que hemos recibidode vos alvaro de alcocer thesorero de la sancta cruzada desde reyno que estais presente En boz y en nombre de la muger y herederos de diego de Bezenis difunto vezino que fue de la ciudad de dicha villa es a saber ciento y veynte pesos de plata Ensayada e marcada de valor cada un peso de quatrocientos cinquenta mil queson por tantos e por clausula de su testamento mando se diesen a la muger y herederos del dicho capitán vasco de guevara delos quales dicho ciento veynte pesos ensayados como presupone del dicho capitán vasco de guevara y tutora de sus hijos e yo el dicho gmo. Como uno dellos nos da por contentos y entregados ansi a voluntad e renunciamos en quanto al recibo Las leyes dela no numerata pecunia a prueba e paga como en cada una dellas se contiene delos dichos ciento y veynte pesos ensayados damos por libres equitos a los bienes

800

y herederos de dicho diego de bezerris para no les pedir ni demandar cerca dello cosa alguna en tiempo alguno ni por alguna manera e para el cumplimiento obligamos nuestras personas y bienes y delos demas herederos del hecho capitán vasco de guevara avidos y por aver fecha la carta en la dicha ciudad delos reyes a quatro dias del mes de setiembre de myll e quinientos y ochenta e quatro años los dichos otorgantes que yo el presente escrivano doy fee conozco y serlos propios según se nombran lo firmaron de sus nombres en este rregistro testigos manuel hes. Om. Lompina que^o de mendoca escrivanos desta ciudad vatore. On. (otra firma ilegible) Don gmo. de guevara.

Ante mi juan gutierrez escrivano publico de su magestad
(Firma)

P.N°75. Juan Gutiérrez. 1584.**413**

Venta. Sepan quantos esta carta vienen como yo niculas de la pedriza rresidente en la villa de cañete estante al pressente en esta ciudad delos reyes del piru en nombre de catalina de messa viuda rresidente en la dicha villa de cañete muger que fue de rodrigo de guinea difunto como albacea y testamentaria que del dicho rrodrigo de guinea su marido y como tutora y curadora de las personas e bienes de sus hijos legitimos e del su marido en la virtud del poder que tengo de susodicha que para efecto de otorgar esta escritura hago demostracion anteel presente escrivano para quello ponga e yncorpore en ella que su traslado corregido e concertado al dicho horiginal que parece estar signado e firmado de julian de bera escrivano publico e del cabildo de la dicha villa de que yo el presente escrivano doy fee del tenor siguiente _____

Sepan quantos esta carta vieren como catalina de messa biuda muger y que fue de rrodrigo de guinea difunto vezina desta villa de cañete del piru como albacea que soy del dicho mi marido e tutora e curadora soy del dicho mi marido e tutora e curadora de mis hijos y suyos como consta dela tutela y curanduria que me fue dicernida por lajusticia desta villa y por clausula del testamento del dicho mi marido so cuya disposision murio que por su notoriedno ba aqui

413

ynserta otorga que conozco por esta pressente carta que doy e otorgo todo mi poder cumplido quan bastante lo tengo y le di mas puede y debe baler a vinculas dela pedriza rresidente en esta dicha villa questa pressente para que por mi y en mi nombre y como yo misma como tal albacea y tutora e curadora delos dichos mis hijos pueda bender y benda una mi esclava negra llamada ana criolla desta dicha villa con unacriatura que tiene su hija que esta en lima en poder de juana de orellana aqualesquier personas y por el precio o precios de maravedis e pessos de oro quele paresciere y quisiere de contado, o de fiado y si la paga no paresciere de presente pueda renunciar en mi nombre la esepcion de la ynnumerata pecunia

prueba e paga como en ella se contiene y sobre los dicho pueda otorgar e otorgue en mi nombre la escritura de venta que fuere pedida por ante qualquier escrivano con las fuerças vinculos e firmezas que para su balidacion conbengan y neessaires asegurando quela dicha esclaba no es ladrona ni huidora ni borracha e por libre de ypoteca y de otra enagenacion

414

alguna y desistirme y apartarme del derecho y acion que a ella tengo y a poderla dar perssona quela comprare en la dicha dicha esclaba todo como conbenga y sea necesario y los pesos de oro que dela dicha esclaba y su cria procedieren con mas otros doscientos y cinquenta pesos en rreales e nueve pessos que agora le doy de contado los de y pague en mi nombre a los oficiales rreales dela rreal hacienda de su magestad que rrecide en la ciudad delos rreyes en quenta e parte de paso de una escritura de obligacion quel dicho mi marido e yo otorgamos de un mill pessos de plata ensayada en favor de la real hazienda por alonso nieto alguacil mayor desta villa y tomar e tome carta de pago delos dichos oficiales rreales dela cantidad que ansi le diere e pagare en quenta e parte de pago de l dicha escritura y del de agora para quando hiziere e otorgare en mi nombre la dicha escritura de benta yo la pago e otorgo eprometo de guardar e cumplir segúnque en ella se contubiere so la pena en ella contenida e para aber por firme loquen virtud desde poder fuere fecho, obligo mi perssona e bienes avidos e por aver y los de los dichos mis hijos como tal su tutora y curadora e doy poder cumplido a las justicias de su magestad de cualquier partes para que ansi melo manden cumplir como por sentencia definitiva de juez competente contra mi dada e por mi consentida e no apelada e pasada en cosa juzgada sobre que rrenunciotodas las leies de mi favor e la que defiende la general rrenunciacion de leier delos emperadores justiniano ebeliano nueba constitucion e leies de toro que son e hablan en favor delas mujeres de cuyo efectome certifico el presente escrivano y aviendolo entendido digo que los rrenuncio e yo el dicho vinculas dela pedriza que presente soy otorgo que recibo en my poder dela dicha catalina de messa los dichos

doscientos e cincuenta pessos en rreales de nuebe al pesso de los quales e dello que procediere de la dicha esclaba le traere carta de pago delos dichos oficiales rreales en quenta e parte de pago

415

dela dicha escritura como desuso se contiene e para ello obligo mi perssona e bienes avidos e por aver y en dicha es ante el pressente escrivano e testigos de guso escritos e lo firmamos de nuestros nombres e yo el presente escrivano doy fee que conosco los otorgantes que fecho en la villa de cañete en treinta dias del mes de marco de mill e quinientose noventa y siete años siendo testigos el capitán pedro de bidarte y bernabe de morales y pablo martin rresidentes en esta dicha villa y la dicha otorgante que yo el escrivano doy fee que conosco lo firmo de su nombre catalina de messa niculas de la pedriza ante mi julian de bera escrivano de su magestad y publico del cabildo desta dicha villafui prssente fize aquí mi signo a tal en testimonio de verdad julian de beraescrivan publico. _____

415 /

_____ Por ende yo el dicho niculas dela pedriza en nombre dela dicha catalina de messa e usando de dicho poder que de suso ba yncorporado como albacea quela dicha catalina de messa es del dicho su marido y como tutora y curadora de sus hijos según y como se contiene en el dicho poderaqui ynsero otorgo y conosco que sendo e doy en venta rreal a juana de orellana viuda mujer que fue de juan de yturrieta difunto questa pressente una esclava negra dela dicha mi parte y sus hijos nonbrada ana criolla de la villa de cañete de hedad de beynte e dos años poco mas o menos con una negrita su hija que cria nombrada maria de hedad de un mes questa misma esclaba y su hija que tiene en su poder la dicha juana de orellano y en el dicho nombre selo vendo por esclaba util a su zeta aser servidumbre e por libre de derechos e y potela y enpeño y de otra qualquier enajenacion y obligacion y sela aseguro en birtud del dicho poder questa sana y no enferma y no es ladrona borrarca ni

huidora y sela vendo con la dicha su hija en precio de quinientos e setenta e dos pessos de plata corriente de a nuebe rreales el peso que rrecibi della en rreales de contado en presencia del escribano otorgo esta carta de que yo el presente escrivano yuso escrito doy fee los quales dichos pesos rrecibo dela susodicha para los dar y entregar juntamente con dosientos e cinquenta pesos que rrecibí dela dicha mi parte a los oficiales rreales desta ciudad por la rrason y efecto delo contenido en el dicho poder e sila dicha esclaba e suhija al presente de aquí adelante tiene o puede tener más balor della tal demas dio en el dicho nombre le pago gracia e donacion pura perfecta yrrebocable como fecha entre bibos cerca delo qual rrenuncio la lei del ordenamiento rreal fecha a que la corte de alcalá de henares e las demas leis e fueros e derechos que tratan enrason delos engaños compras e ventas fechas en mas o en menos dela mitad del justo precio o desde luego desisteo sela apodero ala dicha mi parte e sus hijos herederos del dicho rrodrigo de guinea del señorío y possession que tiene e pueden tener a la dicha esclaba y su hija en todo ello rrenuncio otras de assoen la dicha conpradora para que sean suyas propias e haga lo que quisiere dellas que para el dicho efecto las tiene en su poder e obligo a la dicha

416

mi parte y a sus hijos e cada uno dellos a la ebision e saneamiento dela dicha esclaba e su hija en queles seran ciertas e seguras e no seran pedidas ni mandadas por ninguna persona e tomaronlas u justicia de cualquier parte o partes que en rrason dellas le fueren movidos louego que por su parte fueren requeridos o los trataran e feneceran hasta la dexaren pazy en salbo conlas dichas esclabas y sino selas pudieren sanear ellos o veran el precio dellas con los costos y daños quesobre ello se rrecibieren e para ello obligo sus perssonas e bienes e doy poder cunplidoa las justicias de su magestad de qualesquier e lugares que sean a cuyo fecha les dio juramento e rrenuncio el suyo propio e la lei sid cunbenerid de juridiccione o ni un judicun para que ello le apremien como por sentencia passada en cosa juzgada e rrenuncio las leies e derechos de su fabor con la que proybela rrenunciacion

de leis e yo la dicha juana de orellano questoy presente aceto esta venta en mi fabor como en el se contiene me doy por contenta y entregada dela dicha esclabae su hija e cerca dello rrenuncio la sesesion dilengan prueba y entrega como ellas se contiene ques fecho la ciudad de los rreies del piru a quinse dias del mes de abril de mill e quinientos e noventa y siete años y el dicho niculas dela pedriza lo firmo de su nombre e por la dicha juana de orellana un testigo a los quales yo el escrivano doy fee conosco siendo presentes por testigos antonio de chabarron juan lopez de mier y martin de ureta que en testimonio que fize signo.

Antonio de Chavarria Nicolas de
(Firma) la prediza
Ante mi (Firma)
Gomez de baez
(escrivano publico)
Firma y rubrica

PROTOCOLO

(SIGLO XVII)

**P.466. FERNÁNDEZ DE LA CRUZ
AÑO 1647.
CURADURÍA AD-LITEM.**

860

**(Sello pequeño)
Un real**

Sello con

Escudo real Sello tercero un real, años

De mil y seiscientos y qua-

Renta y dos y seiscientos y

Quarenta y tres.

Sello con En la ciudad de los reyes y en

Escudo de Lima dies dias del mes de jullio

De mil y seiscientos y quarenta y siete años

Ante do francisco arse de sevilla

Para los años real alcalde ordinario

1646 - 1647 leyo esta petición quese presenta

es conforme a los escritos.

(en tinta marrón)

Curaduria ad litem

De

Don lorenzo Davila = D. Lorenzo Davila natural de la ciudad de arequipa hijo legitimo de Andres Davila difunto y de doña Catalina Pissarro que soi menor de veinticinco años y mayor de catorce que en Real Audiencia prentendo seguir pleito contra los bienes y herederos del otro mi padre división e la partision de ellos y paga de mi legitima y no lo puede hacer por ser menor sin que tenga curador ad litem nombro por tal a Miguel de Medina procurador de esta Real Audiencia.

A Vuestra Merced Pido y Suplico mande recibir informasion que ofresco de mi menor edad y con ella ara por nombrado al otro curador y le dicierna el cargo y semite testimonio del discernimiento acudir con esta a pedir mi justicia en la Real Audiencia y pido justisia.

(Firma)

(Don Lorenzo Davila)

(F. de La Cruz. P.466. 1647)

Y visto por el dicho alcalde ordinario que preste fe de su bautismo o de información de su hedad y la sometio a mi el escrivano o a otro real y fe y aseta y aga dar a proveer.

(Don Francisco Arce de Sevilla) (Ante mi

(Firma) Fernandez de la Cruz

Escrivano público

Firma y rúbrica).

En la ciudad de los reyes a ocho de julio de mil seiscientos y quarenta y siete años el dicho don lorensso davila para la ynformacion que esta mandada dar de su edad presento por testigo a francisco corsso natural de la ciudad de arequipa residente en esta ciudad del qual recibí juramento por dios nuestro señor y una señal de cruz en forma de derecho y lo hisso y so cargo del prometio el desir berdad y siendo preguntado por el otro pedimento dixo que este testigo a bivido desde que nacio en la dicha ciudad de arequipa pared en medio de las casas donde bivieron los padres del dicho don lorensso davila y siempre los trato y comunico y conose al susodicho desde que nacio y se hallo a su nacimiento y asi sabe que es menor del beinte y sinco años porque tiene mas de beinte y tres y esto es verdad so cargo del otro juramento en que se este afirmo y ratifico siendole leído este su dicho y hes de hedad de sinquenta y quatro años y no le tocan las generales

de la ley de le fueron declaradas y lo firmo=

(Francisco corsso) Ante mi

(firma) Fernandez de la cruz
Escribano publico
(Firma y rúbrica).

**En la ciudad de los reyes a ocho de
julio de mil y seiscientos y quarenta.**

861

Y siete años el otro lorenzo dabila para la dicha ynformacion presento por testigo a juan lopez barraza vecino de esta otra ciudad el qual recivio juramento por dios nuestro señor y una señal de cruz en forma de derecho y lo hisso y prometio desir verdad y siendo preguntado por el dicho pedimento = dixo que este testigo estubo en la ciudad de arequipa el año pasado de mil y seiscientos y treinta y quatro y estubo en cassa de andres dabila ausente del dicho don lorensso mas de tres messes curandose de una enfermedad y conocio a todos sus hijos y al otro don lorensso davila que era menor de todos y hesse entonsses de ocho a nueve años de manera que al pareser de este testigo por lo que a declarado tendra al presente menos menos de beinte y tres años y esta es la verdad so cargo del otro juramento en que se firmo y ratifico siendo leido y es de edad de sesenta y dos años y no le tocan las xenerales y lo firmo.=

Juan lopes barrassa

Firma
Ante mi
Fernandez de la cruz
Escrivano publico.
Firma y rubrica.

Auto En la ciudad de los reyes en ocho dias del mes de julio de mil seiscientos y siete años don francisco arce de sevilla rex. y alcalde hordinario de esta ciudad.

(F. de la Cruz. P. 466. 1647).

861 /

Por su magestad habiendo visto el nombramiento de curador ad litten echo por lorenzo de abila menor hixo legitimo de Andres davila difunto y Doña Cathalina Pizarro y en conformidad dijo que havia visto por nombramiento por tal curador ad litten a Miguel de medina Procurador del numero desta Real Audiencia y mando se le notifique lo aceptante y haga el juramento y de la fianza a eso obligado y fecha se trayga para dicerniente el cargo y lo firma

**Don Francisco Arce Ante mi
De Sevilla Fernandez de la Cruz
(Firma) Escrivano publico
(Firma y rubrica)**

Y en la ciudad de los reyes nueve del mes de julio de mil seiscientos y quarenta y siete años yo el escrivano notifique y hice saber el nombramiento de curador ad litten de lorenzo davila hixo legitimo de Andres davila difunto y Cathalina Pizarro fecho por la petición y auttos antecedentes a Miguel de Medina procurador del numero de esta Real Audiencia en su perssona el que dixo que lo aceptava y acepto y juro por Dios vivo e por una señal de crus que hizo con los dedos de su mano derecha de realissar bien y fielmente el otro officio y cargo de curador ad litten

862

del otro Don lorenzo davila sin descuido ni negligencia siguiendo todos sus pleittos causas y negocios pidiendo y demandando todo quanto a su derecho convenga y donde su parecer y consexo no bastare le tomara de letrados y perssonas de ciencia y conciencia que y le sepan dar demande y que por su culpa no recivia daño el dicho menor y si alguno le tuviese e se le requiriese lo pagara y para cumplir dio por su fiador a Diego de Zevallos el qual que esta presente se obligo en tal manera que el

dicho Miguel de Medina hara y cumplira todo lo requerido donde el como su fiador pagara todo aquello en que fuere condenado haran fe y sin pleito con las costas de la cobranza sin que contra el dicho Miguel de medina ni sus bienes ni contra o ninguna persona ni los dichos sea fecha o se haga diligencia ni escritura alguna de fuero ni derecho cuyo beneficio de remedio con el de las autenticas esperas o dispensas especial e expresamente renuncio y al cumplimiento y pago de lo que otro es ambos a dos obligaren sus personas y bienes

862 /

havidos y por haver y dieron poder cumplido a las justicias y jueces de su Magestad de qualesquier partes que sean y en especial a las desta dicha ciudad a cuyo fuero e jurisdiccion se sometieron y renunciaron el suyo propio domicilio e su vecindad y el privilegio dél y la ley que dice que el actor debe seguir el fuero del barrio para que a lo dicho estos compelan y a premien como por sentencias pasadas en cossa juzgada y renunciaron las leyes fueros y derechos de su favor y la que lo prohíbe y lo afirmaron a que de esto doy fe e lo conozco por testigos gaspar de morales nicolas de esclava el moso y pedro landero = Testado = jossephn =
= no balga =

[Miguel de medina] [Diego cevallos velasco]

[Firma] [Firma]

**[Ante mi
Fernandez de la cruz
Escribano publico]
[Firma y rubrica]**

Dezernimiento

E n la ciudad de los reyes en nueve dias del mes de julio de mil e seiscientos y quarenta y siete años don francisco arce de sevilla regidor y alcalde ordinario de esta ciudad de su Magestad = haviendo visto la notificación aceptación juramento, obligación y fianza fecho y dados por Miguel de medina procurador para la curaduría ad litten de Don lorenzo davila dixo que de auto de la real justicia dicierna y dicirnio el otro cargo de tal curador ad litten del otro menor

(Fernandez de la cruz. P. 466. 1647)

863

al dicho Miguel de medina y le da poder el que de derecho se requiere y es necesario para que siga y conozca y a acave por todos grados e instancias los pleittos y caussas del dicho menor y civiles y criminales eclesiásticos y seglares que tiene al presente y tubiere de que adelante con qualesquier personas y sus bienes e hasta contra el y los suyos demandando y defendiendo y en rason de ellos parezca ante las justicias y jueces que con derecho pueda y deva ante ellas y qualesquier de ellas haga y ponga y presente demandas y pedimentos requerimientos juramentaciones protestaciones consentimientos y entregas y ejecuciones querellas acusaciones prisiones y solturas embargos y desenbargos ventas trances e remates de bienes pida y tome posesion y amparo dellos y qualesquier termino de prueba y quartos plasos y los renuncie y buelva a pedir de nuevo y presente testigos escriptos escripturas testimonios y recados y todo genero de prueba y que pida y saque de poder de quien los tenga, abone lo por su parte presentado otros y alejado tache y contradiga.

(F. de la cruz. P. 466. 1647)

863 /

lo del contrrario y los testigos en otros y personas y que recusse juezes letrados azesores escrivanos ynventarios jures las recusaciones y sea parte de ellas y las buelva a hacer de nuevo

concluya las causas pida y oiga autos y sentenças ynterlocutorios y definitivas lo a favor consienta y de lo en contrario apele y suplique y si estas apelaciones y suplicaciones por todas instancias y pida beneficio de restitución in integrum saque cartas y proibisiones de censuras hasta anatema y las haga leer intimar y notificar donde y a quien convenga y pidalo que en birtud de ellas declaren y lo pressente donde fuere menester y diligentemente haga todos los demás autos y diligencias que judicial y extrajudicialmente convengan y sean necesarias deshacer hasta y con los pleitos y cada uno dellos se fernezcan y acaven y a todo interponer su autoridad y decreto judicial y lo firmo siendo testigos Martin de ochandiano y Marcelo Antonio de Figueroa Escrivanos públicos =

Don Francisco de Arce de Sevilla

**Ante mi
Fernandez de la Cruz
Escrivano publico**

PROTOCOLO

(SIGLO XVII)

P. 1950. Valenzuela, Juan de. 1628 c.

Curaduría ad- litem.

548

P.1950. Valenzuela, Juan de. 1628 c.

En la ciudad de los reyes en quince de mayo de mil y seiscientos y veynte y ocho años ante Don Juan de la cerna alcalde ordinario se leyó esta petición.

Yo Martin de tapia y doña petronila carrillo Marido y muger lexitimos menores de veynte y cinco años y mayores de catorce desimos que tenemos que pedir cierto poder para caussa en racon

del azuencia de Cristóbal carrillo padree de mi muxier la dicha doña petronila y otros sus diferentes personas y para que aya quien nos oiga y defienda nombramos por nuestro curador ad lites a agustin de tapia padre de mi el dicho martin de tapia. _____

A Vuestra merced pedimos e suplicamos lea y a pedido y mande lo acete y fecho se le discierna el cargo diere según lo que pedimos y costas de dar (?)

**Martin detapia / doña petronila
Carillo.**

Es por el dies valla e que sea el suso por nombrado por curador ad lites de los dichos martin de tapia y doña petronila carrillo su muger a agustin de tapia padre del dicho menor a el qual mando se le notiffique e lo acere y aga el juramento

548 /

y solenidad en vace a esso necessarias y ffecho e de desernir a el cargo anssy proveyo.

