

LOS SISTEMAS DE TUTELA Y ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LOS MENORES EN EL DERECHO LOCAL DE CASTILLA Y LEÓN*

1. Los autores que han estudiado el tema de la patria potestad se han referido también a la tutela, al ocuparse del análisis jurídico de las relaciones que surgen a la muerte de uno de los padres entre el sobreviviente y los hijos menores de edad. Recordemos en este sentido los trabajos de R. Ureña, P. Merêa, A. Otero y A. Guilarte¹. También J. M.^a Font Rius dedicó su atención a la tutela altomedieval catalana, como una manifestación más de la aplicación de la ley visigoda durante los primeros siglos de la Reconquista en Cataluña². Sin embargo, no existe en la bibliografía histórico-jurídica española una obra semejante a la de R. Gènestal para Francia, en la que, de una forma acabada y completa, se estudie la evolución histórica de la tutela³. Dahn y K. Zeumer, entre otros.

* Comunicación presentada al Congreso luso-español de Historia Medieval, Oporto, 18 a 23 de junio de 1968. Un resumen de la misma puede verse en el vol. *Congresso luso-espanhol de Estudos Medievais* (Oporto, 1968), págs. 253-255.

1. R. UREÑA, *Una tradición jurídica: la autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*. Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 1912); P. MERÊA, *Notas sobre o poder paternal no direito hispânico ocidental. (En torno al CCVI do Foro de Cuenca)*, en *Estudos de Direito hispânico medieval*, I (Coimbra, 1952), págs. 83-112; A. OTERO, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en este ANUARIO, 26 (1956), págs. 209-241; A. GUILARTE, *Cinco textos a propósito de la «potestas parentum»*, en *Homenaje a don Ramón Carande* (Madrid, 1963), págs. 195-218. Ver además J. LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970), págs. 634-636.

2. J. M.^a FONT RIUS, *En torno a la aplicación del Derecho visigodo durante la Reconquista: la tutela altomedieval catalana*, en *Revista Portuguesa de História*, V, vol. 2 (Coimbra, 1951), págs. 361-375.

3. R. GÈNESTAL, *Études de droit privé normand, la tutelle* (Caen, 1930).

se ocuparon de ella en la época visigoda⁴, pero las etapas posteriores no han merecido una atención directa por parte de los investigadores. Nuestra aportación pretende completar el cuadro de soluciones ofrecido por los ordenamientos jurídicos locales, en orden a los sistemas de tutela y de administración de los bienes de los huérfanos, al añadir al de los fueros navarros el de los castellano-leoneses, los cuales distan en este punto de reflejar un sistema unitario⁵.

2. Los fueros breves no contienen por lo general normas sobre la tutela, salvo como hemos de ver, los de Daroca y Valdefermoso de las Monjas⁶. En algunos de ellos se contemplan determinadas situaciones jurídicas que permiten ser relacionadas con la institución que nos ocupa. Así, en los Fueros de Toledo y Escalona se regula el siguiente supuesto: el padre ha cometido un delito de traición, pero su huida impide que sufra la pena correspondiente, la cual es sustituida por otra económica (Toledo: «porcionem suam de toto suo habere regi accipiant»); a la inversa, en Escalona, no se ha producido la fuga del incurso en traición, y por ello se ordena que «sit suspensus»⁷. Los mismos fueros, en otro lugar, establecen las normas oportunas sobre la sucesión en el equipo de guerra que los caballeros suelen recibir del rey⁸. El Fuero de Daroca se plantea y soluciona el abandono de la familia por el padre o por la madre⁹.

4. F. DAIN, *Wesgothische Studien* (Friburgo, 1874), pág. 129; K. ZEUMER, *Historia de la Legislación visigoda*, trad. de C. Clavería (Barcelona, 1944), págs. 300-310 y 327-351.

5. Ver mi trabajo *Los sistemas de tutela y administración de los bienes de los menores en el Derecho local de Navarra*, en este ANUARIO, 30 (1970), págs.

6. En el trabajo citado en la nota anterior me ocupé del sistema del Fuero de Daroca.

7. *Fuero de Toledo* de 1118 y *Fuero de Escalona* de 1130, en T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, I (Madrid, 1847), págs. 366 y 486, respectivamente.

8. *Fuero de Toledo* de 1118 y *Fuero de Escalona* de 1130, *cit.*, págs. 364 y 486.

9. *Fuero de Daroca* de 1142, en T. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección...*, *cit.*, pág. 536.

En todos estos casos se ha producido, material o formalmente, una situación de orfandad de los hijos por muerte, desaparición, ausencia o abandono de uno de sus progenitores. ¿Cómo se soluciona la situación descrita? ¿Surge la tutela en favor de los hijos huérfanos o continúan éstos bajo el poder del padre sobreviviente? ¿Se deshace la comunidad familiar? Veamos, para contestar estas preguntas, las soluciones contenidas en los fueros.