Don Juan de la serna

**Ante mi
Juan de Valenzuela
Escribano publico**

En los reyes en quinze dias del mes de mayo de mill y seiscientos y veynte y ocho años yo el presente escrivano le e notiffique el nombramiento del curador ad lites de ata e contenido a agustin de tapia en su persona el qual dixo que acetava y aceto el nombramiento en el ffecho de curador ad lites de los dichos martin de tapia su hijo y doña petronila carrillo su muger menores y juro por dios nuestro señor y a una señal de la cruz en forma de derecho de e usar bien e efficientemente el dicho cargo de tal curador ad

lites de los dichos menores y los deffender y ayudar en sus pleytos y causas y no los dejar yn deffensos y donde su consejo e parescer no evitare tomar a dessiados e personas desentes y consencia que se lo sepa dar y en modo y para lo que un buen curador debe y hacer y para mejor lo cumplira officio por su fiador a don francisco de

549

escovar y mendoca el cual otorge que sabra y sabre por fiador del dicho agustin de tapia y en tal manera se obligo que el susodicho hara y cumplira lo que jurado e prometido tiene y el ayudara y deffendera y sseguira sus pleytos y caussase no los dejara indefensos y si culpa o negligencia tuviere o algun donde los dichos menores ambos a dos principal e ffiador juntos desmancomunados de zumo yendo uno de responder por el todo yn solidum renunciando las leyes de la mancomunidad debieronque y escribir o que como en ellas se contiene pagaran todo aquello que por la dicha rason ffuere condenado el dicho principal para lo qual hizo de deuda en negocio ajeno suyo propio y sin que contra el dicho principal ni sus bienes se paga decieron ni escrivieron del (el) reffiero en remedio y de las esperas y espensas esepciales y espresamente rrenuncio a ello obligaron sus personas y vienes avidos e por aver y dieron poder a sus justicias y juesses de su magestad de qualesquier lugar que sean a cuyo ffuero e jun-

dieron que sse sometieron y en especial a la de esta dicha ciudad y de procesar alla desde sobre que en ella residen e renunciaron al suyo propio y la ley

P. 1950. Valenzuela, Juan de. 1628 c.

549 /

se convienen dejar y dieron que con judicum por aquella previera a su cumplimiento como por sentencia a pasa dar en cosa juzgada e para ello renunciaron las leyes e derechos que ssean o que se puedan en su favor y en especial la que prohibe a general rrenunciacion de leyes e lo otorgaron e ffirmaron de sus nombres los dichos otorgantes que yo escrivano doy ffe quello e

procediendo a lo que dichos presentes por testigos joan de garo juan cusino y pedro vassan ante ellos presente._____

Don Francisco de Escobar Agustin de Tapia

Ante mi escrito

Juan de Valenzuela

Escribano publico

550

Decernimiento En la ciudad de los reyes del piru en quince dias del mes de mayo de mil y seiscientos y veynte y ocho años e delante de don juan de la serna vecino y alcalde y ordinario en esta ciudad de los reyes del piru por su magestad aviendo bisto la acetacion juramento y ffianca ffecha y dada por agustin de tapia de curador ad lites de los dichos menores = dixo que de officio de su real justicia que administra dicerna y discernio en el otro agustin de tapia el dicho cargo de tal curador ad lites de los dichos Martin de tapia y doña petronila del hijo su muger y le dio poder cumplido para que por los dichos menores y ante las justicias que por derecho deba pueda pedir qualesquier herencias que dichos pertenescan por cualquier causa o rracon que sea y seguir cualesquier pleytos e causas que tengan con qualesquier persona y sus bienes de las tales contra los dichos menores y los suyos demandando y deffendiendo que da hacer y poner demandas presentar pruebas e pedimentos requerir juramentos querellas acusaciones pedir y poner reserva una espreccion dicha y con sentimientos de soltura de embargos desenbargos bentas trances y por remates de bienes o tomar la posescion que y amparo deello de espida terminos y los repressente e de excusaciones y provanza testimonio y otros papeles que pida venefficio de rrestitucion y que yntemque concluya pida y oiga ssetencia e ynterlocutorias e deffinitivas e las consienta y apele e suplique a ellas y siga el apelacion que es suplicacion que para avizado con derecho deba saque provicion que si tales cartas de expresa comunion (que) y censsuras hacia las de anatemas e la de

azer e reazer yntimar e notifficar los actos y demas autos e diligencias que judicial y estrajudicial mencion

550 /

benguan sser ffechos y que los dichos menores siendo de hedad cumplida prodran y debran haer que el poder de derecho neccesario se dio y discernio el dicho cargo conciste en general administracion y ffue visto, que pueda dar poder y sostituir en las personas que pareciere e las tales personas puedad sostituir en otras y otras en otras y rebocare la ssostitucion e nonbrar otros y a todos relevo en debida fforma y a la ffirme de todo lo que ffuere ffecho descargo los bienes de los dichos menores conffirmo el dicho alcalde y visto ello dixo que ynterponia e ynterpuso su autoridad y de su nonbre siendo a ello testigos joan de zamudio y alonso de carrion y juan vernaudo de quiros escrivanos publicos.

Don Juan de La serna

**Ante mi
Juan de Valenzuela
Escrivano Publico**

**PROTOCOLO
(S. XVII)**

P. 466. Fernández de la Cruz. 1647

Tutela y Curaduría

1374

**[Sello pequeño (cruz)
Un real]**

[Sello de Lima]

**Sello tercero, un real para los años de
myl y seyscyentos y quarenta y seys, y
myl y seyscyentos y quarenta y siete.**

**Tutela y curaduria las menores de juan ybañez Toscano
En la ciudad de los rreyes en quatro días del mes de julio de
mil e seiscientos y cuarenta y siete ante
el maestre de campo don pedro de bedoya y guevara alcalde
ordinario de esta ciudad de su majestad se leyo esta peticion
que presento como esta contenido =**

Juan de Miranda defensor de menores de esta corte por lo que toca a josefa de siete años y beatriz de trece hijas lexitimas de primero matrimonio del alferes juan de ybañez toscano difunto y de doña ana montesinos, asimismo difunta digo, que las dichas menores tienen necesidad de que se les nombre tutor y curador de sus personas y bienes que las crie rija y administre lo que les pertenece de su lexitima que les esta adjudicada en el pleito y quien lo puede ser es simon nieto persona abonada y de toda satisfacción que a criado a una de las menores a quien vuestra merced siendo resibido puede nombrar por tal ___

A Vuestra Merced pido y suplico mande nombrar por tal tutor de los dichos menores al dicho simon nieto y que se le notifique lo acetate y jure y de le fianza que el debe ser obligado y fecho se le discierna el cargo y pido justicia.

**Juan de Miranda
Firma**

Y visto por el otro alcalde dixo nombrara y nombro por tutor y curador de las personas y bienes de las dichas josefa y beatriz niñas hijas legítimas del alferez juan ybañez toscano y doña ana de montesinos al dicho simon nieto y mando se le notifique lo acetate

jure y de las fianzas necesarias preponiendolas al escrivano publico que prevea lo que convenga y lo firmo =

Pedro de bedoya y guevara. Ante mi
Firma Fernandez de la Cruz
Escrivano público
Firma y rubrica

1374 /

Juramento y obligacion. En la ciudad de los reyes en cinco dias del mes de jullio de mil y seiscientos y quarenta y siete años le Notifique y hice saber a simon nieto maestro herrero Como esta nombrado por tutor y curador de las personas Y bienes de josefa y beatriz niñas menores hijas del alferez juan ybañez toscano y doña ana de montesino su muxer difuntos para que cumple con lo que se le manda y tiene obligacion conforme el autto antezedente el cual dijo que aceptara y acepto el dicho officio y cargo de tal tutor y curador de las personas y bienes de las otras menores y juro por dios nuestro señor y con una señal de cruz en forma de derecho de jurar y que jurará el otro officio y cargo bien y fielmente a su leal saber y enttender sin agravio de las otras menores cobrando y recogiendo los bienes que tienen y tuvieren haciendo ynventario dellos pidiendolos a qualesquier personas en cuyo poder estubieren en racon de lo qual y de su administración y gasto tendra libre quenta y racones separadas lo con pago cierto real y berdaderos a quien como y quando y en la parte y lugar que se le pida y la deva dar y seguira los pleitos y causas de los otras menores tomando siempre que fuese menester consejo y parecer de letrados y personas que sepan y le puedan dar de manera que por su descuydo culpa y negligencia no recivan daño los otros menores y si por no hazerlo y cumplir hasí alguno recurrieren y se les recurriere se lo pagara para lo qual desde luego obliga su persona y bienes havidos y por haver e da poder cumplido a las justicias y jueces de su magestad de qualesquier parttes que sean y en especial a las desta ciudad a cuyo fuero y jurisdiccio se somette

P. 466. Fernandez de la Cruz . 1647.**1375**

y renuncia el de su propio domicilio y vecindad y el privilegio del y la ley que dice que el actor debe seguir el fuero del reo para lo qual lo que otro es y a la paga y satisfacción de lo que por alcance den otra manera deviene pagar y satisfacer por racon de esta tutela y curaduría le conpelan y apremien como por sentencia definitiva del juez competente por el consentida y no apelada y pasada en cosa juzgada en racon de lo cual renuncio todas las leyes fueros y derechos de su favor y lo que lo prohíbe y para la seguridad y paga de esta tutela y curaduría y de lo qual dicho es ofrece por su fiador a Pedro Martín maestro herrero y cerrajero y lo firmo a quien doy ffe que conozco siendo testigos Diego de zevallos gasparde morales y nicolas de plana el moco presentes

Simon nieto**Ante mi****Fernandez de la cruz****Escrivano publico**

Autto: En la ciudad de los reyes en seis dias del mes de julio de mil y seiscientos y quarenta y siete años el maestro de campo Don Pedro de bedoya y guevara alcalde ordinario de esta ciudad.

P. 466. Fernandez de la cruz. 1647.**1375 /**

haviendo visto la aceptación juramento y obligacion fecha por simon nieto para la tutela y curaduría en que esta nombrado de las personas y bienes de Josepha y beatriz niñas menores hijas de tal alferez juan ybañez toscano y doña Ana de montesinos su muser y que tiene ofrecido por fiador para la dicha tutela y curaduria a pedro martin maestro herrero y cerrajero = dixo que le admitia y admitia por tal fiador y mando que yo el presente escrivano le reciva y fecho se trayga para discernirle el cargo y asi lo probeyo y firmo. =

Don Pedro de bedoya y guevara

**Ante mi
Fernandez de la cruz
Escrivano publico**

Fianza: En la ciudad de los reyes en seis dias del mes de jullio de mil y seiscientos y quarenta y siete años ante mi el escrivano publico y testigos parecio Pedro

Martin maestro herrero y cerrajero vecino de esta ciudad a quien doy ffe que conozco y en conformidad del nombramiento que en el tiene fecho

el otro Simon nietto para su fiador de la tuttela y cerraduria en questa nombrado y tiene aceptada de Josepha y beatriz niñas menores hijas lexittimas del alferez juan ybañez toscano y doña Ana de montesinos su muser difuntos y en cumplimiento dello y de lo contenido en el auto antecedente doy y otorgo que se constituya y se constituyo

1376

por fiador del otro simon nieto y se obliga y se obligo

en tal manera que hara y cumplira lo que jurado y prometido tiene, en su obligacion otorgada, azer avia y estemos quess la antecedente dando cuenta y en pago de todos los bienes y hacienda que entraren en su poder pertenecientes a las otras menores pagando el alcance o alcances y todo lo demas que deviere pagar e satisfacer según se contiene en la otra su obligacion que ha visto y se le a leydo y si assi tiene no hiciere y cumpliereel como tal su fiador y principal pagador haciendo como otras cede deuda y negocio axeno, suyo propio y de libre deudor y obligado y sinque contra el dicho simon nieto ni sus bienes ni contra ninguna persona ni los suyos sea fecha ni se haga diligencia ni escusion alguna de fuero ni de derecho cuyo beneficio y remedio con el de las autenticas espe-ras y espensas especiales y expresamente renuncio dara por ley a Simon nieto la dicha quenta y pagara todo lo que el suso deviere pagar y satisfacer de lo qual en casso necesario se da por entregado a su boluntad y porque el recibo no parece de presente renuncio las leyes fueros y derechos de su favor y la que prohíve de la res non numerata pecunia prueba del entrega y las demas deste casso como en ellas se contiene y al cumplimiento y paga de lo que otros es obligo su persona y bienes havidos y por haver y dio poder

P. 466. F. de la cruz. 1647.

1376 /

cumplido a las justicias y jueces de su magestad de qualesquier parttes que ssean y en especial a las de esta dicha ciudad a cuyo fuero y jurisdiccion se somete y renuncia el suyo propio domicilio y becindad y el privilexio de la ley que dice que que el actor debe seguir el fuero del reo para que a lo que dicho es le conpelan y apremien como por setencia pasada en cosa juzgada y renuncio las leyes fueros y derechos de su favor y la que lo prohíve y lo otorgo y firmo de su nombre testigos gaspar de morales diego de cevallos y nicolas de esplana el mozo presentes = aver atestiguado lo renunciado = de su fabor y la que lo prohíve = no balga =.

Ante mi
Pedro Martin Fernandez de la cruz
Escrivano publico

Discernimiento: En la ciudad de los reyes en seis dias del mes de Jullio de mil y seiscientos y quarenta y siete años el maestro de campo don pedro de bedoya y guevara Alcalde ordinario de esta ciudad por su majestad aviendo visto la aceptación juramento, obligación y fianca y fecha y dada por simon nieto maestro herrero para la tutela y curaduria de las personas y bienes de Josepha y beatriz mendes hixas lexitimas del alferez juan y ybañez toscano y doña Ana de montesinos su muxerdifuntos = dijo que le encargara y encargo al dicho simon nieto la otra tutela y curaduría de las dos menores y le decirnia y le dicernio el otro cargo de tal tutor y curador y le dava y dio poder vastante el que que de derecho se requiere y es necesario para que pida demande recura

1377

y lo dicho en juicio y fuera dél de todas y qualesquier personas que sean todos los pesos dinero platta o mercaderias y arados esclabos y esclabas joyas y otros qualesquier bienes y cosas que pertenezcan a otros menores y sean suyos y los ayan debolver a si por herencia de los otros sus padres como por otra qualesquier causa o racon en virtud de escrituras testamentos codicilos y por otros ynstrumentos o sin ellos y todo lo que entrase en su poder lo ponga y tenga por ynventario quantas razon y de su recibo de y otorgue carta de pago finiquito lasto y chancelacion y los demas recados que convengan con remuneracion de la pecunaria y leyes de la entrega en lo que no paresciere de presente ante escrivano que de dello de fe y asi en razon de la cobranza de todo lo susodicho y parte de ello como generalmente en cualesquierpleitos causas y negocios civiles y criminales eclesiasticos y seglares que los dichos menores tienen al pressente y tubieren aquí delante contra qualesquier personas y sus bienes y las tales contra ellos y los suyos demandando y defendiendo con que no salga ni responda la

demanda nueva sin que primero se les notifique en persona y según derecho parezca ante las justicias y jueces de su majestad y de las justicias de cualesquier partes y donde pueda y deva y ante ellas y cualesquier dellas haga y ponga y presente demandas y pedimentos requerimientos juramentos consentimientos situaciones protestaciones entregas ejecuciones

P. 466. Fernandez de la cruz. 1647.

1377 /

querellas acusaciones presiones y solturas embargos y desenbargos ventas tranzes y remates de vienes pida y tome posesion y amparo de ellos y qualesquier terminos de forma quartos placos ordinarios y ultramarinos y los renuncie y buelva pedir de nuevo presente testigos escritos escrituras testimonios y recados que pida y saque poder de quien los tenga abonelo por su parte presentado otro y alejado tache y contradiga lo de contrario y los traslade en otras personas, recusse jueces letrados azesores escrivanos notarios y los demás que le parezca jure las recusaciones y sea parte dellas y las buelva a hacer de nuevo concluya las causas, pida y oyga autos y sentencias ynterlocutorios y definitivos lo a favor consienta y lo de contrario y otro qualesquier auto mando o agravio apele y suplique y siga las apelaciones y suplicaciones, porttodas instancias saque cartas y probisiones de aprovacion y de censuras hasta anatemas y otras y a leer yntimar y notificar donde y a quien convenga todos los demas autos y delixencias que judicial y extrajudicialmente convenga hasta que las otras cobrancas y cada una de ellas tengan efecto y en las casos que convenga pida por los otros menores beneficio de restitucion in integrum y lo pueda sostituir en quien y las veces que le pareciere, en todo, o en parte que otro es le da el otro poder según que poder que esta dispuesto y con libre y general administracion y lo firmo siendo testigos miguel lopez barela y marcelo antonio de figueroa escrivanos publicos.

Don Pedro de bedoya y guevara

Ante mi

Fernandez de la cruz
Escrivano publico
Firma y rubrica

PROTOCOLO

(SIGLO XVI)

P. 43. 1. Gomez de Baeza, Rodrigo. 1584-85.

Tutela y curatela con otros actos jurídicos.

1311

Carta de Sepan quantos esta carta vieren como yo juan

Pago de lagos morador en esta ciudad de los rreyes de las provincias del piru en nombre y en bos de Diego de palma escrivano publico de la villa de utrera en los rreynos de españa como tutor y curador de la persona y bienes de doña barbola de la rribera hija y heredera de alonso maldonado de chaves difunto proveydo y encargado por oficio de juez competente que el dicho poder le sustituyo francisco de trejo en nombre de dicho Diego de palma que el dicho poder paso en la ciudad de sivilla ante francisco diaz escrivano publico della en jueves primero dia del mes de marco del año que paso de myl y quinientos y ochenta y dos y la sostitusion en esta dicha ciudad de los rreyes en veynte y tres dias del mes de abril del año que paso de myl y quinientos y ochenta y tres de nuestro señor y la dicha tutela en la villa de utrera en lunes catorze del mes de octubre del año que paso de myl y quinientos y setenta y siete años como parece firmada y signada de dichos recaudos yo el escrivano publico doy fe que han sido firmados y

signados de los dichos escrivanos según que por ellos parecia que su tenor de los quales uno en pos otros es este que sigue_____

V Sepan quantos esta carta vienen como yo Diego de palma escrivano de Su magestad y de las comisiones del muy real señor Licenciado Martin de cinasa del consejo de Su magestad e su oydor en la audiencia rreal desta ciudad de sevilla y

P. 43. 1 . Gómez de Baeza, Rodrigo. 1584 - 85.

1311 /

escrivano publico y residente en la villa de utrera estante que soy en esta ciudad de sevilla asi como administrador y destribuydor de los bienes y hazienda que fueron y quedaron de alonso maldonado de chaves natural de la ciudad de loxa en españa vezino que fue de la ciudad de arequipa de los rreynos y provincias del piru yndias del mar oceano ya difunto y por virtud de su poder e comision que medio y otorgo por ante Pedro cazorla escrivano publico de la dicha villa de utrera

su fecha della en domingo quinze dias del mes de enero del año pasado de mil y quinientos e setenta y seis años que por su larga estencion aquí no va ynsero en nombre y como tutor y curador que soy de la persona y bienes de doña barvola de la rribera mi menor hija natural del dicho alonso maldonado de chaves y su universal heredera dexada y nombrada por su testamento yniscritisque que otorgo ante my como tal escrivano publico de utrera e por virtud de tutela en my disernida judicialmente ante pedro galindo escrivano publico de la dicha villa de utrera en lunes catorze dias del mes de octubre del año pasado de quinientos y setenta y siete años según mas largo lo suso de costa y parece en los autos se leyeron como si bieron y pasaron ante my el escrivano y para abrir y ublicar el testamento

1312

por muerte del dicho alonso maldonado de chaves que dizen aver fallecido en la costa del piru yendo de la ciudad de panama a

la lima de las dichasyndias como parece por una carta mensiva que el escrivio de la dicha ciudad de lima luis guisado de umares a martin guisado escrivano publicoe vezino de la dicha villa de utrera de donde se saco la razon y testificasion que ba el testimonyo del dicho testamento la gerencia e bienes de la qual dicho alonso maldonado de chaves yo en el dicho nombre por la dicha my menor acento con beneficio de ynventario conforme derecho otorgo y conosco como tal administrador y distribuydor e tutor e curador según dicho escrito que doy y otorgo todo poder cumplido bastante segun que leyo e tengo y sustituyo el poder de la dicha tutela y cura como derecho se rrequiere e mas puede y debe valer a fransisco de trexo y juan de saldivar vezinos desta ciudad de sevilla mercaderes tratantes en las yndias para donde del presente que moren y ban con la buena abentura en esta flota de tierra firme de que ba por general don Diego maldonado ambos a dos juntamente y a cada una qualquier dellos porsí ynolidum especialmente para que firme y en mi nombre dela dicha my menor y como yo mismo en mi lugar puedan ellos y qualquier dellas pedir demandas rrecibir aver e cobrar ansi y en juicio

1312 /

como fuera del de pedro bravo de paredes e de que todas otras qualesquier persona o personas de qualesquier estado e divinidad e condicion que sean y juezes y justicias e depositarios y tenedores de bienes de difuntos e de cada uno e qualquier deudor e de sus bienes e de quien e con derecho deba todos los bienes e hazienda que fueron e quedaron del dicho alonso Maldonado de chaves ansi muebles como rraizes y semovientes oro plata monedas y otras joyas ropas mercaderias esclavos deudas derechos y otras cosas de qualesquier calidades y cantidades en los rreynos y provincias de tierra firme e del piru e cualesquier partes y lugares dellos y de cada uno dellos y fuera dellos en otras partes y lugares y puertos de las dichas yndias donde fueren hallados y estuvieren los dichos bienes es hazienda e qualesquier cosas e parte dellos y sus preciosy procedidos en rrazon de todo lo qual y de cada casa y parte dellos puedan pedir tomar quenta rrazon pago al dicho pedro bravo de

paredes y a quien la deva dar y liquidar e fenecer con ellos y con cada uno dellos e de fazer cargos y alcances y los recluir en si en qualquier casa que lo tenga e de rrecivo de todo lo que este poder contenido e cada cosa y parte dello puedan darlo otorgan las cartas de pago y finiquitos

1313

y acto y otras que convengan y si la paga de rrecibo dellos e qualquir cossa dello no fuere de presente realmente rrenunciar e rrenuncien sobre ello la execucion e leyes de la ynumerata pecunia e prueba de la paga como en ella se contiene y todo vala como si por mi fuese fecho y otorgado e para que todo quanto en virtud desde dicho poder ellos y qualquier dellos cobraren y rrecivieren e cada cosa y parte dello me lo puedan puedan enviar e rremetir y enbien a esta ciudad de sevilla rregistrado en cualesquier naos y navios que le peareciere junto o rrepartidos en flota o fuera della a my dirigido y consignado por quantas y rruego de la dicha mi menor y para que sobre rrazon delo susodicho y cada cosa y parte dello pueden pa-rrescer parescan ante qualesquier jueces e justicias eclesiasticas e seglares de qualquier fuero e jurisdiccion que sean ante quien e con derecho deban fazer e hagan todos y qualesquier demandas y pedimentos e rrequerimientos citaciones protestaciones juramentos embargos entregas execuciones prisiones solturas desenbargos consentimyentos desestimientos ventas y remates de bienes posesion y amparo y lanzamiento acentacion de tres pasos e presentaciones de testigos y provanzas escritos y escrituras testimonios ni otros recaudos y el ynventario y almoneda que se oviere fecho de los dichos bienes e hazienda y

1313 /

rresponder e rresponda a lo en contrario alegado e presentado y lo tachar e contradezir e dezir e fazer e rrazones en juicio e fuera del todos los demas autos e diligencias y cosas y cada una dellas que conbengan e sean menester dese hazer e que yo haria e hazar podria si presente fuese que para todo ello y para cada cosa y parte dello doy e otorgo este dicho mi poder cumplido a los de suso

nombrados y a cada uno e qualquier dellos ynsolidum según derecho con toda libre y general administracion e las demas clausulas fuerças e firmezas anexas y dependientes a sus efectos e balidacion e con facultad que lo que puedan sostituir en quien quisieren e rrebocar los sostitutos y fazer otros de nuevo como y quando le paresciere y los relieve y a sus sostitutos en forma de derecho y otrosi por quanto yo doy otros poderes a fernando de molina y a pablo de horosco y a juana nuñez de tapia que ansimismo van en esta dicha flota para lo contenido en este dicho poder como por ellos pareciera que pasan ante el presente escrivano a que me rrefiero doy e otorgo asimismo este my poder cunplido al dicho francisco de trexo solo para que pueda pedir estos mas quenta e rrazon con pago a los susos dichos a quien doy los dichos poderes y a cada uno y qualquier dellos de todo quanto en my nonbre y por virtud de los dichos mis poderes y de qualquier dellos cobrarre y recibieren e liquidar e fenezer con ellos y con cada uno

1314

dellos y le a fazen cargo y alcance y lo pedir e recibir e cobrar en juycio e fuera del en qualquier cossa que lo tengan de qualesquier calidades y cantidades y de dar y otorgar de rrecivo dello de cada cossa dello las cartas de pago y finiquito lasto y otras que conbengan y fazer en juycio e fuera del todo lo demas contenido en este dicho poder e cada cosa y parte dello que para todo ello le doy y otorgo este dicho mi poder cumplidoal dicho francisco de trejo con la dicha libre y general administración y rrelacion y los demas que dichoce y para la firmeza validacion y cumplimiento de todo lo suso dicho e de cada cosa e parte dello obligado la persona y bienes de la dicha menor avidos y por aver fecha la carta en sevilla ce tardo en el oficio de el escrivano publico y uso escrito que doy fe que conozco al dicho otorgante y en mi rregistro firmo su nombre jueves primero dia del mes de marco año del señor de mil y quinientos y ochenta y dos años siendo presentes por testigos pedro navarro de guevara e manuel perez escrivano de sevilla e yo francisco diaz escrivano publico de sevilla lo faze escribir e fize mi signo eso y todo. _____

V Nos los escrivanos de sevilla que aquí firmamos que damos fee y sertificamos que francisco diaz de que menta su signada esta escritura de escrivano publico en fee delo qual lo firmamos en los nombres fecho dirretto alonso de ezbizo escrivano publico de sevilla Diego fernandez escrivano pu-blico de sevilla andres de herrera escrivano publico de sevilla _____

En la ciudad de los rreyes del piru a diez y ocho diaz del mes de mil abril de mil y quinientos y ochenta y tres años en presencia del escrivano publico

1314 /

y en su escrito parescio francisco de trejo y dijo que sustituya y sustituyo este poder que tiene de Diego de palma desta otra parte con todo en el señor tesorero antonio de avalos y en todo dicho escrivano rreal que estan ausentes e anbos juntamente y enc ada uno dellos por si in solidum para por virtud de dicho poder puedan hazer y hagan y cobren todo lo que haria y hazer sin aceptar ni rrezerbar en si cosa alguna con tanto que con lo que cobraren acudan al dicho francisco de trexo cada que le mando y con tanto que lo dicho pedro ochoa cobran acuda con ello al dicho al dicho señor tesorero antonio de avalos y ello que da cobrar de dicho darle carta de pago y quan cunplido y bastante poder el tiene otro tal e se sustituye como ello tiene y lo rrelebo según el rrelebo por el dicho poder y para aver por firme lo que en virtud de este poder hizieren obligo la persona y bienes a el obligados por el dicho poder avidos e por aver y lo firmo de su nombre todos que fueron presentes y dixeron que conocen al dicho francisco de trejo ser el mismo y llamarse assi, Diego diaz mercader y Jorge de napoles estantes en esta ciudad y miguel mendo todo del dicho otorgamiento ba tiestado o diez para la no vala francisco de trejo alonso de valencia escrivano publico _____

En la muy noble y rica ciudad de los rreyes del piru en veynte y tres dias del mes de abril del año del señor de mil quinientos y

ochenta y tres años en presencia de my el escrivano publico y todo de yuso escrito parecio presente francisco de trejo

en nombre de diego de palma y en virtud del poder que tengo que el desta otra parte contenido e dixo y otorgo que en su lugar y en el dicho nombre sustituya y sustituyo el dicho poder como celo tiene en juan de chavez que estaba presente e gaspar de chavez su hermano y pedro rruiz de castillo residentes

1315

en la villa de potosí ausentes e aqualquiera dellos por si ynsolidum con que lo quel uno comenzare el otro pueda fenecer e acabar generalmente para todas las cosas y casos en el dicho poder contenidas bien y cunplidamente sin estar ni rreserbar del en si cosa alguna que para todos ellos les daba y dio el mismo poder quel, a, e tiene derecho suficiente y con las mismas clausulas e firmezas en el contenidas y lo rrelebo en forma de derecho según se a rrelebo y para la firmeza dello que hizieren obligo a la persona e bienes del dicho diego de palma a si obligados por el dicho poder yrreboco en el dicho nonbre y dio por ninguna la sustitucion que el dicho poder hizo en antonio de avalos que de la otra parte como en el se contiene para que no se de y testimonio dellos otorgo esta carta y la firmo de su nombre el otorgante que yo el escrivano doy ffe que conosco, siendo dello todo juan bautista corco francisco y hernando de ulloa geronimo hernandez estantes en esta ciudad francisco de trejo e yo alonso hernandez escrivano de Su magestad rreal y publico desta dicha ciudad fue presente a lo que dichoce por ende hize aquí este mi signo que balga en testimonio de verdad alonso hernandez escrivano publico. _____

En la villa de utrera jurisdiccion de la ciudad de sevilla lunes catorze dias del mes de octubre de mil e quinientos y setenta y siete años ante el muy magnifico señor juan garcia de paredes alcalde hordinario de la dicha villa y en presencia de my pedro Galindo escrivano publico de numero de la dicha villa de utrera parecio diego de palma escrivano de Su magestad e publico de la dicha villa a nombre de alonso Maldonado de chaves vezino e natural de

la ciudad de loxa difunto y presento la peticion y testamento y poder del tenor siguiente._____

1315 /

muy magnifico señor diego de palma vezino desta villa de utrera digo que alonso maldonado de chaves natural de la ciudad de loxa hizo e otorgo su testamento yn iscritis ante my como escrivano publico que fue desta dicha villa que este que exsibo ante vuestra merced y ansi despues de otorgado el dicho alonso maldonado paso a las yndias del mar oceano donde estubo e rresidio tiempo de diez años poco mas o menos e bolvio en españa en la flota del mes de setiembre del año passado de setenta y cinco años de tierra firme a negocios que le conbinieron y estubo en esta dicha villa donde medio y otorgo el poder que hago presentacion e se bolvio a embarcar en la flota de tierra firme de marco de quinientos y setenta seis añosen compañia de luis guisado hijo legitimo de martin guisado escrivano publico desta dicha villa encaminados con la ayuda de nuestro señor dios a la ciudad de arequipa en el piru y agora en la flota que vino de la dicha provincia por el mes pasado de setiembre deste año de setenta e siete años el dicho luis guisado escrivio al dicho martin guisado su padre una carta por un capitulo della me haze saber la muerte del dicho alonso maldonado de chaves como consta por el testimonyo e rrazon dela dicha carta misiva quelo este que presento e porque del dicho alonso maldonado dicho alonso maldonado de chaves quedaron muchos bienes rrayzes y muebles que la dicha ciudad de loxa y que la villa de rregueria de su legitima y herencia de sus padre e abuelos e de hernando Maldonado de chaves su hermano y en las ciudades de lima y arequipa en la provincia del peru asi de us cargazon como los que alla avia dexado y para lo que poderlo cobrar e distribuir por su yntension conforme al dicho poder saber la dispusicion del dicho su testamento yn iscritis que mejor se cumpla e satisfaga su boluntad._____

1316

V Pido y suplico a Vuestra merced que aida información que me ofresco de dar de los todos instrumentales e los que se presentaree constando como consta por el testimonio dela dicha carta misiva de la muerte del dicho alonso maldonado mande abrir y publicar el dicho testamento e que del se me de uno o dos e maestros lados que publica firma poniendo por cabeza este my pedimento y el poder y testimonio que presento sobre que pido y suplico e testimonio y el muy magniifico oficial a Vuestra meced ynploro diego de palma. _____

V Yo martin guisado escrivano de Su Magestad e publico de la villa de utrera doy fee que yo desta ciudad para peru a luis guisado de umares my hijo legitimo e natural e de antonia de umares my muger en la flota que fue a tierra firme el año pasado de mil quinietnos e sesenta e seis años e demas de otras cartas que he rrecivido del dicho my hijo rrecivi una en el mes de setiembre que paso deste año de myl e quinientos e setenta y siete años del aceta e firma del dicho my hijo la qual conosco muy bien que su fecha dela dicha carta parece que fue en la ciudad delos rreyes a treynta y uno de henero que paso deste dicho año de quinientos e setenta y siete años y entre los capitulos dela dicha carta esta un a su tenor del qual con el pie de la dicha carta e firma del dicho my hijo y sobre escrito este que se sigue. _____

V Al señor Diego de palma beso las manos e le digo a Vuestra merced como dios fue servido de llevar al señor alonso maldonado de chavez su amigo e murio por una gran desgracia que se embarco en un navio que se venia de trujillo de un fulano rrolon el qual hera pequeño e mal adrizado e salio de panama por setiembre pasado y al atrabesar de un golgo para tomar la costa del piru que siempre ay grande

1316 /

tormenta con un viento rrezio que bino una noche se quebró la gavia del mastil mayor y estaba hablando con unos pasajeros arriba encima de cubierta e cedió en los hombros la gaviae lo hizo pedazos de forma que no dixo mas que balgame Dios y por la mañana lo echaron a la mar a todos quanto lo conosian dio grandisima lastima su muerte e a my me a pesado mucho el navio fue a zubar a puerto viejo que es en la costa del piru y alli dizen tomaron los bienes y se los dieron a un pedro bravo de paredes que hera muy su amigo y camarada que fueron juntos a Castilla que bolbieron porque benian consignados a el esperando lo esto y que viene a residir a qui que tiene una hermana biuda que se dize doña antonia bravo para saber delo que en ello ubo y delo que ubiere avisare._____

V No se ofrece otra cosa de que avisar a Vuestra Merced ahora sabiendo hara y guarde de nuestro señor la muy magnifica persona y estado y casa de Vuestra Merced como yo deseo de los rreyes e de herrero treynta t uno de myl e quinientos y setenta y siete muy magnifico señor beza Vuestra Merced las manos su muy servidor luis guisado de umares._____

V Al muy magnifico señor martin guisado escrivano publico de utrera mi señor en utrera del peru guisado.____

V E para que delo susodicho conste di presente testimonio de pedimento de diego de palma escrivano publico e vezino desta villa que fecho en utrera en catorze diaz del mes de octubre de mil e quinientos e setenta e siete años siendo todo deber sacar y corregir lo susodicho pedro muñoz e tomas hernandez vezinos y estantes en esta villa en fee de lo qual lo fize escribir e fize aquí muy signo en testimonio martin guisado escrivano publico.____

1317

Poder V Sepan quantos esta carta vieren como yo alonso Maldonado de chaves vezino que soy de la ciudad de loxa estante al otorgamiento desta en la villa de utrera digo que por quanto yo estoy aprestado de pasdar a las indias del mar oceano a la provincia de piru con la ayuda de nuestro señor dios e yo di poder a los señores juan rrodriguez de avila rregidor e vezino de la dicha ciudad de loxa e o el dotor Diego de la rribera abogado su hijo vezino della para la cobranza beneficio e defensa de mis bienes e hazienda e para seguir mis pleytos según mas largo se contiene y declara en el dicho poder que paso ante diego de palma escrivano publico desta dicha villa en uno de los últimos diaz de diziembre del año pasado de quinientos y setenta y cinco diaz a que me rrefiero y porque yo tengo fecho y ordenado my testamento e ultima voluntad yn iscritis que el dicho diego de palma es-crivano publico en cuyo poder esta e sobrelo en el contenido e otras cosas que convienen al descargo e satisfacion de mi consiencia tengo tratado e comunicado con el dicho Diego de palma escrivano he dicho orden que sea de tener en la distribucion e conservacion de mis bienes previniendo a los peligros pusibles de my viaje en la mejor e forma que pueda ser de derecho con acetacion de cualesquier bienes y gerencias que a mi me pertenescan de mis padres e abuelos hermanos e otras personas como heredero legitimo e por ynstitucion de testamento o hecha abintestato, o en otra cualquiera manera con beneficio de ynventario otorgo e conosco, por esta presente carta que doy e otorgo quan cumplido y bastante poder

1317 /

es necesario al dicho Diego de palma escrivano publico e vezino desta dicha villa de utrera mostrador ante desde poder questa presente especialmente para que en mi nonbre rrepresentando my propia persona pueda pedir e tomar cuenta a los dichos joan

rrodriguez de avila y el dotor Diego de la rriebra e otras qualesquier personas que en qualquier manera ayan cobrado estenido en guarda mis bienes e cobre los alcances de maravedis pan trigo e cevada e gallinas que se le hizieren e ovieren cobrado de los rrentos de mis bienes e posesiones e otras e pertenescan en qualquier manera e de lo que recibiere y cobraren se de por pagado y entregado con rrenunciacion dela esepcion de la numerata pecunia e dos leyes de prueba y paga como en ella se contiene y si la paga y recibo no fuere ante escrivano que dello de fee e pareciendo de al susodicho pueda rrebocar e rreboque el dicho poder a los susodichos dexandolos como yo los dexo en su buena opinión y se la haga saber para que no puedan usar del en adelante e lo pueda dar de nuevo a otras qualesquier personas bien tan cumplidamente quanto a el le pareciere que conviene de los quales dichos maravedis que así cobrare haga e los destruya en las cosas que yo convengo e tratado y comunicado e pueda arrendar e arriende quales quier mis bienes rrayzes pro yndibiso e particular conosidos mios a las personas e por los tiempos e precios e con las condiciones que bien bisto, le fuere e si dios nuestro señor fuere servido que yo fallesca en el viaje antes de bolver en españa costando dello pueda el susodicho pedir se haga divizion e particion de qualesquier bienes rrayzes e muebles de los dichos mis padres abuelos y hermanos que ayan

1318

quedado e mi pertenescan de otras personas en qualquier manera con los otros mis hermanos y herederos que dellos tienen derecho y si para la hazen algunos delos dichos bienes rrayzes no sufrieren comoda divizion e particion para lo que a my toca juntamente con los otros herederos los pueda bender y benda en almoneda o fuera della a las personas y por los precios que pudiere y le pareciere con rrenunciacion de las leyes de la mancomunidad como en ella se contiene e si se me addicaren y enteraren algunos delos dichos bienes rrayzes e muebles pueda hazer paga por si solo dellos la misma venta e rremate por los precios que le pareciere y de los

maravedis que cobrar e se hizieren delos dichos bienes los pueda distribuir e gastar por la horden que yo le deyo y a el le pareciere sin que ningunapersona ni herederos ni albaceas le ynpidan ni tomen quenta ny rrazon mas dela que le quisere dar porque yo se rremetio e fio de su conciencia en my vida e despues de fallecido como dichoce e por ante escrivanos publicos que dello den fee pueda el susodicho hazer e otrorgar escrituras de pago y finiquito e lasto con ecepcion de aciones diretos y executibos de poderes e rrebocaciones e de arrendamyentos e bentas con las fuerças vinculosy condiciones que le pareciere e poder a las justicias e renunciacion delas leyes e de fuero con sumycion particular del mio y de la ley siconbenia digistis de jurisdicione o niun iudicum como en ella se contiene e obligacion de my persona y bienes si sobre la administracion e beneficio e cobranca e benta delos dichos bienes e otras qualquier cosas a my tocantes fuere necesario contender juicio pueda ante cualesquier señores juezes y justicias e audiencias rreales de Su magestad Real de qualesquier partes

1318 /

eclesiasticas como ator o rreo pueda seguir mis pleytos civiles y criminales movidos e por mover e haga e presente qualesquier mandas pedimentos e rrequerimientos provanzas escrituras sacallas de poder de qualesquier escrivanos e otras personas e cuyos poderes tubieren e dezir della de bien provado e ver sacar y presentar los de contrario tachas en dichos y en personas e hazer qualesquier juramento en mi anima e pida se hagan por las partes contrarias e pida exe-cusiones por qualesquier personas contra mi, contra qualesquier personas e las jure y siga en todas ynstancias e tome prosesion de bienes exutados o de otros donde se mandaren dar yndiviso o en otra qualquier manera y anparo dellas e haga qualesquier rrecusaciones de juezes letrados escrivanos y nombra mis o de acompañados e concluya los dichos pleytos y pida lo oyga qualesquier sentencias definitivas ynterlocutorias en my favor consentir e las en contrario apelar e suplicar escryvir las apelaciones en todas ynstancias y en qualquier estado e punto delos

dichos pleytos e particion los pueda comprometer en manos de juezes adbitros a los quales de e prorogue cumplida jurisdicion e otorgue escritura de compromiso con pena e termino que le pareciere e haga qualesquier conbenencias consiertos quitas y esperas e prorrogaciones de terminos de cobranza e otorgue otras qualesquier escrituras de conciertos esperas y acetate otras en mi favor y finalmente en mi nombre e despues de mi fallecimiento pueda hazer y haga delos dichos mis bienes a su libre boluntad e los demas autos diligencias que judicial e estrajudicialmente conbengan dese hazer e yo haria fuera bivo e presente aunque para ello se rrequiera otra mas cumplido poder

1319

que siendo por el susodicho, fechas otorgadas las dichas escrituras e actuado como dichoce yo lo apruevo e otorgo e me ligue e obligue a mis bienes a su cumplimiento como si yo lo otorgara porque quan cumplidos poderes necesarios para todo lo susodicho y asemismo se lo doy e otorgo con sus insidencias e dependencias y cin libre y general administración e con facultad que lo pueda sustituir en la parte quele pareciere en uno o mas procuradores e personas queles pareciere rreser-vando y dexando en el siempre dicha administración deste poder e aquellos rrebocar y poner otros de nuevo a los quales y hacer rreliebo en forma de derecho e para el cunplimiento de todo obligo mi persona e bienes avidos e por aver y en testimonio e fuerza dello lo otorgo ansi ante el escrivano publico y todo de yusoescritos en las casas de la morada del dicho Diego de palma en domingo quinze diaz del mes de henero del año del nacimiyento de nuestro salvador Jesucristo de mil e quinientos e setenta e seis años siendo presentes por todo bartolome lucas cordonero e bartolome de mora y alonso de soria vezinos de utrera y el otorgante que yo el escrivano yusoescrito doy fee que conosco lo firmo de su nombre en el rregistro alonso maldonado de chaves paso ante my pedro de cazorla escrivano publico e yo pedro de de carzorla escrivano publico de utrera lo hize escribir e fize aque mio signo e soy testigo. _____

e presentados los dichos rrecaudos el dicho señor alcalde mando que los testigos ynstrumentales del dicho testamento yn iscritis o los que dellos se pudieren eber y los que mas presentare el dicho diego de palma vean y rreconoscan la suscrision

1319 /

y otorgamiento del dicho testamento y formas del e la carta mysiba original del dicho luis guisado que esta en poder del dicho martin guisado su padre e capitulo e rrelacion dela muerte del dicho alonso maldonado de chaves declaren con juramento lo que se da dela dicha petición saben y declarado con juramento provera justicia pedro galindo escrivano publico. _____

E luego yncontinente ante el dicho señor alcalde y en presencia de my el dicho escrivano el dicho Diego de palma y si vio el dicho testamento yn iscritis donde parece estar escrita suscresion e otorgamiento cerrado e sellado e al fin del firmado de unas firmas e letra que dize alonso maldonado de chaves e de pedro de miranda clerigo presbitero e alonso bernal e joan lopez de sevilla e bartolome rrodriguez e alonso rruiz belasquez e de otras firmas e nonbres e signado e firmado del dicho Diego de palma escrivano publico e asi mismo y sino una carta misiva original dela letra y firma de luis guisado hizo del dicho martin guisado escrivano publico desta dicha villa a lo que parece por ella de donde parece averse el testimonio de suso presentada aviendolo bisto el dicho testamento e carta misiva los dichos pedro de miranda clerigo e alonso bernal e jhoan lopez de sevilla e bartolome rrodriguez e alonso rruiz belasquez testigos ystrumentales con juramento que hizieron según forma de derecho ante el dicho señor alcalde dixeron que las firmas del otorgamiento del dicho testamento donde dicen sus nombres son suyos propios e cada uno dellos hizieron e firmaron la suscribieron otorgar e firmar al dicho alonso

1320

maldonado de claves e su firma y nonbre que dize alonso maldonado de claves ansi mismo an visto una carta misiva original aparesce escrita y firmada dela letra y firma de luis guisado hizo de martin guisado escrivano publico e vezino desta dicha villa a quien conocen muy bien su fecha en la ciudad de los rreyes en las Yndias del mar oceano de treynta e un diaz de henero del año de quinientos y setenta y siete años donde en un capituloi della hazer saber la muerte del dicho alonso maldonado de claves según e como mas largo se contiene y declara en el dicho testimonyo y esto es la verdad para para el juramento que hizieron e lo firmaron de sus nombres e yo el dicho escrivano doy que la firma del dicho testamento donde dize alonso maldonado de claves es semejante a la que solia hazer y firmar y ansimismo la letra y firma del dicho luis guisado antes que se fuese e pasase a las dichas Yndias alonso bernal bartolome rrodriguez alonso rruiz velasquez pedro de miranda juan lopez de sevilla pedro galindo escrivano publico._____

AUTO V En la dicha villa de utrera en el ocho dia mes e año susodicho el dicho señor alcalde abiendolo susodicho dexo que mandava y mando que el dicho testamento se abra y publique e del se

le de dicho diego palma e a las otras personas a quien de derecho pertenciere uno e mas tres lados en los quales y cada uno dellos ynterpuso su vouluntad y decreto judicial quanto quede e de derecho debe e lo firmo joan pedro galindo escrivano publico._____