Supuesto del padre que ha cometido un delito de traición:

Fuero de Toledo (a. 1118): et remaneant uxor sua cum filiis suis in porcione sua intus civitatis, et foras sine ullo impedimento.

Fuero de Escalona (a. 1130): mulier autem eius et filii vivant in ejus honore, si non consenserunt, si autem consenserunt ita suspensi sint.

Sucesión en el equipo de guerra:

Fuero de Toledo: filii sui, sive propinqui, et remaneant cum matre sua honorati, et liberi in honore patris illorum, donec valeant equitare. Nam et si solam uxorem relinquerit, sit honorata in honore mariti sui.

Fuero de Escalona: ut hereditent filii sui, aut consaguinei sui, et aliud de vestris hominibus.

Abandono de la familia por uno de los padres:

Fuero de Daroca (a. 1142): relicta muliere cum filiis omnia in pace possideat. Hoc idem fiat de muliere coniugata, si dimeserit virum suum, et cum alio fugerit.

Es cierto que nos encontramos ante supuestos especiales, porque en el primero de ellos, claramente en el Fuero de Toledo, no existiría un patrimonio paterno que pudiera ser heredado. La sucesión prevista en el segundo caso sigue normas particulares. La regulación del abandono de la familia pudiera ser de expectativa y en consideración al retorno del cónyuge infiel¹⁰. Pero importa

10. El Fuero de Escalona, a propósito del delincuente de homicidio que ha huído, alude a esta expectativa: «Qui autem occiderit, et fugerit a civitate predicta, aliquem hominem, mulier sua, et filii vivant in ejus honore, usque

destacar la uniformidad que caracteriza el sistema de estos fueros al regular las situaciones previstas: los hijos continúan viviendo con la madre o con el padre (Daroca, cuando es la madre la que ha abandonado a la familia) y con cargo a los bienes familiares. No existen en estos fueros normas que nos permitan pensar que las relaciones entre los hijos y el padre sobreviviente hayan cambiado de naturaleza después de la muerte o ausencia de uno de los progenitores. En efecto, ni la responsabilidad delictual de los hijos, ni el régimen de sus adquisiciones han sido regulados partiendo del supuesto de que la sociedad familiar haya perdido uno de sus elementos originarios.

No creo que los fueros que acabamos de ver arrojen luz para resolver dogmáticamente la cuestión relativa al cese o continuación de la condición de hijo de familia después de la muerte o ausencia de uno de los padres. Han resuelto el problema que esta situación plantea de una manera lógica, al confiar los hijos al padre que permanece al frente de la familia, el cual ha de encargarse del cuidado, crianza, protección, etc., de los menores que la integran, «donec valeant equitare», como se indica en el Fuero de Toledo a propósito de la sucesión en el equipo de caballero. Una postura en torno a la cuestión que acabamos de formular, y a la vista de los datos que nos suministran estos fueros, tendría que inclinarse en favor de la persistencia de las relaciones paterno-filiales, de igual naturaleza que las existentes con anterioridad a la muerte o ausencia de uno de los padres. Los fueros no recurren a la tutela en estos casos.

3. En otros fueros la condición de hijo de familia desaparece a la muerte de uno de los padres. La tutela surge entonces para suplir la falta de capacidad de los hijos menores de edad, con unas características semejantes a las que presentaba el Fuero de Daroca cuando el huérfano lo es de ambos padres, y de las que nos ocupamos en nuestro trabajo sobre *Los sistemas de tutela y administración de los bienes de los menores en el Derecho local de*

perveniat ad amorem parentum ejus; postquam ad amorem eorum pervenerit homicidium pectet, et ad domum suam revertat et vivat» (ed. cit., pág. 487).

Navarra. Examinemos en este sentido el Fuero de Alcalá de Henares, en el que se observa un sistema protector de los huérfanos muy particular y escasamente desarrollado. De su precepto 53 se desprende que el mecanismo tutelador nace cuando el huérfano lo es de uno solo de los padres:

Filio, si non oviere.VIII.annos.—Filio, si non hoviere.VIII.annos ēl.I. (?) parient oviere morto e con el otro hoviere partido, no lo aduga el parient a premia a derecho, mays adugalo el que lo toviere ¹¹.