1320 /

e luego yncontinente yo el dicho pedro Galindo escrivano publico corte los hilos del dicho testamento yn iscritis e lo abri legalmente ante el dicho señor alcalde e delos dichos todos que su

tenor es como se sigue pedro galindo escrivano publico. _____

TESTAMENTO. En la villa de utrera en domingo veynte y siete dias del mes de henero de mil quinientos y sesenta y seis años en presencia de mi Diego de palma escrivano de su magestad rreal e publico de numero dela dicha villa e delos todos yusoescritos parescio alonso maldonado de chavez vezino dela ciudad de loxa estantes en esta villa a quien yo el dicho escrivano doy fee conosco e dio e presento a my el dicho escrivano esta escritura cerrada e sellada e la qual dixo que esta fecho e hordenado su testamento yn iscritis en una oja escrita de su letra e media plana y en el dexa ynstituydos sus herederos y quiere y manda que no se abra ny publique hasta que sea fallecido e pasado desta presente vida conforme a derecho e para su cumplimiento nonbro por sus albaceas sin daño dellos ny sus bienes a juan dela rribera vezino e rregidor dela ciudad de loxa e a Diego de ahumado atosi vezino e jurado de la dicha ciudad de los quales justamente e a cada uno dellos por si ynsolidum dio poder cumplido para que cunplan su testamento según en el se contiene e las ventas que para lo cumplir hizieren de sus bienes valgan e hagan por su autoridad e sobre ello les encargo las conciencias e rreboco los testamentos e otras mandas e codicilos que yo aya fecho, gastado y que mando que no valga ni agan fee salvo este que quiere y manda que valga y haga fee en juicio e fuera del por su testamento yn iscritis como por la mejor via que/

1321

de derecho mejor pueda e deve valer porque esta su ultima y postrimeria voluntad que es fecho y otorgado en la dicha villa de utrera en el oficio de my el escrivano publico y todos yusoescritos que aquí firmaron sus nonbres y el dicho alonso maldonado de chaves lo firmo de su nombre aquí y el susodicho lo dexo en my poder testigos que fueron presentes pedro de miranda clerigo y juan lopez de Sevilla e alonso bernal y joan de morales e bartolome

rrodriguez e alonso rruiz vezinois de la dicha villa de utrera josn lopez sirviente de my el dicho escrivano fecho en el dicho mes e año susodichos alonso maldonado pedro de miranda alonso bernal joan lopez bartolome Rodríguez alonso rruiz joan de morales joan lopez e yo el dicho Diego de palma escrivano publico de utrera lo fize escribir e fize aquí mio signo y soy testigo Diego de palma escrivano publico en el nombre de dios nuestro señor e de su bendita madre amen e por quantos esta carta de testamento yn iscritis vieren como yo alonso Maldonado de chaves vezino de la ciudad de loxa estante al presente en esta villa de utrera estando sano con salud bendito nuestro señor dios libre de my entendimyento natural creyendo como creo firmemente en el misterio dela Santisima trinidad en la qual fee e crehencia protesto vivir e morir temiendome dela muerte que es natural dela qual ninguna persona nacida no puede escapar otorgo que hago este my testamento en la forma siguiente en el qual primeramente mando que si nuestro señor fuere servido que yo muriere en la ciudad de loxa que mi cuerpo sea enterrado en el monasterio de Señor san francisco en la sepoltura donde estan enterrados mis padres e

1321 /

e abuelos e que me digan los oficios sean con my cuerpo presente una misa de rrequien como es costunbre y otras treynta misas por persona o personas rrezadas por my anima e de mis padres._____

V Yten mando que se digan en el dicho monasterio otras treynta misas por la persona o personas aquien yo soy en mas cargos

V Yten mando que digance en el dicho monasterio siete misas del espiritu santo._____

V Yten mando quele diga a nuestro señor fuere servido de me llevar si fuera en la dicha ciudad de loxa sea enterrado y llevado my cuerpo con el cura e un sacristan y la cofradía de que yo soy cofrade._____

V Yten digo que todos los maravedis que joan de la rribera mitio dixere aver pagado por mi se le den e paguen de mis bienes y hazienda mya e delos demas mis hermanos tiene la memoria razon dello el dicho joan de la rribera my tio. _____

V Yten digo y declaro a por que maria e maria ana dela rribera mis hermanas tienen intencion e boluntad de semeter monjas e de sus bienes sean de dotar para este efecto mando que si los que a ellas les pertenesciere de sus legitimas no bastasen para las dichas dotes que en tal caso selo suplan e cumplan delos de my legitima. _____

V Yten confieso y declaro que yo tube participaci3n e ayundamyento en la dicha ciudad de loxa con una muger soltera hija de un vezino de la dicha ciudad que por ebitar escandalo e/

1322

infama no declaro quienes e del dicho ayuntamiento la susodicha pario una hija que la nonbre barbara la qual esta en poder de cristoval ruiz y su muger vezinos dela dicha ciudad delo qual tiene nota e memoria nytrabeatris de claves monje en Santa Clara de la dicha ciudad e mis hermanas bea tris de chaves e Ysabel de la rribera monjas en el dicho monasterio e porque de derecho la dicha barbara como my hija natural a la qual rreconosco por tal por el discargo de mi conciencia debe de heredar mis bienes por ende mando que pagados e cunplido lo contenido en este my testamento e todas las deudas que el dicho juan de la rribera mi tio save y tiene memoria que yo devo lo demas que liquidamen te rrestare de my legitima y de la que yo de y herede de hernando maldonado mi hermano por su testamento que otorgo ante balthasar de cesilla escrivano publico dela dicha ciudad debaxo del cual murio mando que todo lo aya y herede en la dicha barbara my hija natural a la qual dexo estableSCO por my universal heredera de fecho y de derecho e mando que si yo muriere antes que la dicha barbara fuere

de edad para entregarles los dichos bienes y herencia ni para tomar estado mando que los dichos bienes se les pongan en guarda e tutela e delas dezimas e renta delos dichos bienes se dexen alimentos delos dichos bienes a la dicha barbara e lado tienen y tengan en quita e guarda de manera que la susodicha no sirva a persona alguna hasta que la susodicha tenga edad para tomar estado e sobre esto le ruego y encargo a mis albaceas/

1322 /

que tengan especial cuidado della susodicha y si la dicha barbara my hija falleciere antes de tener edad para testar aviendo recebido la dicha herencia por my fallecimiento mando que los dichos bienes y herencia los aya y herede mi tio joan de la rribera si fuere vivo para que haga dellos lo que su voluntad fuere y si fuere muerto los ayan mis hermanas beatrix de chaves e ysabel dela rribera e maria e mariana della rribera para quellas dello hagan bien por my anima e den los padres e difuntos.

V Yten mando que de mis bienes se de en limosna al monesterio e frayles de señor san francisco de dicha ciudad de loxa sesenta reales por ciertos rrespetos e devocion que yo tengo al dicho monasterio para proveher su necesidad y desta manera mando que este my testamento valga por la mejor via e forma que de derecho oviere lugar alonso maldonado de chaves.

V E leyendo e publicado el dicho testamento como de suso se declara yo el dicho escrivano le ofreci al dicho Diego de palma e traslados que quisiese de todos los autos todos los dichos pedro de miranda e alonso bernal e joan lopez de sevilla e bartolome rrodriguez e alonso rruiz belasquez vezinos dela dicha villa de utrera pedro Galindo escrivano publico. _____

V En la Villa de utrera catorze dias del mes de octubre de myl e quinientos e sesenta y siete años ante el muy magnifico señor joan garcia de paradas alcalde hordinario escrivano publico dela dicha villa presento esta peticion el contenido en ella.

V Muy magnifico señor Diego de palma vezinos desta villa digo que como consta por el testamento del dicho alonso maldonado de chaves consta

1323

que ynstituye e dexo por su universal heredera a barbara a su hija natural de hedad de nueve o diez años questa en la ciudad de loxa en poder de doña francisca de herrera biuda muger que de joan de la rribera vezino e rregidor que fue de la dicha ciudad tio del dicho alonso maldonado de chaves a la qual pertenece parte delos bienes raíces y muebles que quedaron del susodicho conforme a la distribucion que yo dellos hiziere en virtud del dicho poder y es necesario se provea de tutor e curador de su persona e bienes e por ser menor de pupila hedad no lo pueden nonbrar el qual nombramiento me pertenesce por virtud del dicho poder e lo hago en my por la administracion e facultad del_____

V pido y suplico a Vuestra merced me mande encargar e decirnir el dicho cargo e dar poder para/ lo usar y exercer e pido justicia Diego de palma

V E presentado e visto por el dicho señor alcalde mando que el dicho Diego de palma acepte el cargo de tutor e curador dela dicha barbara menor echa ya la solenidad e juramento conforme a derecho y lo presta dele decirnir el dicho cargo como lo pide e lo firmo joan garcia pedro galindo escrivano publico._____

Nombramiento

(non)

V E luego yncontinente yo el dicho escrivano notifique el dicho auto al dicho Diego de palma en su persona el qual dixo que aceptare e acepto el dicho oficio e cargo de tutor e curador dela persona e bienes dela

1323 /

dicha barbara menor conjuramento que hizo segun forma de derecho prometio y obligase delo usar bien e fielmente del dicho oficio e cargo en tal manera que pidiera e cobrara los bienes e haziendo del dicho alonso maldonado de chaves la parte que dellos adjudicarle e pertenciere a la dicha menor los tendra en guarda e administracion e los aumentara e dara dellos buena cuenta con pago a quien y cada y quando le fuere pedida e pagara los alcances e decimas en que fuere condenado en el termino que sele asignare e defendera sus pleytos civiles e criminales movidos e por mover en todas ynstancias y su mal o daño arredrara y es todo para lo quel buen tutor e curador debe hazer por sus menores e donde su consejo no bastare lo tamara con letrados y personas sabias y si por su culpa e negligencia algun daño perdida e menoscavo viniere a la dicha menor e sus bienes se obligo delo pagar delos suyos e para lo mejor cumplir dio por su fiador a bartholome de mora vezino desta dicha cvilla e qual estando presente dixo que se constituya por tal fiador e principal pagador sin que contra el susodicho sea fecha ni se haga escusion ni negligencia alguna cuyo beneficio espresamente rrenuncia e juntamente con el de mancomun e ellos de uno e cada uno por el todo rrenunciando como rrenunciaron las layes dela mancomunidad como ella se contiene se obligaron a la

1324

paga e cunplimiento delo aquí contenido e dieron poder a las justicias como por sentencia pasada en cosa juzgada de que lugar no uviese apelacion e rrenunciaron las leyes en su favor a la ley e derecho que dize que general rrenunciacion no bala e obligaron sus personas e bienes avidos e por aver siendo testigos balthasar perez e alonso rrodriguez tanzo e joan calvo vezinos de utrera e los otorgantes que yo el escrivano doy fe que conosco lo firmaron de

de sus nombres Diego de palama bartholome de mora pedro galindo escrivano publico. _____

PODER

V E luego yncontinente el dicho señor alcalde de dixo que decernia e dicirnio el dicho cargo de tutor y curador en el dicho Diego de palma e le dava e dio quan cumplido y bastante poder el necesario para administracion de la dicha tutela e para pedir e cobrar cualesquier bienes rrayzes e muebles pertenecientes a la dicha menor en qualquier manera e dar cartas de pago fyniquito y lasto conpcesion de acciones diretas y executibas e valan como si la menor siendo de hedad cumplida las diese e otorgase e para arrendar cualesquier bienes y raíces dela dicha menor a las personas e por los tienpos e precios que bien bisto le fuere con las condiciones necesarias las quales valan e sean firmes como si la dicha menor siendo de hedad cunplida las diese y otorgase e pida execusiones por virtud dellas e de otras qualesquier a favor dela dicha menor e las jure e siga qualesquier cantidades en todas ynstancias hasta conseguir rrealmente la paga e tomar posesiones de bienes/

1324 /

executados e de otros donde se le mandaren dar proyndibiso o en otra qualquier manera e anparos e testimonios dellas e generalmente para en todos los pleytos e causas civiles e criminales movidos e por mover como actor o rreo los pueda seguir en todas instancias ante qualesquier señores juezes e justicias de qualesquier fuero e jurisdiccion que sean e haga o presente qualesquier demandas e pedimyentos e rrequerimyentos protestaciones testigos provancas escritos y escrituras sacadas de poder delos escrivanos u otroas personas en cuyo poder estubieren e dezir dello de buen provado e ver sacar y presentar lo de contrario tacharlo e dichos y personas hazen quealesquier juramentos en anima dela dicha menor

e pida se haga por las partes contrarias rrecusar juezes e letrados e nonbrar otros acompañados concluir pedir e oyr sentencia o sentencias ynterlocutorias y definitivas e las de a favor dela dicha menor consentir e dela en contrario e de otro auto e agravio apelar suplicar y seguir las apelaciones e todas ynstancias e generalmente en nonbre dela dicha menor pueda hazer qualesquier otros autos e diligencias que judicial y extrajudicialmente conbengan dese hazer porque quan cunplido poder es necesario para todo lo susodicho e se mismo selo doy e otorgo con sus ynsidencias e dependencias e con libre e general administracion e con facultad que los pueda sustituyr en uno o mas procuradores

1325

e los rrebocar e hazen otros de nuevo dexando asi la administracion deste poder a los quales rrelevo según forma de derecho e obligo la persona e bienes dela dicha menor avidos e por aver e lo firmo siendo todos los susodichos joan garcia ante my pedro galindo escrivano publico valmendado o diez parara, my dello pongan vala tastado, e no vala e yo pedro galindo escrivano publico de utrera lo fize avir y fize aquí my signo e soy testigo pedro galindo escrivano publico._____

V Yo Martin guisado escrivano de Su magestad e publico de numero dela villa de utrera doy fee que Pedro galindo de quien los autos y testimonio de suso contenido va signado e firmada el escrivano publico del número de la dicha villa de utrera como si yntitula y alas escrituras y autors que antecepasan e se otorgan (tarjado) fiado y da entera fee y credito en juicio e fuera del e porque dello conste dila presente fecha en utrera a quinze dias del mes de abril de myl e quinientos y ochenta y un años en fee delo qual lo fez screvir e fize aque meo signo en testimonio martin guisado escrivano publico._____

V E yo Diego hernandez consuegro escrivano de Su Magestad e publico de numero dela villa de utrera doy fee que pedro galindo de uien ven firmado e sinado los autos e testimonyo desta otra parte contenido estal escrivano publico de numero dela dicha villa de utrera como en el se yntitula e como tal usa el dicho oficio y a las escrituras y autos que ante el pasan e se otorgan sea dado y da entera fee y credito en juicio e fuera del e porque dello conste dela presente/

1325 /

que de fee en la villa de utrera enquinze dias del mes de abril de myl y quinientos y ochenta y un años en fee delo qual lo fiz escribir fiz aquí my signo e soy testigo Diego hernandez consuegra escrivano publico

V Yo Diego correa escrivano publico del numero dela villa de utrera doy fe como pedro galindo de quien ba firmada e signada el testimonio e autos desta otra parte contenido, escrivano publico del numero dela villa de utrera y como tal usa el dicho oficio y a las escrituras e autos e tesimonios que ante el pagan y se otorgan se da entera fee en credito en juicio e fuera del e porque dello conste dela presente fecha enn utrera a quinze dias del mes de abril de myll e quinientos e ochenta e un años Diego correa escrivano de su Magestad y publico de Utrera fez myo signo. _____

V Yo alonso de aviles escrivano de Su Magestad vezino desta ciudad de sevilla certifico y doy fee que pedro galindo y martin guisado y Diego hernandez consuegra y Diego correa escrivanos de quien consignados y firmados los autos y escriptura y testimonyo de suso quedo que son escrivanos publicos del numero dela villa de utrera fiel y le hallo y que sus escripturas y otros autos que antellos an pasado se les a dado y da entera fee y credito en juicio y fuera del e siendo firmadas y signadas como de suso y en fee dello lo signe en sevilla tres de marco de myll y quinientos y ochenta y dos años en testimonio de verdad alonso de aviles escrivano.

V Yo jhoan salvador escrivano de su Magestad vezino de Sevilla rresidente en el oficio del señor benito montejano certifico y doy fee que pedro galindo y martin guisado y Diego hernandez consuegra y Diego correa escrivanos de quien ban signados e firmados los autos y escritura y testimonio de su contenido son escrivanos publicos de numero dela villa de utrera fieles y legales y que sus escrituras y autos que ante ellos an pasado y pasan se les a dado y da entera ffee y credito en juyzio y fuera del yendo firmados y signados como de suso fecho en sevilla a diez de marzo de myll y quinientos y ochenta y dos años e fize my signo quel ba tal en testimonio de verdad juansalvador escrivano._____

1326 /

E usando del dicho poder del dicho Diego de palma en virtud dela sostitucion en my fecha que de suso ba yncorporado en primero dia deste presente mes de dizienbre en que estamos yo pedi a don jeronimo de guevara alcalde ordinario desta dicha ciudad me diese del quenta con pago u osi pedro bravo de paredes delas quantias de pesos y otros bienes que ayan entrado en vuestro poder por bienes de dicho alonso maldonado de claves y que hiziese cierta declaracion y pedi que conforme a ella se me diese mandamyento para que me diese del y pagase de lo que aviso declarastes tener en otro poder de que se proveyo auto en la deicha causa que se tyenor del dicho pedimyento y declaracion y auto y rreason dello proveydo por el dicho señor alcalde de uno en pos de otro el este que se sigue._____

V Yo el señor jhoan dela hoz en nonbre de Diego de palma escrivano de Su Magestad y publico dela villa de utrera en los rreynos de españa así como tutor y curador dela persona e bienes de doña barbola de la rribera menor hija y heredera de alonso maldonado de claves difunto nonbrada y dexada por su testamento yniscritis coma parece por estos rrecuerdos de tutela y testamento de que hago presentacion digo quel dicho alonso maldonado viniendo dela ciudad de panama a esta de los reyes en un navio de

pedro rrolon antes de llegar al puerto de manta cayo la gavia del dicho navio del mastil mayor y mato al dicho alonso maldonado de que murio naturalmente y quedaron en poder de pedro bravo de paredes morador en esta ciudad cantidad de pesos

1326 /

de oro mercaderias y otros bienes del dicho alonso maldonado los quales son y pertenecen a la dicha doña barbara su hija como consta por el dicho testamento que esta ynserto en la dicha tutela y el dicho pedro bravo me los a de dar y entregar a my en el dicho nonbre.

¶ Porque pido y suplico a vuestra merced mande al dicho pedro bravo de paredes luego me de cuenta con pago delas quantias de pesos mercaderias y otros bienes que ensu poder entraron por bienes del dicho alonso maldonado que en otra manera entraron en su poder para que yo los enbie al dicho my parte a los rreynos de españa que yo estoy presto de dar carta de pago quan bastante a su derecho conbengan pido justicia y costas y si otro pedimento mas o mejor me conviene e lo pido y protesto y juro a dios y a la cruz en anima de my parte que no sea de malicia sino porque a si conviene a su derecho.

¶ Otro si Pido y Suplico a vuestra merced ante todas cosas mande quel dicho pedro bravo de paredes con juramento declare la quantia de pesos y otros bienes que por fallecimiento del dicho alonso maldonado entraron en su poder para que con su declaracion mejor se pueda hazer la dicha cuenta joan de la hoz.

¶ En los rreyes a primero dia del mes de diciembre de myll y quinientos y ochenta y quatro años el dicho pedro bravo de paredes en un cunplimyento de lo proveydo e mandado por el señor alcalde dixo quel quiere declarar y del fue tomado

1327

y rrecindo juramento en forma de derecho en virtud del qual siendo preguntado y por el pedimyento dixo lo siguiente dixo en lo que pasace que este que declara tiene en su poder por bienes del dicho alonso maldonado hun dos myll e quatrocientos pesos ensayos y ciertas escrituras y papeles quel dicho alonso maldonado difunto dexo en poder deste que declara y questa presto delos dara quien Su merced del señor alcalde mandare dandole mandamiento y rrecaudo bastante del rrecivo y esto rresponde y es la verdad y aze juramento que fizo e firmolo de su nonbre e quel es de hedad de treynta y cinco años pedro bravo paredes ante my Diego martinez escrivano._____

V Yel señor juan dela hoz en nonbre y de diego de palma tutor dela persona e bienes de doña barbola de la rribera digo que a my pedimientto declaro pedro bravo de paredes tener en su poder dos myll e quatro cientos pesos ensayados por bienes de alonso maldonado cuya heredera la dicha doña barbola y pues el susodicho se allana a pagarlos y los rrecaudos son bastantes y solo dize que si se le de mandamyento para descargo suyo._____

V A vuestra merced pido y suplico mande darme mandamyento para quel dicho pedro bravo de paredes luego me de y entregue los dichos dos myll y quatrocientos pesos ensayados quela herencia de la dicha menor mi parte para los rregistrar y llevar ala susodicha alos rreynos de españa sobre todo justicia a la qual pido. J. Dotor morillo de la cerda._____

V En los rreyes a quatro de dizienbre de myll y quinientos y ochenta e quatro añosante el señor alcalde don geronimo de de guevara lo presento juan de la hoz._____

V El Señor alcalde mando traer los autos y provera justicia Diego martinez escrivano._____

1327 /

V En los rreyes a cinco diaz del mes diciembre de myll e quinientos y ochenta y quatro años este alcalde dixo que nobrava y noinbro por su acesor en esta causa al dotor salinas abogado dela rreal audiencia desta ciudad al qual mando se elebe para el dicho efeto iego martinez escrivano. _____

V En los rreyes este dia el señor alcalde dixo queatento a que el dotor salinas esta enfermo se eleve al licenciado al licenciado mendoza. Diego martinez,escrivano. _____

V En la ciudad delos rreyes en sus seis dias del mes de dizienbre de myll e quinientos ochenta y quatro años y el señor don geronimo de guevara alcalde hordinario en esta dicha ciudad aviendo visto estos autos fechos y presentados por dicho joan dela hoz en nonbre de su parte assimismo la declaracion por el dicho pedro bravo de paredes luego de y entregue al dicho juan dela hoz con dos myll y cuatrocientos pesos ensayados que confiesa tner en su poder pertencientes al dicho alonso maldonado y a sus herederos y asimismo le de y entregue todos los papeles y escrituras que tiene en su poder y perteneciente al dicho alonso maldonado y sele tome juramento para quelos exhiba y entregue todos con que el dicho juan de la hoz se obligue que en la primera flota que fuere destos rreynos a los de españa enbiara todos los dichos pesos que oviere cobrado por esta rrazon consignados al dicho Diego de palma tutor y curador dela dicha menor los quales bayan a rriesgo de cuyos fueren so pena de pagarlos con el interes ala parte sino los enbiare y mandose le de y entregue al dicho pedro bravo de paredes un tanto delos dichos poderes y rrecados con este auto para su descargo y ansi lo proveyo y firmo siendo testigos don jerónimo de guevara acesor el licenciado mendoza ante my Diego martinez escrivano. _____

V En los rreyes a siete dias del dicho mes de diciembre de myll y quinientos y ochenta y quatro años yo el escrivano

1327 //

no notifique el auto desta otra parte contenido como en el sigue al adicho pedro bravo de paredes en su persona el qual dixo

quedandole rrecaudo esta presto a pagar. Testigos francisco Ximenez de bonylla y alonso Ximenez residentes en esta ciudad Diego martinez escrivano._____

1328

E ago a vos el dicho pedro bravo de paredes en cumplimiento del dicho autome dais y pagais los dichos dos myll w quatrozientos pesos de plata en- sayada e marcada de valor cada un peso de quatrozientos y cinquenta maravedis los quales me aveis dado y dais e pagais en ciete barras de plata de diferentes numeros y leyes en que digo y confieso que ay los dichos dos myll e quatrozientos pesos dela dicha plata ensayada los quales recibí de vos el dicho pedro bravo por mano de gaspar antonio de soria en presencia del escrivano desta carta en las quales digo y confieso que ay los dichos dos myll y quatrozientos pesos dela dicha plata ensayada y en rrazon dela quenta y peso que de presente no se haze rrenunciacion en el dicho nombre la execusion de la cosa no pesada ni contada y leyes que sobrella gastan como en lla se contiene y doy por libre y quito dellos a vos el dicho pedro bravo de paredes y abuestros bienes y obligo a my parte que agora ni en tiempo alguno no los pediran ni demandaran cosa alguna en rrazon dello lo contrario haziendo sean desechados de juycio para lo qual si aver firme obligo las personas e bienes asy obligados avidos e por aver con poder a las justicias que a ellos le conpelan y rrenunciaciones de leyes dela general y derechos della e yo Diego martinez escrivano de su magestad publico del numero desta ciudad doy fee dela entrega delas dichas barras y quel dicho juan de la hoz en dicho nonbro las rrecivio y le vio en su poder y confeso en ellas aver la dicha cantidad fecha la carta en la ciudad delos rreyes a honze dias del mes de dizienbre

1328 /

de myll e quinientos y ochenta y quatro años y el otorgante que yo doy fue que conosco lo firmo de su nonbre siendo presentes por testigos francisco Ximenez de bonylla y alonso Ximenez y pedro matute rresidentes en esta ciudad entierense en loi dicho // diz // digo saber fecha de nacimientos delos dichos // como por / vala e mando diz / comi / ta / o / a / se / b / vala / sobrrayado / muy vala / sobre borrado diz / bide / a / vala / tastado // do diz / yo / en el / por la persona y personas / hize que / del mando / no vala todo / no vala.

**Ante mi Juan de la hoz
Gomez de baeza (firma)
Escrivano publico
(Firma y rubrica)**

PROTOCOLO**(S. XVII)****P. 468. FERNANDEZ DE LA CRUZ 1648 -****TUTELA Y CURATELA CON OTROS ACTOS JURÍDICOS****Sello pequeño (cruz) 1776****Un real****Sello con corona****de España SELLO TERCERO UN REAL, AÑOS
(grande) DE MIL Y SEISCIENTOS Y QUARENTA Y SEIS. Y QUARENTA Y SIETE.****Sello: "Para Perú"****1648-649****Testamento****Alonzo de Orellana**

En el nombre de Dios todo poderoso amen, sepan quantos esta carta vieren comoyo Alonso martin de orellana morador en esta ciudad de los Reyes del piru y natural de la villa depela en la Provincia de estremadura de los reynos de españa en el poblado de Plasencia hixo lexittimo de lucas Martin de orellana y de diana hernandez hiadiano mis padres diffuntos stando enffermo en la cama y en mi juicio memoria y entendimiento natural tal qual Dios nuestro señor fue servido de darme creyendo como firme y

berdaderamente creo el misterio de la ssantissima trinidad padre hijo y espiritu santo tres personas y un solo dios verdadero y todo lo demas que tiene ore y confiesa santa Madre Iglessia de roma en cuya crehencia e vivido y protesto vivir y morir teniendo como tenga por mi yntercesora y abogada la santissima Virgen Maria Madre de Dios, señora nuestra para que con los demas santos y santas de la cortte de cielo ruegue a su preciosissimo hijo mi señor Cristo me perdone mis pecados y encamine mi anima por carrera de salvacion hago y ordeno mi testamento ultima y postrimeria voluntad de manera siguiente.

Primeramente encomiendo mi Alma a Dios Nuestro Señor y redemio con su preciosa Sangre y mando el cuerpo a tierra/

P. 468. Fernandez de la Cruz. 1648 - B.

1776 /

de que fue formado el qual quiero y es mi voluntad que siendo Dios nuestro servido de mi llevar desta vida sea sepultado en el convento de Santo Domingo de esta ciudad en la bobeda de nuestra señora del rosario en cuya hermandad e sido y soy beinte y quatro con el compañamiento que a mis albaceas paresciere y de lo que se deviese se pague la limosna de mis bienes._____

Yten mando que el dia de mi entierro si fuere Ora y si no el siguiente se me diga una missa Cantada de cuerpo presente offendada de Pan y Bino cera como es costunbre y se pague la Limosna de is bienes._____

Iten mando que despues de mi fallecimiento se digan por alma tres missas rezadas con la mayor brevedasd que se pudiere y en las partes y por los sacerdotes que a mis albaceas pareciere y se pague la limosna de mis bienes._____

Yten mando de limosna la coffradia de nuestra señora del rosario de donde soy beinte y quatro cien pesos de a ocho reales._____

Yten mando de limosna al ospittal de san lazaro Cinquenta pesos de a ocho reales._____

Yten mando de limosna al ospittal de los niños huérfanos para ayudar a su crianza quarenta pesos de a ocho reales._____

Yten mando de limosnas para redimir niños captivos en Berveria quarenta pesos de a ocho reales.

Yten mando de limosna al ospittal de san Andres con quarenta pesos de a ocho reales._____

1777

Yten mando de limosna al ospital de santa ana cinquenta pesos de a ocho reales._____

Yten mando de limosnas a los santos lugares de Jerusalem donde dios Cristo logro la rredencion del mundo cinquenta pesos de ocho reales._____

Yten mando de limosna a la coffradia del santto Nonbre de Jesus contra los juramentos beinte pesos de a ocho reales._____

Yten mando de limosna a la coffadia del santto crierfeso de Burgos en el convento de san agustin cinquenta pesos de a ocho reales._____

Yten mando que quenta parte de los bienes y Haciendas que tengo y de que puedo disponer conforme a derecho montar el mas de lo que gastare en mi funeral y entierro y mandan que deyo y dejare dispuesta mi voluntad que todo lo que mas mentare el quinto lo distribuyan mis albaceas en obras pias por mi alma y descargo de mi conciencia según y como les pareciere._____

Yten mando a las mandas forcosas y acostumbradas cinquenta pesos a todas ellas con que las aparto de mis bienes._____

// Yten declaro que yo soy casado y belado según orden de la santa Madre Iglesia con doña gertrudis godinez y quando se efectuó el otro casamiento recibí en dote la cantidad de pesos que constara por la escritura que dello otorgue ante Juan de Balenzuela escribano publico menos un mil pesos de a ocho reales que se me dejaron de entregar como lo tiene declarado doña Beatriz godinez madre de la otra mi mujer ante Diego Xaramillo escribano

1777 /

publico declarolo así para que conste.

Yten declaro que durante el otro matrimonio entre mi// y la otra doña gertrudis godinez mi mujer emos tenido y tenemos por nuestros hijos legitimos dos barones nonbrados nicolas que sera al presente cinco años alonso de quatro años y medio declarolos por mis hijos legitimos._____

Yten declaro que algunos dias despues que tubo efecto el otro matrimonio entre mi y la otra mi mujer hice capital de los bienes y haciendo que yo tenia quando me casé ante Martin Deschandiano escribano publico y todo quanto en las escrituras que dello otorgue se contiene es cierto y verdadero porque lo tenia con efecto que así lo declaro para que conste en todo tiempo._____

// Yten declaro que según parece esta al presente la otra doña gertrudis godinez mi mujer preñada declaro por mi hijo o hijos legitimos el postumo o postumos quantos fuere servido de hayar luz del dicho preñado.

Yten declaro que no devo ninguna cantidad de pesos Por escritura ni en otra manera excepto lo que conforme a los ynstrumentos que estan ante el presente escribano deviere yo pagar

acavida que sea la obra de nuestra señora de las cavecas de que tambien ay otra escritura ante Diego Xaramillo la qual otra obra an hecho y hacen Juan de garcia escultor y Pedro barrientos dorador a los quales tengo pagado enteramente las cantidades en que se concertto en sus principios la otra obra y por aver sido condicion que las demasias que ubiesse de la primera obligacion que otorgaron se las avia de pagar conforme la tasacion que dellas hiciessen las personas que refieren las escrituras que declaro que estan tasados/

1778

las otras demasias por el Padre fecha y y Juan garcia del orden de Santo Domingo y el Padre laciado, obrero mayor de la Compañía a quien todos nonbramos para ello y las demasias que tocaren al otro Juan de garcia estan tasados en dos mil quinientos pesos y las tocantes al otro Pedro barrientos en un mil y trescientos y por quentta desto tengo dadas a los ssusso otros diferentes cantidades de pesos de que ay recibos suyos entre mis papeles mando que acavada la otra obra se les pague lo que se les deviere._____

Yten mando que luego que yo falleciera se entreguen al Padre Maestro ffray hernando de Balverde de la orden de San Agustin mi confesor dos mil pesos de a ocho reales para que su paternidad haga dellos lo que tengo comunicado sin que ninguna justicia ni Prelado le pida quenta de la distribucion que hiciere porque asi es mi voluntad y los bienes que tengo son los siguientes._____

Una chacara nonbrada Concon en el balle de carabayllo que compre del licenciado Diego de Cabrera como albacea y tenedor de bienes del licenciado Pedro de otasla de cuyo precio no devo cosa alguna y tiene de zensso la cantidad que pareciera por los titulos cuyos corridos tengo

1778 /

pagados hasta el ultimo tercio.

& otra chacara que esta junta con antezedente del mismo nombre que compre por bienes de Juan guerrero en remate publico hecho por mandato por los oidores desta real audiencia que tambien tiene el centro que parecera por los titulos y desde que la compre no sea cumplido ningun tercio de los redditos. _____

Yten otra chacara que esta junta con las antezedentes nombrada collique que la compre de los herederos de Miguel fernandez calero en remate mandado hacer por los otros oidores para la particion entre los otros herederos que tambien tiene el censso que parecera de los titulos y tengo pagados los corridos hasta el ultimo tercio. _____

Yten quarenta esclavos uno y dos mas que tengo en las otras tres chacara para el servicio y avio dellos a los quales y de los jurados y a pesos mulas y demas cosas que en las otras chacaras ay le haran ynventario por mis albaceas. _____

Yten las chacarass de mi morada en el barrio de malambo en la calle que ba del otro barrio a la iglessia de Nuestra Señora de las cabezas. _____

Itten el tryo que ay en las otras tres chacaras que esta en las parbas para bentas en que obra dos mil y seiscientas fanegas antes mas que menos. _____

Yten quatrocientas fanegas de maiz poco mas o menos que estan en grano y mazorca en las trozes de la otra chacara. _____

1779

Yten la cosecha de trigo maiz y frijoles que esta hecha y avandose de hacer en la otra chacara y para este presente año._____

Yten todo el trigo que ubiere y esta por abentar en las parcias dela chacara de Juan guerrero que la tiene arrendada a francisco lorenzo de amedo en seiscientas fanegas poco más o menos y todo el que ubiere es mio porque lo tengo comprado y pagado por escrituras ante el presentte escrivano y solo debo desto del doscientos pesos a ffrancisco pulido por quenta de lo que ubo de aver ffrancisco Lorenzo de Heredia mando se le paguen y el otro trigo se recoja y beneficie como mio propio y se pague el diezmo que se deviere descontando nobenta fanegas que tengo pagadas a Pedro belazquez diez mero._____

Yten declaro que del trigo de las otras mis tres chacaras sea de pagar el diezmo que se deviene descontando sesenta fanegas que tengo entregado al otro Pedro belazquez a quien e pagado el diezmo de maiz y otras semillas._____

Yten declaro que aunque no se que deva cosa ninguna de los diezmos del año pasado por mas descargo de mi conciencia y si acaso deje de pagar alguna cosa mando seden al otro Pedro belazquez

1779 /

y quarenta fanegas de trigo de las otras mis chacaras.

Yten declaro que tengo en mi casa en el servicio della y de la panaderia diez y seis o diez y siete esclavos de los quales y de los demas bienes muebles y plata labrada manda se haga ynbenitaria._____

Yten declaro que en la tienda de lorenzo ruiz de jaen en la calle de los mercaderes tengo una caja de yerro en ella abra quatro myll

y quinientos pesos en reales poco más o menos y la llave della la tengo en mi poder declarolos por mis bienes._____

Yten declaro que me debe ffrancisco rodriguez seiscientas fanegas de trigo que le tengo pagadas con obligacion de y me las a de entregar en estuviere a los plazos y en la forma que se contiene en la escriptura questa ante el presentte escrivano mando se cobren._____

Yten declaro que deven benito pacheco y su hermano dos mil y doscientos pesos los un mil y cinco por escriptura ante diego xaramillo cuyo plazo se cumplio a ffin de marco de seiscientos y quarenta y siete y los otros un mil y cien pesos por escriptura ante el presente escrivano que el plazo dellas se cumplio a fin de marzo deste año mando se cobren.

Yten declaro que me deven Juan Bernal de Pineda como principal y Juan solano de Herrera su fiador siete mil y quinientos y sesenta pesos por escriptura ante el presente escrivano y aunque el plazo se cumplio a fin de abril desde año no sean de cobrar hasta fin de abril/

1780

de seiscientos y quarenta y nueve por avermelo rogado assi los suso otros y averles dado yo palabra dello y asi lo pido a mis albaceas._____

Yten declaro que me diven (sic.) Marcos del campo y francisco nuñez y Diego gonzalez terrones un mil y cien pesos de a ocho reales por escriptura ante el presente escrivano los cuales aunque es cumplido el placo mando no se cobren hasta fin de Abril del año que biene de seiscientos y quarenta y nueve por avermelo pedido a si el otro Diego gonzalez terrones._____

Yten declaro que me debe simon perez de arauz Un mil y cien pesos de a ocho por escriptura de plazo cumplido ante Diego Xaranillo._____

Yten declaro que me debe D. Joseph delgadillo sotomayor rexidor de sta ciudad tres mil y trescientos pesos por escrituras ante Diego Xaramillo cuyos plazos son cumplidos y sin embargo o por aver dado palabra dello a suso otro no se an de cobrar hasta el mes de Marzo del año que viene de seiscientos y quarenta y nueve y las otras escrituras se otorgaron abra cinco años poco mas o menos. _____

Yten declaro que me dese Roncalo garcia Maestro herrero junto a san agustin ciento beinte pesos por escritura de plazo cumplido ante diego de Xaramillo escrivano publico. _____

1780 /

Yten declaro que me debe Gaspar Rodriguez dos mil ochocientos pesos por escritura ante el presente escrivano cuyo placo se cumple para navidad deste año. _____

Yten declaro que me debe Angel sanchez de arebalo un mil setecientos pesos por escritura ante el presente escrivano cuyo placo se cumplira a fin de Diciembre desde año. _____

Yten declaro que me debe Bartolome Rodriguez adame trescientos y quince pesos de nobenta fanegas de trigo que le trajo ffrancisco de mena por mi quentta de la chacara de Juan de guerrero a tres pesos y medio fanega de que no ay escritura.

Yten declaro que Juan Baptista de cabrera me debe un mil y cien pesos por escritura ante Diego de Xaramillo y a otros seiscienttos quarenta y ocho por escritura ante el presentte escrigvano y otros cien pesos que le di en reales y otros ciento a una negra melochura por su orden y por quentta de todo me a dado diferentes cantidades que constaran de mi libro y me esta deviendo lo que por el parecera ajustada la quentta mando se cobren. _____

Yten declaro que me deven Phelipe de malpartida y alonso montero su hierno dos mil y ciento beintte y cuatro pesos por

escritura ante el presente escrivano cuyo placo esta cumplido
mando se cobren. _____

1781

Yten declaro que me debe ffrancisco Martin lemos mercader que
esta en las provincias de arriva un mil quatrocientos y cincuenta y
seis pesos por escritura ante el presente escrivano mando se
cobren por cumplido el plazo. _____

Yten declaro que me deven Diego garcia y juan de turgoyen
alcayde del Sancto Officio ciento y cinquenta pesos de a ocho
reales por escritura de plazo cumplido ante Miguel lopez barela
mando se cobren menos veinte y cinco pesos que e recibido por
esta quenta. _____

Yten declaro que me debe Don Rodrigo de la cabrera tres mil
seiscientos y beinte y siete pesos de a ocho reales por escritura de
placo cumplido y mas todo lo que montare el Pan y leñas que e
dado y boy dando para su obraje conforme otra escritura que
ambas pasan ante el presente escrivano. _____

Yten declaro que me debe el Contt. Bartolome abetes de Ulloa
un mil quinientos y seis pesos y cinco reales por escritura ante el
presentte escrivano y mas lo que montase el pan e dado y doy para
su casa y obraje mando se cobre lo uno y lo otro. _____

Yten declaro que los otros Phelipe de malpartida y Alonso
montero me deven otros un mil y cien pesos por otra escritura ante
el presente escrivano = y para en quenta mantienen pagados un mil
pesos de a ocho reales que en virtud de mi cobranza pagaron
licenciado Pedro diaz de atienza
presentado. _____

Yten declaro que debe luis de noguera mayordomo del obraje de
Bartholome astete de ulloa ciento y diez pesos de resto de
escritura de mayor quantia otorgados ante Diego
Xaramillo. _____

1781 /

Yten declaro benito pacheco me devia trescientos y treinta pesos por escritura ante el presente escrivano y me los a pagado declarandolo ansi por si acaso la escrituranoestubierechancelada._____

Yten declaro que Juan del corral se obligo se me pagar un mil doscientos y doce paesos por escritura ante el presente escrivano o la cantidad que della parecera a dos placos de por mitad declaro que me a pagado el primer placo y debe el segundo mando se cobre lo que fuere._____

Yten declaro que me deven el licenciado Juan picon por su heredero francisco picon y Jacinto picon hermanos un mil ciento y ochenta pesos por escritura ante Diego de Xaramillo mando se cobren = y esta cantida es demas de los pesos porque esta opuesto en el juzgado eclesiastico en el pleito de acrehedores a los bienes del otro Juan picon y lo que cobrare en el otro pleito de acrehedores se a de ajustar con el dicho Juan picon conforme mi libro y el suyo presente esta la claridad de todo._____

Yten declaro que me debe Don Pedro cavallero de tejada dos mil ciento y setenta pesos por escritura antte Diego de Xaramillo mando se cobren y que la cobranza se haga para ffines de Marzo del años que viene de seiscientos y quarenta y nueve porque asi es mi voluntad._____

Yten declaro que me deve Juan de gostañaga un mil y cien pessos por escritura a plazo cumplido ante Diego Xaramillo mando se cobren._____

Iten declaro que me deven Benito de Sanabria y Juan de peralta tres mil y trescientos pesos/

1782

por escritura ante Diego Xaramillo mando se cobren.

Yten delcaro que leandro de Ybarra carpintero como principal y francisco lopes meytisi como su fiador me son deudores de un mil y cien pesos de placo cumplido y por aber quedado el principal y muerto el doador quise ejecutar a sus bienes y francisco sottelo su hierno se obliigo a la paga della no en llano y estan las escrituras ante el presente escrivano._____

yten declaro que Juan sanchez de leon rexidor desta ciudad esta obligado de me pagar seis mil doscientos y treinta y cinco pesos por escritura de plazo cumplido ante el presente escrivano y otros cien pesos que le de despues en reales para yr a Cañete y por quentta de ttodo me a dado la cantidad que parecera por la carta de pago que le otorgue ante el presente escrivano mando se cobre la demas._____

Yten declaro que me debe el otro Miguel sanchez de arevalo otros un mil ochocientos y settenta y cinco pesos por otra escritura de plazo cumplido ante Diego Xaramillo._____

Yten declaro que de algun tiempo a esta parte, e dado y doy el pan blanco necesario para el sustento de religiosos del colessio de san Ildefonso de la orden de San Agustin desta ciudad y abra un año y un mes que me ajuste con el Padre Maestro fray Miguel de Vitarte/

1782 /

Rector del otro colessio y con los Padres depossitarios del y como parecera del otro ajustamento que esta entre mis papeles se me quedaron deviendo hasta el dia en el contenido la cantidad que por el pareciera y para en quentta della me entrgaron algunos pesos que recibio al dicho Padre Rector de manera que dela cantidad del otro ajustamento se me dieren dos mil ochocientos y cinquenta y

ocho pesos y desde entonces hasta oy e continuado en dar el dicho Pan y en ffin de cada mes me a dado el dicho Padre Rector bale de lo que an monttado y todo esta entre mis papeles y de mas dello e dado en reales prestados ochocientos pesos para el gasto del dicho colessio en quatro partidas de que el dicho Padre Rector me ha dado otros quatro bales mando se ajuste la quenta y se cobre lo que se deviere. _____

Yten declaro que abra quatro años que siendo Prior del convento de San Agustin desta ciudad el Padre Maestro fray Juan de rivera presente para el dicho Convento quatro mil y quatro cientos pesos de que se hico escriptura en mi favor ante Diego Xaramillo y fu fiador francisco de mena el qual lasto por el dicho convento la otra cantidad y me la pago declarolo asi para que la cobre como suya propia que para ello si es necesario le doy lasto en fforma. _____

Yten declaro que francisco gomez de la strella me debe por escriptura ante Bernardo/

1783

taboada un mil ciento y beinte y cinco pesos de a ocho reales mando se cobren del susso dicho por ser cumplido el plazo. _____

Y para cumplir y pagar mi testamento y los mando y legados en el contenidasde yo y nombro// por mis albaceas al muy reverendo Padre Maestro ffray hernando de balberde de la orden de san agustin y a la otra doña gertrudis godinez mi mujer o ambos junttos y a cada uno y qualquiera dellos dos de por ssi yn solidum y les doy poder de Albaceazgo según y como por derecho esta concedido y quan bastante se le pudo dar para que ussando del dicho Albaceazgo Recojan Recivan y Cobren mis bienes y hazienda y los bendan en almoneda o ffuera della como les pareciere = y nombro por tenedora de los otros mis bienes a la dicha Doña Gertrudis godinez mi mujer. _____

Y cumplido y pagado este mi testamento y los// mandas y legados del en el Remanente que quedarede todos mis bienes deudas derechos y acciones deyo y nombro por mis herederos a los dichos Nicolas y Alonso y al postumo o postumos que al presente tiene la otra mi mujer en el biente para que saliendo a luz ayan y hereden todos los dichos mis bienes derechos y acciones los otros mis hijos

1783 /

por yguales partes tantto el uno como el otro con la bendicion de Dios y la mia. _____

// Y deyo y nombro a la dicha doña Gertrudis godinez mi mujer por tutora y curadora de los dichos nuestros hijos nacidos y que nacieron del dicho preñado = y por la experienciaque tengo de su talento y del año y cristiandad con que los a sido y cria la relevo de fiancas y no quiero que los de porque esta parte e mirado lo que mas a los dichos nuestros hijos les conbiene en el nombramiento dela otra tutela y curaduría// y reboco y anulo y doy por ningunos y de ningun balor efecto otros testamentos mandas codicilos poderes para testar y otras ultimas disposiciones que aya ffecho antes de ahora por escripto, de palabra o en otra manera para que no balgan ni hagan ffe en juicio ni ffuera de salbo testamento que quiero que balga por tal y por ultima boluntad en aquellavia y forma que mas convenga y aya lugar en derecho en testamento de lo cual lo otorgo en esta otra ciudad de los reyes en el barrio de san lazaro y casas de mi morada en veinte y dos dias del mes de jullio de mil y seiscientos y quarenta y ocho años y lo firmo el otorgante que yo el presente escrivano doy ffe conosco siendo testigos llamados y rogados el bachiller Joseph garcia de paredes, presvitero entonces de santillan y Manuel Matela thomas de santillan y gaspar de morales =

Testado = Manuel = pesos =.

**Alonso de orellana Ante mi = Dio nombramiento
y la probeyo.**

FIRMA Fernandez de la cruz

Escrivano publico

FIRMA Y RUBRICA

Sello con la corona Sello en cruz 1784

De España "Un real"

**"SELLO TERCERO, UN REAL, AÑOS
DE MIL Y SEISCIENTOS Y QUAREN-
TA Y SEIS Y QUARENTA Y SIETE".**

Sello:"Para Perú.

1648 - 649

Codicilo

De

Alonso de orellana

En la ciudad de los reyes en veinte y dos dias del mes de jullio de mil y seiscienttos y quarenta y ocho años ante mi el escrivano y testigos parecio Alonso Martin de orellana a quien doy ffe conosco y dixo que por quanto y dicho dia otorgo ante mi su testamento y ultima boluntad ahora por una de codicilo y en aquella que mas conbenga declara y manda lo siguiente: Iten declara que de sus chacaras con su rrequa o hechado y hecha leña en casa de don Antonio meoño cavallero del orden de Santiago y en su obraje de que a dado y esta entre sus papeles los bales por donde constara la cantidad y esta concertada cada carga y quatro reales medio manda se ajuste la quenta se cobre lo que deviere._____

Yten declara que tambien a dado y da cantidad de leña a gaspar perez de ciraco para su obraje y de la que le a entregado tiene bales entre sus papeles manda se ajuste la quenta y se cobre lo que montare a razon de cinco reales y carga que esa como esta concertado._____

Yten declara que presto a Bartholome millan de porras la cantidad que constara por escritura, ante mi para yrse la pagando conforme a ella y hasta ahora a cumplido con puntualidad por lo qual manda

se cobre lo que deviere o según esta obligado como pareciere a sus albaceas. _____

Yten declara que le debe Antonio de balencia las cantidades que constara por dos escrituras

1784/

ante mi y por cuenta dellas a ydo pagando un patacon cada dia manda que restare deviendo se cobre todo junto, o conforme a su obligación como parecido a sus albaceas. _____

Yten declara que presto al alferez Cristoval de la barreda cien pesos que por su escriprura ante mi se obligo de pagar quatro reales cada dia manda se cobre lo que restare deviendo conforme esta obligado a todo junto como pareciere a sus albaceas. _____

Yten manda que todo lo demas que pareciere dever se de por escrituras o en otra qualquier manera se cobre de los deudores que desde luego lo declara por sus bienes. _____

Yten declara que francisco lorenzo de arnedo tomo çinco fanegas de trigo del que el otorgante compro de la chacara de juan guerrero manda se cobren del ciento y cinquenta pesos de a ocho Reales a razon de tres pesos fanega que es a como le costo. _____

Y con lo qual ordena y manda se guarde cumpla execute lo contenido en el otro su testamento y lo otorgo y firmo siengo diego gonzales terrones Benito pacheco y Gaspar de morales =

Alonso de orellana.
Firma

Ante mí = Doy fe real y que las cumplan
 Fernandez de la cruz
 Escrivano publico.
 Firma y rubrica.

1792

**Sello grande Sello pequeño (cruz)
 (corona de España) Un real
 SELLO TERCERO, UN REAL, AÑOS
 DE MIL Y SEISCIENTOS Y QUARENTA-
 TA Y SEIS Y QUARENTA Y SIETE.**

Sello: Para Perú

1648 - 49

Codicilo

Martin de Orellana

En la Ciudad de los Reyes en veinte y tres dias del mes de jullio de mill y seiscientos quarenta y ocho ante mí El escrivano ante mí parecio Alonso Martin de Orellana a quien doy fe conosco y dixo que ayer veinte y dos deste mes hizo y otorgo ante mí su testamento y un codicilo y demas de lo en ellos contenido, ahora por una de codicilo y en aquella que mas convenga y aya lugar en derecho declara y manda lo siguiente._____

Primeramente declara por sus bienes cantidad de sombreros y hechos en el obraje de piçon los quales estan las casas de su morada y baldran un mill y doscientos persos y asimismo los demas sombreros que fueren trayendo del dicho obraje de todo lo necesario cuya claridad consta de mi libro y el suyo que en ambos esta firmado de nuestros nombres._____

Yten declara que tiene en su casa cantidad de lana que a comprado para el Año del dicho obraje de Juan Garcia de Leon a

quien debe della seiscientos pesos manda se le paguen en sombreros a patacon cada uno por sser así el trato y le paga y entrega de los dichos sombreros que an de ser seiscienttos a de ser acavada de cobrar en el dicho obraje la dicha lana. _____

Yten declara y manda que del remanente del quinto que le ttoca de sus bienes saquen sus albaceas quinientos pesos

1792 /

y haga dellos lo que les deajo comunicado y les encargo sea luego supuesto que supuesto que cobran los otros pesos en quinto. _____

Yten mando se den de mis bienes a Doña Beatriz y Doña Petronila godines monxas en la encarnacion hermanas de Doña Gertrudis mi muger doscientos pesos de a ocho reales a ambas a dos. _____

➤ Con lo qual manda se guarde y cumpla el dicho su testamento y codicilo en lo que no es contrario en lo aquí contenido y lo otorgo y por no poder firmar por la gravedad de su enfermedad lo firmo un testigo a su ruego gaspar morales, Pedro barrientos y Manuel matela. _____

**Gaspar morales
(firma)**

**Ante mi = Doy fe de su real cumplimiento
Antonio fernandez de la cruz.
Escrivano publico.
(firma y rúbrica)**

Sello con la corona Sello en cruz 1794**De España. "Un real"****(Grande)****SELLO TERCERO, UN REAL, AÑOS****Sello: "Para Perú DE MIL Y SEISCIENTOS Y QUARENTA****1648-649****Y SEIS Y QUARENTA Y SIETE.****Tutela y Curaduria****De los menores hijos Alonso de Orellana**

Sean quantos esta carta vieren como yo doña gertrudiz godinez moradora en la ciudad de los reyes del piru biuda muger que fui de alonso Martin de orellana difunto digo que por quanto por clausula de testamento con que murio otorgado ante el presente escrivano en veinte y dos dias de julio pasado deste año de mil y seiscientos y quarenta años hizeme presente ante el capitan don alvaro de los rios y berris alcalde ordinario desta ciudad y por peticion acete la dicha tutela y curadoria y pedi se me discierniase a que proveyo que se pusiese un tanto de las clausulas tocantes a lo rreferido con cabeza y pie del dicho testamento y se elevase para proseyer y aviendose puesto ubo por azetada la dicha tutela y curaduria y mando oficiesse el juramento y obligacion conforme a derecho según parece de la dicha peticion testimonio y autos del tenor siguiente.

Presentacion En la ciudad de los rreyes en nueve dias del mes de jullio de mil seizcientos y quarenta y ocho años ante el capitan don alvaro de los rios y berris alcalde ordinario desta ciudad se aze esta peticion que presentacion contenida._____

Peticion Doña gertrudis godinez biuda muger que fui de alonso Martin de orellana difunto digo como consta del testamento que otorgo ante el presente escrivano dbajo cuya disposicion fallescio quedando hijos lexitimos nombrados nicolas de cinco años

y alonso de mas de quatro y el postumo o postumos que rresultaren del preñado/

1794 /

por averlo quedado del dicho mi marido =y como pareze de una delas clausulas del dicho testamento me nombro por tutora y cuidadora de los dichos nuestros hijos rrelebandome de fianzas y para que yo pueda obrar como tutora y curadora y mostrar personera en quanto se ofrezca por los dichos mis hijos = a vuestra merced pido y suplico que en conformidad de la dicha clausula y que desde luego azeto la dicha tutela y curadora mande se me desciera el cargo sin el juramento de fianzas pues es justicia que pido Doña gertrudis godines.

Decreto Y vista por el dicho alcalde mando que se ponga con esta peticion un tanto de las clausulas tocantes a lo que rrefiere con cabeza y pie del otro testamento y fecho se trayga para proveer ante mi antonio fernandez de la cruz escrivano publico._____

Testamento En cumplimiento de lo qual yo antonio fernandez de la cruz escrivano del rey nuestro señor publico de numero de esta iudad de los rreyes del piru hize sacar y saque un tanto de las clausulas contenidas en el auto de suso que con cabeza y pie del dicho testamento son como se siguen.

Cabeza de Testamento

En el nombre de Dios todo poderoso amen sepan quantos esta carta vienen como yo alonso martin de orellana morador en esta ciudad de los rreyes del piru y natural de navas villar de pela en la provincia de estremadura de los rreynos de españa en el poblado de plasencia hijo lejitimo de Lucas Martin de orellana y de Maria hernandez vadiano mis padres difuntos estando enfermo en

la cama y en mi juicio memoria y entendimiento natural tal qual Dios nuestro señor fue servido de darme creyendo como firme y

=====

1795

berdaderamente creo el misterio de la santissima trinidad padre hijo y espiritu santo tres personas y una solo dios verdadero y en todo lo demas que tiene cree y confiesa nuestra santa madre yglesia de roma en cuya creencia e vivido y protesto vivir y morir teniendo como tengo por mi yntersessora y abogaoa a la santissima birxen Maria madre de dios señora nuestra para que con los demas santos y santas dela corte del cielo ruegue a su pressossissimo hijo nuestro crixto me perdone mis pecados y encamine mi anima por careza de salvacion hago y ordeno mi testamento ultima y postrimera boluntad en la manera siguiente._____

Yten declaro que yo soy cassado y belado según hosden de la santas madre yglesia con doña gertrudis godines y quando se efectuo el dicho cassamiento recibí en dote la cantidad de pessos que constara por escritura que dello otorgue ante juan de balenzuela escrivano publico menos un mill pessos de a ocho reales que se me dexaron de entregar como lo tiene declarado doña beatriz godines madre de la otra mi muxer ante diego xaramillo escrivano publico declarolo assi para que conste._____

Yten declaro que durante el dicho matrimonio entre mi y la otra doña gertrudis godines mi muxer emos tenido y tenemos por nuestros hijos lexitimos dos barones nombrados nicolas que sera al presente de cinco años y alonso de quatro años y medio declarolos por mis hijos lexitimos._____

1795 /

Yten declaro que según paresse desta, al presente la dicha doña gertrudia godines mi muxer es preñada declaro por mi hijo o hijos lexitimos el postumo o postumos que nuestro señor fuere servido resulte dar lus del otro preñado_____

Albaceas Y para cumplir y pagar este mi testamento se a de mandar legados en el contenidas dexo y nombro por mis albaceas al mui reberendo padre maestro fray hernando balberice del orden de san agustin y a la dicha doña gertrudis godines mi muxer a ambos juntos y a cada uno y a qualquiera destos de por sí e yn solidum y le doy poder de albaças gosse según y como por derecho es concedido y quan anbas partes puedo dar para que ussando de dicho albaceasgo recoxan reciban y cobren mis bienes y hacienda y los bendan en almoneda o fuera della como les pareciere y nombro por tenedora de los dichos mis bienes a la dicha doña gertrudis godines mi muxer.

Herederos Y cumplido y pagado este mi testamento y las mandas y legados de en el remaniente que quedare de todo mis bienes deudas e derechos y acciones dexo y nombro por mis herederos a los dichos nicolas y alonso y al postumo o postumos que el pressente tiene la otra mi muxer en el biente para que saliendo a lus ayan y hereden todos los dichos mis bienes hijos por yguales partes tanto uno como el otro con la bendicion de dios y la mia._____

**Clausula en
la que nombra
a su muxer
por tutora de
sus hijos.**

Y dexo y nombro a la otra doña gertrudis godines mi muxer por tutora y curadora de los dichos nuestros hijos nacidos y que nacieron del dicho preñado = y por la esperiencia que tengo de su talento y del amor y cristiano

1796

con que los a criado y cria la rrelebo de fianzas y no quiero que la de porque en esta parte e mirado lo que mas a los dichos nuestros

hijos les conbiene en el nombramiento de la dicha tutela y curaduría._____

Pide testamento.

Y reboco y anulo y doy por ningunos y de ningun balor y efectos otros testamentos mandas codicilos poderes para testar y otras ultimas disposicones que aya fecho antes de ahora por escrito o de palabra o en otra manera para que no balgan ni hagan fe en juicio ni fuere del salbo este testamento que quiero que balga por tal y por mi ultima boluntad en aquella via y forma que mas conbenga y aya lugar en derecho en testimonio de lo qual lo otrorgue en esta dicha ciudad delos rreyes en el barrio de san lazaro y cassas de mi morada en beynte y dos dias del mes de jullio de mill y seiscientos y noventa y ocho años y lo firmo el otorgante de quien yo el pressente escrivano doy fe conosco siendo testigos llamados y rrogados el bachiller Joseph de garcia de paredes presbitero Antonio de santillan y Manuel matela tomas de santillan y gaspar de morales alonso martin de orellana ante mi antonio fernandes de la crus escrivano publico._____

Según consta y pairesse del dicho testamento que queda en mi poder y registro a que me rrefiero y para que conste en birtud dello mando por el dicho alcalde dice pressente en los reyes en treynta dias del mes de jullio de mill y seiscientos y quarenta y ocho años testigos melchor de la crus y nicolas del plano el mozo y testimonio de antonio fernandes de la cruz escrivano publico._____

fedemte Yo antonio fernandes de la crus escrivano del rey nuestro señor publico de numero

1796 /

desta ciudad de lo reyes del piru testifico y doy

fe que oy sabado beynte y çinco de jullio de mill seiscientos y quarenta y ocho años como a las nueve oras de la mañana poco mas o menos bi muerto naturalmente a lo que parecia a alonso martin

de orellana a quien doy fe que conosco y reconossi y trate en vida el qual estaba en la quadra dela cassa de su morada en el barrio de san lazaro amortaxado con el abito de san francisco y en las andas de la tercera orden para llebarle a enterrar y para que dello conste el pedimento de doña gertrudis godines su muxer di el pressente en el otro aca mil y año dichos testigos juan sanchez de con y ella piden bartolome deltazaña rexidor desta ciudad y en fe dello fisse mi signo en testimonio de verdad antonio fernades de la crus escrivano publico._____

Según consta y paresce del dicho testamento que queda en mi poder y rexistir a que me rrefiero y bertud dello mandado el alcalde di el pressente en los rreyes en cinco dias del mes de agosto de mill y seiscientos y quarenta y ocho años y testigos gaspar de morales y melchor de la crus y en fe dello lo signe en testimonio en verdad antonio fernandes de la crus escrivano publico._____

Auto En la ciudad de los negros en cinco dias del mes de agosto de mil y seiscientos y quarenta y ocho años el capitan don albaro de los rrios y berriz alcalde ordinario de esta ciudad por su magestad = abiendo bisto la clausula del testamento de alonso martin de orellana y la fe de su muerte y lo pedido por doña gertrudis godines su muxer en rrazon de que en conformidad dela boluntad del dicho difunto se le disiernan el cargo de tutoria y curadora de sus hijos sin fianzas ningunas y la acetasion que tiene fecha en su pedimento = dixo que la avia y ubo açetada la otra tutela y en

1797

y en curaduria en que el dicho alonso martin de orellana nombro a la dicha su muxer de los dichos sus hijos nombrados nicolas de cinco años y alonso de mas de quatro y del postumo o postumos que la suso dicha tiene en el biente por aber quedado preñada y mando que la suso dicha hagase juramento y obligacion que debe hacer y fecho se trayga para disernirle el cargo y assi lo probeyo conpaesser el doctor don nicolas flores asesor don albaro de los

rrios y berriz ante mi antonio fernandes de la crus escrivano publico._____

Prosigue En cuya conformidad y dela acetacion que tengo fecha de la tutela y curaduria de los dichos nicolas y alonsso mis hijos y del dicho alonsso Martin de orellana mi marido difunto y del postumo o postumos de que quedo y estoy preñada = juro por dios Nuestro Señor y por una señal de crus en forma de derecho de ussar bien y fielmente el dicho oficio y cargo de tutora y curadora de los dichos mis hijos a mi leal saber y entender recoxiendo los bienes que tienen y tubieren y les pertenecieren haciendo ymbentario dellos sacandolos y cobrandolos de poder delas personas donde les tubieren en rrazon dello qual y su administracion y gasto tendre libros quenta y rrazon para darla con pago cierto real y berdaderas quien como y quando y en la parte y lugar que se me pida y la deba dar = y sseguir los pleytos y caussas de los dichos menores tomando donde y quando fuere menester conssexo y paesser de letrado y personas de siencia y consiencia que me puedan dar de manera que por mi descuydo o culpa o negligencia no reciban daño los dichos menores y si alguno sirbierenselo

1797 /

pagar e luego que conste llanamente y si pleyto con las costas della cobranssa de mas delo qual pagare le alcansse o alcansses que se me dicieren en las rentas que diere el todo lo que fuere a mi cargo y entrare en mi poder tocante a los dichos mis hijos y hare la paga luego que se mande guardar dicho termino plazo para cuyo cumplimiento y paga obligo mi persona y bienes abidos y por aber y doy poder cumplido a las justicias y juesses de su magestad de qualesquier parte que ssean y en especial las desta dicha ciudad a cuyo fuero y jurisdicion me someto y rrenuncio el mio propio domiçilio y becindad y el pribilexio del y la ley que disse que el actor debe seguir el fuero del reo para que a lo que dicho se me

compelan y apremien como por sentencia difinitiva de juez competente passada en cossa jugada y rrenuncio a todas las leyes fueros y derechos de mi fabor y lo general que lo prohíbe en testimonio delo qual otorgo la presente carta que le fecha en esta otra ciudad delos rreyes del piru en ocho días del mes de agosto de mil y seiscientos = y quarenta y ocho años y lo firmo la otorgante a la qual yo el escrivano doy fe que que conosco siendo testigos dello alonso R. Presbitero y lorenzo del cerro y antonio de lizarraga presentes y doña gertrudis godines donde mi antonio fernandes de la cruz escribano publico.

**Godines {Ante mi = Doy fe real
(firma) Antonio Fernandez de la cruz
Escrivano publico**

Decernimiento.En la ciudad de los rreyes en ocho días del mes de agosto de mil y seiscientos quarenta y ocho años el capitán don alvaro de los rrios y verris alcalde ordinario desta ciudad por su magestad aviendo virtud y aceptacionjuramento y obligacion que a fecho la otra doña xertrudis godines biuda del otro alonso martin de orellana.//

1798

para la tutela y la curaduria de nicolas y alonso sus hijos menores del otro su marido y del postumo o postumos que pariere = Dyo que atento destar rrelevada de fiansas por el nombramiento que en ella hiso el dicho su marido como parese de la clausula ynsertta le encarga y le encargo la dicha tutela y curaduria de os dichos menores le disierna y diciernio el cargo de tutoria y curadora y le dava y le dio poder bastante el que derecho se rrequiere y es necessario para que judicial o extrajudicialmente pida demande rreciva y cobre en juicio o fuera de todas y cualesquier perssonas que ssean y de sus bienes albaceas o herederos caxas rreales y de difuntos justicias depositarios y de con derecho de ya todas las cantidades de pessos de oro plata rreales

barras joyas esclavos esclavas mercaderias de castilla de tierra y otros qualesquier vienes y cosas que pertenescan a los dichos menores y en qualesquiera manera los ayan de aver y cobrar por herencia del dicho su padre y por otra qualesquier caussa o rrazon que sea en virtud de escripturas de obligaciones bentas secciones lastos libransas y con otros recados o sin ellos y todo lo ponga por ymbentarios quenta y rrazon y de su rrecibo y otorgue cartas de pago finiquito lasto y chancelacion y los demas ynstrumentos que conbenga con rrenunciacion de la ecepcion de los dos años y leyes de lo non numerata pecunia prueba del entrego y demas deste casso en lo que pareciere ante escrivano que dello de fe y assi en rrasson de la cobranssa de todo lo rreferido y parte dello como generalmente en qualesquier pleitos caussas y negocios civiles y criminales eclesiasticos y seglares que los dichos menores tienen al presente y tubieren de aquí en adelante con qualesquier perssonas y sus bienes y los tales contra ellos y los suyos demandando y defendiendo con que no salga ni rresponda demanda nueva que se ponga sin que primero se notifique en perssona conforme a deecho que da parecer y paresca ante las justicias y jueces de su magestad y eclesiasticas de qualesquier partes que ssean que con derecho desaganse ellas y quier dellas haga ponga y presente

V //

1798 /

demandas pedimentos rrequerimientos juramentos consentimientos citaciones protestaciones entregas excusiones querellas acussaciones prisiones y solturas embargos y desembargos bentas transses rremates de vienes pida y tome possession y amparo dellos y terminos de prueba y los renuncie y se vuelva pedir de nuevo presente testigos y recados que saque de quien los tenga abone tache y contra-diga rrecuse jues y autos y procure apele y suplique y siga las apelaciones y suplicasiones por todas ynstancias alli donde conbenga saque cartas y propovisiones

rreales y de sençuras hasta anatema y las jure y haga leer yntimar y notificar pida y saque y pressente lo que en birtud dellas se declare y ultimamente haga todo quanto conbenga judicial y extrajudicialmente hasta que las dichas cobranzas tengan efecto y los pleitos se fenescan y acaven siempre que sean menester y le paresca pida por los dichos menores beneficio denestitucion yn yntegrum en los cassos que conbenga y pueda dar poder las veces que fuere menester a otras personas para qualesquier pleitos y cobranzas de los dichos menores rrelevando a los podatarios de costas y con facultad de sostituir en todo lugar y partte para lo qual le da el poder que conforme a derecho pueda darle judicialmente y para todo lo demas aquí contenido y lo firmo testigos martin de ochandiano y juan de espinossa escrivanos publicos ==

Ante mi
Antonio Fernandez de la cruz
Escribano publico
Firma y rubrica.

1799

Inventario de bienes de Alonso Martin de orellana en veinte y nueve dias del mes de jullio de mil y seiscientos y quarenta años ante el capitan don Alvaro de los rrios y verris alcalde hordinario desta ciudad por su magestad se leyo esta peticion. ===

Doña jertrudis godines viuda mujer que fue de Alonso Martin de orellana diffunto, digo, que como pareze del testamento con que murio, otorgado ante el presente escrivano me dejo nombrada por su albacea y tenedora de bienes tutora y curadora de nuestros hijos y para que ttodo tiempo conste delos bienes que dejo y yo pueda dar con toda justificacion quenta dellos. =====

A Vuestra Merced pido y suplico me conceda licencia para hacer ynbenttario e almoneda de los dichos bienes y oido Justicia.

**Doña gertrudis
Godines**

E Vista por el dicho alcalde == Dixo que concedia y concedio licencia a la dicha Doña Xertrudis godines para que pueda hacer y haga Ynbentario y almoneda de los vienes que quedaron por fin y muerte del dicho su marido por antemi el escrivano y otro rreal a quien da comission para ello y lo firmo. ===

**Ante mi
Antonio fernandez de la cruz
Escribano publico.
(Firma y rúbrica)**

P. 468. Fernandez de la Cruz. 1648 - B.

1799 /

Ymbentario Estando en el valle de caravaillo jurisdission de la ciudad de los rreyes en las chacaras que quedaron por fin y muerte de alonso martin de orellana diffunto nombradas concon las dos dellas y la otra collique que todas estan juntas. == En nueve dias del mes de agosto de mill y seiscientos y quarenta y ocho años ante mi el escrivano y testigos paresçio Diego gonzales terrones a quien doi fe conosco y en bos y en nombre de doña Xertrudis godines biuda del dicho alonso martin de orellana y su albacea y tenedora de vienes y en birtud de su poder otorgado ante mi en la dicha ciudad de los rreyes a diez y ocho deste presente mes y año que es del mill y seiscientos y quarenta y siete.

Poder Sepan quantos esta carta vienen como yo doña Xertrudis godines biuda muger que fue de alonso martin de orellana diffunto

y su albacea y tenedora de vienes nombrada por tal en el testamento con que murio otorgado en esta ciudad en veinte y dos de jullio passado deste año de mill y seiscientos y quarenta y ocho ante el presente escrivano. ===

Digo que por quanto el capitan Don alvaro de los rrios y verris alcalde hordinario de la dicha ciudad me tiene concedida licencia para hacer ymbentario de los vienes que quedaron por fin y muerte del dicho mi marido entre los quales ai tres chacaras juntas las unas con las otras en el valle de/

//

1800

caravaillo con los esclavos ganados aperos cavalgaduras y demas vienes y cossas de su servicio y avio de que tambien se a de hacer ymbentario por menor y por poder yr en perssona dello doi mi poder cumplido el que de derecho se rrequiere y es necessario a Diego gongales terrones mi cunado especialmente para que baya a las dichas chacaras y por mi nombre haga ymbentario de todos los esclavos ganados aperos cavalgaduras y demas vienes y cossas que ay en ellas de todo lo qual se de por entregado en el dicho mi nombre y si alguna cosa no pareciere de presente ante escrivano que dello de fe rrenuncce la ecepcion delos daños y leyes dela entrega y prueba della y las demas deste casso como en ella se contiene de todo lo qual se hara cargo en mi nombre obligandome a que dare quenta con pago a quien y quando se me mandare por jues competente otorgando ymbentario y escriptura en forma con las fuerzas binculos y firmezas obligacion de mi perssona y vienes poeder y sumicion a las justicias desta ciudad y rrenunciacion de mi propio fuero leyes de mi favor clausula guarentixia en forma que según y de la manera que lo

//

1800 /

hicriere y otorgare me obligo de lo guardar cumplir pagar y aver por firme en todo lo demas para su escrito y cumplimiento y paga obligo mi persona y vienes avidos y por aver y doi poder cumplido a las justicias y jueces de su magestad de qualesquier partes que sean y en especial las desta dicha ciudad doi yo fueros me ssometo y rrenuncio el mio propio domicilio y vecindad y el privilexio del y la lei que dice quel actor debe seguir el fuero del rreo para que a lo que dicho y a la que en birtud del poder se hicriere y otorgare me compelan y apremien como por sentencia definitiva de jues competente passada en cosa juzgada y rrenuncio todas las leyes fueros y derechos de mi favor y la que prohibe en testimonio delo qual otorgo la pressente carta que es fecha esta dicha ciudad de los rreyes del piru en ocho dias del mes de agosto de mil y seiscientos y quarenta y ocho años y lo firmo la otorgante a quien yo el escribano doy fe conosco siendo testigos el licenciado alonso rrodriguez clerigo presvitero Lorenzo del cerro y Antonio de lizarraga presentes Doña Xertrudis godines ante Antonio fernando de la cruz escrivano publico._____

Fui pressente y en fe dello fice mi signo en testimonio de verdad Antonio fernandez de la cruz escrivano publico._____

Prosigue Y en conformidad del dicho poder y del usando

//

1801

el dicho Diego gonzales terrones dixo que hacia y hizo ymbentario de los esclavos cavalgaduras ganados aperos y demas vienes de servicio y aciro desta chacaras en la manera siguiente

< Diego negro de casta bran de mas de ochenta años que por estar de hordinario enfermo del pecho trabajo cossa de consideracion._____

< Francisco de casta folupo de hedad de quarenta años con camaras de sangre._____

< Manuel de castabran de cinquenta años._____

< Pedro de casta bran de treinta años._____

< Antonio de casta malemba de treinta años._____

< Gaspar de casta bran demas de cinquenta años torpe de los pies._____

< Anton de casta malemba de treinta años sentido de los pechos de un golpe._____

< Diego de casta malemba de hedad de treinta años

< Simon de casta angola de mas de setenta años.____

< Luis de casta malemba de beinte y quatro años.____

< Bartolo mebiofa de ochenta años tullido de los pies.

< Pablo de casta bano de quarenta años enfermo de hordinario de los ojos._____

< Diego de casta angola de quarenta años._____

< Juan de casta malamba de quarenta y cinco años.

< Cristoval de casta malamba de treinta y seis años.

< Domingo de casta angola de quarenta años.____

< Antonio de casta banon de cinquenta años.____

< Jose de casta terranova de sseta años._____

V //

1801 /

< Diego angola de mas de sseta cinco enfermo de hordinario de los pechos._____

< Juan balanta de sseta años._____

< Juan malamba de quarenta y cinco años_____

< Cristobal malamba de quarenta y cinco años.____

-
- < Diego angola de cinquenta años. _____
 - < Cristoval angola de cinquenta años. _____
 - < Isidro Xolofo de treinta y seis años. _____
 - < Manuel negro criollo de Ica de veinte años. _____
 - < Juan arzia congo de cinquenta años. _____
 - < Nicolas angola de ssesenta y cinco años. _____
 - < Francisco banon demas de ssetenta años. _____
 - < Francisco angola de treinta y cinco años. _____
 - < Salvador criollo de treinta años. _____
 - < Francisco banon de rengada e ympedido de cinquenta y cinco años. _____
 - < Andres cachco de ssesenta años. _____
 - < Bicente angola de quarenta y cinco años. _____
 - < Miguel criollo bariera de ssetenta años y manco de la mano derecha. _____
 - < Sebastian folupo de mas de ssesenta años y non apto que por serlo no ssirve. _____

V //

1802

- < Magdalena bran de ssesenta años . _____
- < Maria malamba de quarenta y cinco años. _____
- < ssesenta y seis mulas y machos de rrequa chucaras y manssas y algunas coxas y mancas. _____
- < Dos machos de litera. _____
- < Una mula de silla de color parda con su freno. _____
- < Un cavallo castaño con freno. _____
- < Ocho borricos de carga. _____
- < Veinte y quatro rrexas de aras biexas. _____
- < Dies y ocho açadones buxos. _____
- < Dies y nueve lampas biexas. _____
- < Dos azuelas biexas. _____

-
- < quatro escoplos. _____
 - < tres hachas viejas. _____
 - < cinco barrenas. _____
 - < unas tenacas. _____
 - < dos martillos. _____
 - < Una poda de madera. _____
 - < Honce machetes biexos. _____
 - < Nueve lampillas de aguixadas biexas. _____
 - < Una almarada. _____
 - < tres sierras. _____
 - < Una barreta de hierro. _____
 - < Tres picaderas y un pico. _____
 - < Una almadoneta. _____
 - < Un hierro de chezar ganado. _____

=====

1802 /

- < beynte enalmas traidas con sus aparexos de sogas. _____
- < trece sillas de asentos muy biexas y algunas son assientos. _____
- < Dos bufettes biexos el uno quebrado arrimado__
- < Una tinaxera vieja. _____
- < Una piedra destilar con su armaçon. _____
- < Un cavallette de madera para poner sillas. _____
- < Un hornamento con todo lo necessario para decir missa mui biexo. _____
- < Un frontal del altar mui biexo. _____
- < Un quadro de san micolas y otro de nuestra señora pequeños que estan en la capilla y una crus de espexuelos. _____
- < Dos candeleros biexos de asofar. _____
- < Dos medias de medir trigo. _____

< Un pexol grande y una olla grande y una paila chica de cobre con que se hace de comer a la gente.

< Una ostapiales sin portamulas ni harmazon. _____

< Una campana. _____

< Las llaves de toda la cassa. _____

< Dos carretas corrientes y aviadas. _____

< Un cepo sin candado. _____

< Una rromana. _____

< Un matabuey. _____

< quarenta y dos bueyes de arar la mitad biejos y la mitad mozos. _____

< beynte y cinco bacas y novillos de hierro. _____

< otros nueve terneros de hierro. _____

V //

1803

- quarenta y quatro yeguas y capones y cavallos de hierro chicos y grandes y algunos brexos. _____
- Trescientas y cinquenta cabras y ovejas. _____
- Cantidad de maize que esta en la colca en que dixeron algunos labradores que se hallaron presentes que abia cien fanegas poco mas o menos.

Con lo cual se acavo el dicho ymbentario y el dicho Diego gonçales terrones en nombre de la dicha doña Xertrudis godines su parte se dio por entregado de todo porque en la forma y con las calidades rreferidas pareciolo mas en mi presencia y de los testigos de y usso como fueron los esclavos mulas herramientas aperos y mais hormamentos y demas cossas de la capilla de que doi fe y de lo demas que no pareçio de presente se dio tambien por entregado y en nombre de su parte rrenuncio la ecepcion de los daños y leyes de la

entrega y prueba della y las demas deste casso como en ella se contiene y todo lo dexo en poder del mayodormo de la dicha chacara como ansi estava = y obligo a la dicha su parte como alvacea y tenedora// de vienes del dicho su marido a quedar quentta con pago de todo lo contenido en este ymbentario y si algo dexare de entregar pagara su valor llanamente y sin pleito con las costas de la cobranza por lo qual se obligo en virtud

V //

1803 /

del dicho poder lapersona y vienes de la susso dicha avidos y por aver y en su nombre dio poder cumplido a las justicias y jueces de su magestad de qualesquier partes que sean y en especial a las de la dicha ciudad de los rreyes a cuyo fuero y jurisdiccion las sometio y rrenuncio el suyo propio domicilio y vecindad del privilexio de la ley que dice quel actor debe seguir el fuero del rreo para que a lo dicho es compelan y apremien a la dicha su parte como por sentencia definitiva de jues competente passada en cossa juzgada y rrenuncio todas las leyes fueros y derechos que son a favor de la dicha su parte y la que lo prohíbe y lo firmo siendo testigos francisco sanches de la serda juan de bocanegra y francisco lorenzo de harnedo pressentes.

Diego gonçales terrones

[Firma]

Ante mi = Doy fe de no haber mas sin dar cumplimiento.

Antonio fernandez de la cruz.

Escribano publico.

[Firma y rúbrica]

1804

Mas Ynbentario. En al ciudad de los rreyes en trece dias del mes de agosto de mill y seiscientos y quarenta y ocho años ante mi el escrivano y testigos parecio doña Xertrudis godines muxer que fue de alonssso Martin de orellana difunto y su alvacea y tenedora de vienes y como tal dixo que en conformidad dela licencia que esta concedida hacia y hizo Ynbentario de los esclavos que el dicho difunto dexo en su cassa y en el amacixo y dela plata labrada y demas cossas del menaxe de la dicha su cassa en la amnera siguiente:

-Antonio negro casta terranova de hedad de sessenta años y es cimarron. _____

-Pedro negro criollo de yca de veinte y dos años

-Andres banon de treinta y cinco años cimarron.

-Luis angola de beinte y seis años cimarron. ____

Pedro malamba con una hedad de treinta y cinco años.

-Josefo malemba de quarenta años. _____

-Miguel malemba de quarenta años cimarron y quebrado que se le salen las tripas. _____

-Gancia congo de ssessenta años çimarron. ____

-Juan criollo de Yca de veinte y seis años. ____

-Maria terranova de mas de ochenta años. ____

-Juana criolla desta ciudad de veinte años. ____

-Ysavel angola de mas de treinta años. _____

-Mariana criolla de cañete de mas de quarenta años enferma de la barriga. _____

-Ysavel criolla desta ciudad de veinte y çinco años.

V //

1804 /

que esta con cargo de que en dando trecienttos y çinquenta pessos sea libre. _____

-Catalina biafa de çinquenta años. _____

-Manuel congo de veinte y çinco años. _____

- Doce platillos de plata._____
- Cuatro latoncillos._____
- una palangana._____
- dos candeleros grandes._____
- un salero._____
- Dos candeleros peveteros._____
- dos escridillas._____
- un calentador con su tapa._____
- una bacinica._____
- que todas estas piezas son de plata llana y torneada y laton y en cada pesso treinta y dos marcos y la llana treinta y seis marcos y siete honzas conforme la fe de contraste._____
- una salmilla y bernegal dorado que pesso ocho marcos de plata._____
- una hechura de un sancto cristo de plata dorado en una cruz negra con estrenos y plana hechura de corazon de la mesma plata dorada.
- un barilito de plata blanca de quatro marcos con fe de contrate._____

V //

1805

- ocho honzas de perlas menudas._____
- un rrosario decoyal menudito y la crus guarnecida de oro con una ymaxen de oro en una parte un alavado y en otra la concepción.____
- otro rrosario de quantas gruesas guarneçida la cruz de oro._____
- una cadenita de oro menuda de una buelta que pessa dos y seis pessos de oro._____
- unos carcillos de perlas pequeñas._____

- otros sarcillos de oro y piedras blancas._____
- seis sortixas de oro con piedras de mina._____
- una escrivania de madera forrada por fuera con hoja de plata cortada._____
- un centivo de oro llano con çinquenta y seis piedras muy menudas y otras mayores._____
- un cuadro de san Ydelfonso con marco dorado de tres baras de alto y dos y media de ancho questa en el oratorio._____
- una ymaxen de nuestra señora de la concepcion de busto en su caxa con puertas de dos tercias de alto y dorada por dentro._____
- una beronica en una caxa como custodia._____
- una ymaxen de busto de nuestra señora de la concepcion de media vara de alto._____
- un niño Jesus pequeñito de busto en su perna dorada = que todo esto es del oratorio._____
- un frontal de damas blanco a medio traer.____

//

1805 /

- Todo rrecado de decir missa a medio traer.____
- quatro cuadros de deboçion con marcos dorados de una vara y media de largo y una de ancho a medio traer._____
- otro quadro de san Francisco de una bara de largo y tres quartas de ancho con marco dorado_____
- otro nuestra señora mas pequeño._____
- otro de san Antonio de la mesma manera._____
- otro de san Jose mas pequeño._____
- otro de nuestra señora de Guadalupe mas pequeño._____
- otro cuadro de san Juan el evangelista de dos baras y media de largo y siete cuartas de ancho con marco dorado._____

-beynte y quatro parces biexos todos combatidores_____

-Doce fruteros pequeños con marcos azules y hechura desta ciudad a medio traer._____

-Un escaparatte grande de madera._____

-Una tinaxera de madera ordinaria biexa.____

-Una piedra de estilar con armaçon de madera.

-Honçe sillas de a sesenta biexas._____

-Dos sillitas pequeñas biexas._____

-Dos bufetes grandes de madera a medio traer.

V //

1806

-otros dos bufetes medianos tambien de madera a medio traer._____

-Una caja grande de panama de una bara y media de largo a medio traer._____

-otra caja de madera de mexico del mesmo tamaño a medio traer._____

-Dos baules hordinarios biexos._____

-Dos caxas de panama de vara y media de largo a medio traer._____

-Dos caxas de madera grandes doradas la una a medio traer y la otra viexa._____

-un escritorio grande de madera a medio traer.

-Una copita de larga._____

-Un montante._____

-Un aderezo de espada y daga dorado con funda_____

-Un bestido negro de tercio pelo piñuela de hombre a medio traer calzon rropillas y mangas y capa de vayeta y armador._____

-otro vestido calzon rropilla y mangas y armador de damasco con cpa de seda a medio traer.____

-otro aderezo negro de espada y daga._____

-otro bestido de xergueta de segovia plateadso calzon rropilla y capa y armador con mangas de seda a medio traer._____

-otro vestido de picote de cordova verde y negro con mangas y armador de seda del mismo color biexo_____

-Dos pares de medias de seda negra a medio traer._____

V //

1806 /

-Seis sabanas de rruan florete a media traer.____

-Seis camisas y calzones de hombre de lo mesmo a medio traer._____

-Seis almohadas de rruan de cofre con aciricos a medio traer._____

-Dos colchones de rruan a medio traer._____

-Un vestido de muxer de piñuela negro saya jubon y rropa de usso guarnecido de rrivete de saco a medio traer._____

-otro de esparragon cabellado y negro saya y jubon a medio traer._____

-otra pollera de tafetan carmecei con puntas de oro pequeñas traída._____

-Seis camisas de muger de rruan de cofre con pechos negros y de colores._____

-Seis naguas de lo mismo unas labradas y otras con puntas blancas pequeñas a medio traer._____

-Dos tablas de manteles a medio traer._____

-Doce servilletas a medio traer._____

-Una carroza de terciopelo biexo con sus mulas y guarniciones._____

-Una mula de camino parda con silla y freno de cordova negro traída._____

-Un torno = Dos artessus = Una grande y otra chica y todos los demas adherentes para amassar. _____

V //

1807

- Un estrado de madera de seis baras de largo en tres tarimas. _____
- Una alfombra caixina de cinco baras de largo ya traida. _____
- Un tapete de iglesia caixino traido. _____
- Seis coxines de terciopelo carmesi de dos haces con passamano de oro traydos. _____
- Dos pavellones de algodón blanco y negro a medio traer.
- Una sobrecama de colcha de tafetan amarillo y carmessi. _____
- otra sobrecama de algodón blanca. _____
- otra sobrecama de algodón azul. _____
- Una caxita de costura de estrado. _____

Con lo qual se acavo el dicho ymbentario y la dicha otorgante, dixo que jurava y juro por Dios nuestro Señor y por una señal de crus que no save de otros ningunos que ayan quedado por fin y muerte del dicho difunto mas de tan solamente los rreferidos y los ymbentariados en virtud de su poder por Diego gonzales terrones en las chacaras del dicho difunto y que cada y quando que a su noticia llegaren otros vienes hara ynbentarios dellos y de los ymbentariados dara cuenta con pago siempreque se le pida a quien y quando la deva dar donde no pagara el/

V //

1807 /

de todo aquello de que no diera la dicha cuenta para cuyo cumplimiento y paga obligo su perssona y vienes avidos y por aver y dio poder cumplido a las justicias y jueces de Su Magestad de qualesquier partes que sean y en especial a la desta dicha ciudad a cuyo fuero y jurisdiccion se sometio y rremuncio el suyo propio domicilio y vencindad y el privilexio del que la lei dice que el actor debe seguir el fuero del rreo para que a lo que dichos le compelan y apremien como por sentencia definitiva de juez competente passada en cossa jugada y renuncio las leyes fueros y derechos de su favor y la que lo prohíbe y declaro que no hace Ymbenttario de las deudas que se le deven al dicho diffunto por estar todas declaradas en su

testamento codicilos y lo firmo testigos Don rrodrigo de cabrera andres martin y antonio de

lizarraga. ==

**doña gertrudis Ante mi = Doy fe real de cumplimiento
godines Antonio fernandez de la cruz
[Firma] Escrivano publico
[Firma y rubrica]**

REPERTORIO DE FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

A) REPERTORIO DE FUENTES.

I. FUENTES INÉDITAS.

1. Causas de tutela y curatela ventiladas ante la Real Audiencia de Lima. Archivo General de la Nación.
2. Causas de tutela y curatela resueltas ante el Cabildo de Lima. Archivo de la Nación.
3. Escrituras sobre tutela y curatela tramitadas ante el Cabildo de Lima y que obran en los protocolos de escribanos. Archivo General de la Nación y Biblioteca Nacional del Perú.

II. FUENTES IMPRESAS.

II.1. Fuentes Normativas.

1. ARANGIO-RUÍZ, Vicentius. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. Florentiae. APUD. S.A. 1943. Pars tertia. *Negotia*. 594p.
2. BAVIERA, Johannes (comp.). *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Florentiae*. APUD. S.A. 1940. Pars Altera. *Auctores* 798p.
3. CONSEJO PROVINCIAL DE LIMA. *Libros de Cabildos de Lima*. Lima Torres Aguirre y San Martin. 23 tomos.
4. KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRUGGEN (comp.). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducido al castellano del latín por Ildefonso García del Corral, a doble texto. Barcelona. Jaime Medina, Editor. 1889. 6 tomos: [Tomo I Instituta-Digesto](#), [Tomo II Digesto](#), [Tomo III-Digesto](#), [Tomo IV-Codigo](#), [Tomo V-Codigo](#) y [Tomo VI-Novelas](#).
5. DAVOUD-OGHLOU, Garabed Artin. *Historie de la Legislation des Anciens Germains*. Berlín. G. Reiner. Libraire - Editeur. 1845. 2 t. [Tomo 1](#) y [Tomo 2](#).
6. ENCINAS, Diego de (compilador). *Cedulario Indiano*. Madrid. Ediciones del Instituto de Cultura Hispánica. 1945 - 46. 4 t.

7. Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid. Imprenta de "La Publicidad". 1849. 12 t.
8. INSTITUTO DE CULTURA HISPÁNICA (comp.). Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias. Madrid. Ediciones. Instituto de Cultura Hispánica. 1943. 3 t.
9. LENEL, Otto. Essai de reconstitution de l'Edit Perpètuèl. París. Larose. 1901-03. 2 t. American Libraries: [Tomo 1](#) y [Tomo 2](#).
10. MURO OREJÓN, Antonio. Las Ordenanzas de 1571 del Real y Supremo Consejo de las Indias (Texto facsímil de la edición de 1585). *Anuario de Estudios Americanos*, T. XIV. Sevilla, 1957, pp. 363-423.
11. MURO OREJÓN, Antonio. (Comp.).Cedulario Americano del siglo XVIII. Sevilla. G.E.H.A. 1956. T. I. 834 p.
12. PEYRÉ, J.F.A. Lois des francs, contenat la loi salique et la loi ripuaire. París. Imp. De Fermín Didot. 1828. XVI. 127p.
13. RICCOBONO, Salvatore. Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Florentiae. APUD. S.A. 1941. Pars Prima. Leges. 511p.
14. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821). Dykinson. Madrid, 1992, 509 p.

II.2. Fuentes Doctrinales.

1. AYALA, Manuel Josef de. Notas a la Recopilación de Indias. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1946. 2 t.
2. CERDÁ, Joaquín. La "Margarita de los Pleitos" de Fernando Martínez de Zamora. Texto procesal del siglo XIII. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid. T. XX. 1950 pp.634-738.
3. GAYO. Instituta. Texto traducido con notas e introducción por Alfredo Di Pietro. 4 ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1993. 823p.
4. HEVIA BOLAÑOS, Juan de. Curia Philipica. Reimpresión. Madrid. Pedro Main, impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra. 1771. 520p.

5. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. Política Indiana. Reimpresión. Madrid. Compañía Ibero - Americana de Publicaciones. 1972. 5 t.
6. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de . Libro Primero de la Recopilación de las Cédulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas Reales. Reimpresión. Buenos Aires. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires. 1945. 2 t.

II.3. Fuentes Autobiográficas (correspondencia de autoridades).

1. LEVILLIER, Roberto. Audiencia de Lima. Correspondencia de Presidentes y Oidores. Madrid. Imprenta de Juan Pueyo. 1922. T.I. 360p.

II.4. Fuentes Notariales.

1. SÁNCHEZ Galo. Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. II. 1925. pp.476-503; T. IV. 1927. pp.380-403; T. XII. 1935. pp.444.467.

B) BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA.

I. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

1. ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Manual de investigación de la Historia del Derecho Indiano. México. Instituto Panamericano de Geografía e Historia. 1948. XVII. 154p.
2. ARANGIO - RUÍZ, Vincenzo. Historia del Derecho Romano. Trad. de la 2da. Ed. italiana por Francisco Pelmaecker e Ivañez. Madrid. Instituto Ed. Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones. S.A. 1943. XVII. 527p.
3. ASTUTI, Guido. Lezioni di Storia del Diritto Italiano. Le fonti. Etá romano - barbarica. Padova. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1953. 466p.

4. ALVARADO PLANAS, Javier. El problema del germanismo en derecho español. Siglos V-VI. Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1997. 272p.
5. BAYLE, Constantino. Los Cabildos Seculares en la América Española. Madrid. Sapiencia. S. A. de Ediciones 1952. 814p.
6. BASADRE G. Jorge. Historia Peruano. Lima. Edigraft. S.A. 1998. 398p.
7. BASCUÑÁN VALDÉZ, Aníbal. Elementos de Historia del Derecho. Santiago de Chile. Edit. Jurídica de Chile. 1954. 237p.
8. BAUER, Wilhem. Introducción al estudio de la Historia. Barcelona. Bosh. 1944. 626p.
9. BLANCO GARCÍA, Vicente. Diccionario Ilustrado latino - español y español - latino. Madrid. Aguilar. 1968. 665p.
10. BENEYTO, Juan. Historia de la Administración española e hispanoamericana. Madrid. Aguilar. 1958. 632p.
11. BESTA, Enrico. Fonti del Diritto Italiano dalla caduta dell' Impero romano sino tempi nostri. 2da. Ed. Milano. Dott. A. Giuffré. 1944. Vol.I. Part. II. VII. 209p.
12. BELLOMO, Manlio. La Europa del Derecho Común . Roma. Il Cigno Galileo Galilei. 1996. 264p.
13. BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho Romano. Trad. Santa Cruz Tejeiro. Madrid. Edit. Revista de Derecho Privado. Vol. II. 379p.
14. BOSCH GARCÍA, Carlos. La técnica de investigación documental. México. Editorial Trillas. 1995. 74p.
15. BRÉHIER, Louis. El mundo Bizantino. Las Instituciones del Imperio Bizantino. Traducción de José Almoína. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, (UTEHA). 1956. 567p.
16. BRÉHIER, Louis. El Mundo Bizantino. La Civilización Bizantina. Traducción de José Almoína . México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA). 1955. 457p.
17. CASSANI, Jorge y PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A.J. Del Epos a la Historia Científica . Buenos Aires. Edit. Nova. 1966. 234p.

18. CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge y CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente. Derecho Procesal Indiano. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1950. 424p. más índica.
19. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. México. UNAM. 1994. 465p.
20. FRANCISCI, Pietro. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Madrid. Edit. Revista de Derecho Privado. 1954. 817p.
21. GACTO, Enrique y otros. Manual Básico de Historia del Derecho. (Temas y antología de textos). Madrid. Laxes, S.L. Fotocomposición. Ediciones.1997. 612p.
22. GOOCH, G.P. Historia e Historiadores en el siglo XIX. México. Fondo de Cultura Económica. 1942. 607p.
23. GROSSI, Paolo. El orden jurídico medieval. Trad. de Francisco Tomás y Valiente y Clara Alvarez. Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1996. 256p.
24. JOLOWICZ, H.F. Historical introduction to the study of Roman Law. Cambridge at the University Press. 1952. XXV. 596p.
25. KRÜGER, Pablo. Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano. Madrid. La España. Moderna. S/a. 361p.
26. LEICHT, P.S. Storia del diritto italiano. Le fonti. Milano. Dott. A. Giufré. 1937. XV. 374p.
27. MANZANO MANZANO, Juan. Historia de las Recopilaciones de Indias. Madrid. Ediciones del Instituto de Cultura Hispánica. 1950 . T.I. (Siglo XVI). 399p.
28. MARGADANT, Guillermo F. La segunda vida del Derecho Romano. 1ra. Ed. México. Miguel Angel Porrúa. Librero - Editor. 1996. 402p.
29. MEIRA, Silvio A.B. A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Publicae Privato. Belén. Pará. S/e. 1956. 172p. más XIXp.
30. MONIER, Raymond. Vocabulaire de droit romain. 4ed. Montchrestien. Eds. Domat. 1948. 319p.
31. MOMMSEN, Teodoro. Historia de Roma. Trad. del alemán por García Moreno. Buenos Aires. Joaquín Gil- Editor. 1953. 3 t.
32. MURO OREJÓN, Antonio. Lecciones de Historia del Derecho Hispano - Indiano. México. Miguel Angel Porrúa. 1989. 312p.

33. OLIVIER - MARTIN, F. Histoire du droit français des origenes à la Rèvolution. 2da. Ed. París. Editions Domat Montchrestien. 1951. 763p.
34. SÁNCHEZ - ARCILLA BERNAL, José. Historia del Derecho. Madrid. Dykinson. 1995. T.I. Instituciones políticas y administrativas. 1171p.
35. SÁNCHEZ, Galo. Curso de Historia del Derecho. 6ta. Ed. Madrid. Reus S.A. 1945. 195p.
36. SCHÄFER, Ernesto. El Consejo Real y Supremo de las Indias. Sevilla. Imp. M. Carmona. 1935. 2t.
37. SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Nuevos estudios de Derecho Indiano. Pamplona. EUNSA. 1995. 404p.
38. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho Español. 4ed. Madrid. Tecnos. 1995. 630p.
39. TAU ARZÓATEGUI, Víctor. Casuismo y Sistema, Indagación Histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano . Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano. 1995. 703p.
40. VINOGRADOFF, Paul. Diritto Romano nell' Europa medievale. 2da. Ed. Curata da F. Zulueta. Trad. da S. Riccobono. Milano. Dott. A. Giuffré. 1950. 114p.

II. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA.

1. ACCARIAS, C. Précis de droit romain (...) 4ta. Ed. París. F. Pichon. 1886-91. 2 t.
2. ALBERTARIO, Emilio. Studi di Diritto Romano. Milano. Antonio Giuffré. 1933-46. 6 t.
3. ARANGIO - RUIZ, Vincenzo. Istituzioni di Diritto Romano. 1ra. Ed. Napoli. Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene. 1947. XV. 605p.
4. BENEYTO PÉREZ, Juan. Instituciones de Derecho Histórico Español. Barcelona. Bosch 1930. 2 Vol.
5. BETTI, Emilio. Istituzioni di Diritto Romano. Padova. Cedam. 1947. 150p.

6. BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano. Dott. A. Giuffré. 1946. 602p.
7. BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Trad. de la 8va. ed. italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Rev. Por Fernando Campuzano Horna. Madrid. Ed. Reus. 1929. X. 688p.
8. BRY, Georges. *Principes de droit romain exposés dans leur développement historique pour servir d' introduction a l' etude du droit francais*. 2da. Ed. París. L. Larose et Forcel. 1896. III. 660p.
9. BRISSAUD, Jean. *A history of french private law*. Translated from the second french edition by Rapelje Howel. London. John Murray. 1912. XLVIII. 922p.
10. BRUGI, BIAGIO. *Istituzioni di diritto romano*. 3ra. Ed. Torino. Unione Tip. Ed. Torinese. 1926. XVI. 649p.
11. BRUNNER, Heinrich - von SCHWERIN, Claudius. *Historia del Derecho Germánico*. Trad. 8va. ed. alemana de José Alvarez López. Barcelona. Edit. Labor S.A. 1936. 331p.
12. BUSSI, Emilio. *La formazioni dei dogni di diritto privato net diritto comun.(Diritti reali e diritti d' obbligazione*. Cedam.Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1937. XV. 377p.
13. CALISSE, Carlo. *A history of italian law*. Boston. Translated by Layton B. Register. Boston. Litle Brown and company. 1928. LIX. 827p.
14. CASTELLO, Carlo . *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*. Milano. Dott. A. Giuffré. 1942. VII. 165p.
15. COSTA, Emilio. *Storia del Diritto Romano Privato delle origini alle compilazioni giustiniana*. 2da. Ed. Torino. Fratelli Bocca. 1925. XXV. 597p.
16. D'ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 2da. Ed. Pamplona Ed. Univ. De Navarra S.A. 1975. 267p.
17. GARCÍA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Romano*. Madrid. Gráfica Administrativa. 1950. T.II. Vol. 1. 140p.

18. GIRARD, Paul Frédéric. *Historie de l'organisation judiciaire des romains*. París. Arthur Rousseau. 1901. T.I. Les six premiers siècles de Rome. 339p.
19. GIRARD, Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 3ª. Éd. Rev. Et augm. París Arthur Rousseau. 1901. XVI. 1106p.
20. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile. Edit. Jurídica de Chile. 1997. 2 t.
21. HINOJOSA, Eduardo de. *Obras*. Madrid. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1948 - 55. 2 t.
22. HUEBNER, Rudolf. *A history of germanic private law*. Tr by Francis S. Philbrick. (of german). Boston. Little Brown and Company. 1918. LIX. 785p.
23. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 6ta. Ed. rev. y aum. Barcelona. Editorial Ariel. 1979. 752p.
24. JORS, Paul - KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Trad. de la 2da. Ed. alemana por L. Prieto Castro. Barcelona. Ed. Labor S.A. 1937. 563p.
25. LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Barcelona. Editorial Ariel. 1978. 1040p.
26. LIMA, Tito Carlos de. *A tutela e a Patria Potestas no Direito Romano*. Rio de Janeiro. Depart. de Imprensa Nacional. 1949. 80p.
27. LUZÓN DOMINGO, Manuel. *El Derecho Privado Militar de los romanos*. Murcia. Sucesores de Nogués. 1952. 99p.
28. MAYNZ, Carlos. *Curso de Derecho Romano*. Trad. al español por Antonio José Pou y Ordinas. Barcelona. Jaime Molinas. 1887 - 88. 3t.
29. MEIRA, Silvio A.B. *Instituições de direito romano*. 4ta. Ed. rev. e aum. Sao Paulo. Max Limonad. 1971. 2 t.
30. MINGUIJÓN, Salvador. *Historia del Derecho Español*. 3ra. ed. Zaragoza. Tipográfica "La Académica". 1927. Cuad. VI. 163p.
31. NANI, Césare. *Storia del diritto privato italiano*. Torino. Fratelli Bocca. 1902. XLII. 608p.

32. NICHOLAS, Barry. Introducción al Derecho Romano. Trad. de Miguel Angel Palacios Martínez, del inglés. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1987. 359p.
33. ORTOLÁN, M. Historia de la Legislación romana. 9ª. Ed. Madrid S.E. 1872. 437p.
34. OTS CAPDEQUÍ, José María. El Estado español en las Indias. 2da. Ed. México. Fondo de Cultura Económica. 1946. 242p.
35. PACCHIONNI, Giovanni. Corso di Diritto Romano. 2da. Ed. Torino Unione Tipografico Editrice Torinese. 1918-22. 3 t.
36. PÉREZ - PRENDES MUÑOS - ARRACO, José Manuel y AZCÁRRAGA SERVET, Joaquín de.. Lecciones de Historia del Derecho Español. 3ra. ed. rev. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 1997. 360p.
37. ROBERTI, M. Svolgimento storico del diritto privato in Italia. Cedan. Casa Editrice Dott. Antonio Milani Padova. 1935. 3 vol.
38. ROSSELLO, Adolfo F. Istituzioni dei diritto romano, con una parte especial dei diritti di famiglia e sulle cose. Génova. S/e. 1925. 407p.
39. SAVIGNY, F. Carlo de. Storia del Diritto Romano nel Medio Evo. Prima versione del tedesco. Corr. Di note dall avvocato Emmanuele Bollati. Rist. della 2da. Edizioni italiana. Roma. Multigrafica Editrice. 1972. 3 vol.
40. SERAFINI, Felipe. Instituciones de Derecho Romano. 9ª ed. italiana y trad. por José María Trías de Bes. Barcelona. Hijo de J. Espasa. 1915.
41. SOLAZZI, Siro. Istituzioni Tutelari. Napoli. Nicoa Jovene. 1929. 190p.
42. SHULZ, Fritz. Derecho Romano Clásico. Trad. de la ed. inglesa por José Santa Cruz Tejeiro. Barcelona. Bosch. Casa Editorial. 1960. XIX. 620p.
43. SCHUPFER, Francesco. Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all' Italia. Città di Castello. Casa Ed. S. Lapi. 1907-09. 4 t.
44. SCHUPFER, Francesco. Delle Istituzioni Politiche Longobardiche. Firenze. Felice Le Monnier. 1863. 410p.

45. TORELLI, Pietro. Lezioni di storia del diritto italiano: Diritto privato, la famiglia. Milano. Dott. A. Giuffré. 1947. 148p.
46. VINOGRADOFF, Paolo. Diritto Romano nell'Europa Medioevale. Milano. Dott. A. Giuffré. Editore. 1950. 114p. más índice.
47. VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Reimp. Trad.
48. y notas a la ed. española de Jesús Daza Martínez. Madrid. Edit. Civitas S.A. 1991. 300p.
49. WETTER. P. Van. Pandectes Contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien. París. Librairie. Générale de Droit et de Jurisprudence. 1909-11. 5 t.

III. HEMEROGRAFÍA.

1. ARIAS BONET, Juan Antonio. Estipulaciones a favor de tercero en los Glosadores y en las Partidas. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XXXIV. 1964. pp. 235-248.
2. ARIAS BONET, Juan Antonio. Manuscritos de las Partidas en la Real Colegiata de San Isidoro de León. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XXXV. 1965. pp. 565-568.
3. BRAVO LIRA, Bernardino. Vigencia de las Partidas en Chile. Rev. de Estudios Histórico - Jurídicos. Valparaíso. T. X. 1985. pp. 43-105.
4. BRENA SESMA, Ingrid. La tutela de menores. Transformación de una potestad familiar. En: Homenaje al Profesor Alfonso García - Gallo. Madrid. T. II. Vol. II. pp. 211-236.
5. CERDÁ, Joaquín. "La Margarita de los Pleitos" de Fernando Martínez de Zamora. Texto Procesal del siglo XIII. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XX. 1950. pp. 634-738.
6. ESPASA CALPE. Tutela. En: Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo - Americana - Bilbao - Madrid. Espasa Calpe S.A. 1929. T. LXV. pp.588-626.

7. GALLAGHER, Manuel C. Restitución por entero. En: Revista Universitaria. Lima. Año VI. Vol.II. Nov. 1911. pp.161-488.
8. GARCÍA Y GARCÍA, Antonio. Las anotaciones de Elio Antonio de Nebrija a las Pandectas. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XXXV. 1965. pp.557-564.
9. GARCÍA - GALLO, Alfonso. El "Libro de la Leyes" de Alfonso El Sabio. DEL Espéculo A las Partidas. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XXI-XXII. 1951-1952. pp.345-528.
10. GARCÍA - GALLO, Alfonso. La Ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XXI-XXII. 1951-1952. pp.607-730.
11. GARCÍA - GALLO, Alfonso. Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda. En. Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XIII. 1936-41. pp.168-264.
12. GARCÍA - GALLO, Alfonso. Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano. En: Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Buenos Aires. N° 18. 1967. pp.15-64.
13. LEVENE, Ricardo. Fuentes del Derecho Indiano. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. I. 1924. pp.55-74.
14. LONGO, Carlo. Gens. EN: Mancini, Pasquale S. (Dir.) Enciclopedia Giuridica Italiana . Milano. Societé Editrice Libreria. 1916. Vol. VI. Parte. III. pp.1038-1052.
15. LIMA, Tito Carlos. A funçao económica do "paterfamilias" no antigo Direito Romano. En: Separata de "Direito. Rfo de Janeiro. Vol. LIII. Set. Oct. 1948. 22p.
16. MEREÁ, Pablo. La territorialidad de la legislación visigoda. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XIV. 1942-1943. pp.593-609.
17. MORENO TRUJILLO, María Amparo. Diplomática Notarial en Granada en los inicios de la Modernidad (1505-1520). En: Ostos Salcedo, Pilar y Pardo Rodríguez, María L. (Edits.). El Notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna. Sevilla. Imprenta A. Pinelo. 1996. pp. 75-125.

18. OLIVEROS, Martha Norma. La construcción jurídica del régimen tutelar del indio. En: Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Buenos Aires. N° 18. 1967. pp.105-128.
19. PARADISI, Bruno. La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza. En: Università degli Studi di Perugia. Bartolo Da Sassoferrato. Studi e documenti per el VI Centenario. Milano. Giuffré - Editore. 1962. T. II. pp. 397-474.
20. PARDO RODRÍGUEZ, María Luisa. El Notariado de Sevilla en el tránsito a la Modernidad. En: Ostos Salcedo, Pilar y Pardo Rodríguez, María.L. El Notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna. Sevilla. Imprenta A. Pinelo. 1996. pp.262-267.
21. PIERGIOVANNI, Vito. Scienza giuridica e notariato italiano tra Medioevo ed Etá Moderna. En: Ostos Salcedo, Pilar y Pardo Rodríguez, María L. (Edts.). El Notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna. Sevilla. Imprenta A. Pinelo. 1996. pp. 25-32.
22. PRIETO BANCES, R. Jacobo Cujas y El Escorial. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XIX. 1948-1949. pp. 575-583.
23. REINHART, Wm. Sobre la territorialidad de los Códigos visigodos. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XVI. 1945. pp.704-711.
24. RIAZA, Román. Las Partidas y los "Libri Feudorum". En: Anuario de Historia del Derecho Español . Madrid. T. X. 1933. pp.5-18.
25. SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Edición de Nuevas Fuentes para el estudio las instituciones indianas. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XVIII. 1947. pp.762-814.
26. SOLAZZI, Siro. Sulla competenza dei magistrati nella costituzione del tutore durante l'impero romano. En: Solazzi, Siro. Sretti di Diritto Romano. Napoli. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1957. T. II. pp.211-228.

27. SCHWERIN, Claudio Barón de. Sobre las relaciones entre las fórmulas visigóticas y las andecavences. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. IX. 1932. pp.12-189.
28. SCHWERIN, Claudio Barón de. Notas sobre la historia del derecho español más antiguo. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. I. 1924. pp.27-54.
29. SEOANE, María Isabel. La guarda de los huérfanos en el siglo XVIII. (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino). Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1980. Vol. VI. pp.407-438.
30. TORRES FONTES, Juan. Murcia y las Partidas. En: Anuario de Historia del Derecho Español. Madrid. T. XXXIV. 1964. pp. 531-545.
31. VISSCHER, Fernand de. "Potestas" et "Cura". En: Visscher, Fernand de. Audes de Droit Romain. París Librairie du Recueil Sirey. 1931. pp.7-19.