La tutela de los menores huérfanos no es una institución claramente configurada en el Fuero de Alcalá de Henares. Se la regula a propósito de las demandas judiciales que afectan a los huérfanos, tanto si éstos ocupan el lugar de demandantes como el de demandados. En estos supuestos, y a la vista de lo que se deduce del citado capítulo 53 y del 68, la representación procesal del huérfano demandante corresponde al pariente más próximo «que oviere», y la del huérfano demandado a aquel «con quien estoviere» ¹². Al parecer, de la guarda de los pupilos no se encarga siempre el padre o madre que sobrevive, aunque esta posibilidad no se descarte del todo: «no lo aduga el parient —con el que hubiese partido los bienes— a premia a derecho, mays adugalo el que lo toviere», que puede ser el vivo precisamente. No creo que en base a lo que acabamos de decir pueda pensarse en una tutela encomendada a un extraño a la familia; los capítulos mencionados aluden inequívocamente a parientes o familiares de los menores.

Al lado de esta representación procesal, los textos aluden indi-

11. Ed. de G. SÁNCHEZ, Madrid, 1918.

12. *Fuero de Alcalá de Henares*, 68. «Todo omne d'Alcala o de so termino qui fore orfano.—Todo ome de Alcala o de so termino qui fore orfano y alguna cosa oviere a demandar, tomelo el pariente mas cercano que oviere et demande et respondale; e si alguno oviere a demandar ad orfano, el parient con quien estoviere aquel responda; e si debda oviere a dar e oviere mueble, deinde esca; e si non oviere mueble unde exeat la debda, saque el parient con el orfano so heredit del orfano a conceio, e pregonelo, e tanta venda el parient con el orfano quanta abastare a la debda e non mais; e esta vendida vale e non otra; e esta vendida sea con conceio de alcaldes; e si casa de orfano se oviere arrendar, con conceio de alcaldes sea».

rectamente a la obligación del tutor de cuidar de los huérfanos, en cuanto que con él viven. Del mismo modo es un deber del tutor la conservación del patrimonio de los menores, hasta el punto de que sólo puede disponer de los bienes precisos para el pago de las deudas de los huérfanos, y no se le permiten actos de disposición que tengan otra finalidad. Es más, puede afirmarse que la función del tutor en el orden patrimonial es irrelevante: los alcaldes controlan o autorizan cualquier acto jurídico de cierta consideración que pueda repercutir sobre los bienes de los menores: «e esta vendida sea con conceio de alcaldes; e si casa de orfanc se oviere arrendar, con conceio de alcaldes sea», lo que explicaría que el fuero no se ocupe de exigir al tutor garantías que aseguren su responsabilidad en orden a la íntegra conservación del patrimonio de los huérfanos¹³.

4. Otro grupo de fueros, representado por el Formulario de Fuero municipal extenso¹⁴ y por los Fueros de Villaescusa de Haro¹⁵, Alarcón y Alcaraz¹⁶, Alcázar¹⁷, Cuenca, con las versiones romanceadas del Fragmento Conquense y del Códice Valen-

13. Ver el precepto cit. en la nota anterior.

14. Sobre el formulario, que se contiene en el ms. 8.331 de la Biblioteca del Arsenal de París, cfr. A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, I (Madrid, 1964), n.º 713, págs. 377 y 378. En la comunicación que envié al II Congreso Internazionale de la Società Italiana di Storia del Diritto, Venecia, 18-22 de septiembre de 1967, bajo el título *La crítica textual y las redacciones del Derecho local español. A propósito del origen del Fuero de Cuenca*, me ocupé también del tema. El manuscrito ha sido editado por J. ROUDIL, en *Vox Romanica*, 22-1 (1963), págs. 127-174, y 22-2 (1964), págs. 219-380.

15. El texto que nos interesa ha sido parcialmente reproducido por R. UREÑA, *El Fuero de Zorita de los Canes (siglos XIII al XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca, y el romanceado de Alcázar* (Madrid, 1911), págs. 131 y 132.

16. El texto del Fuero de Alarcón en R. UREÑA, *Una tradición jurídica: la autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, cit., pág. 18. Ver ahora, para ese fuero y para el de Alcaraz, J. ROUDIL, *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón* (París, 1968).

17. Reproducido por R. UREÑA, *El Fuero de Zorita de los Canes*, cit., págs. 130 y 131. Las variantes del Fuero de Alcázar con respecto al de Alarcón las recoge J. ROUDIL en su obra citada en la nota precedente.

tino¹⁸, Iznatoraf¹⁹, Baeza²⁰, Béjar²¹ y Teruel-Albarracín²², coinciden con el Fuero de Alcalá de Henares en cuanto que también en ellos la condición de hijo de familia desaparece al morir cualquiera de los padres. Sin embargo, como hemos de ver, la tutela se caracteriza ahora por la posibilidad de que el tutor sea removido y sustituido por otro, siempre que su actuación no redunde en beneficio del patrimonio de los menores que le han sido confiados. Sólo un texto, el del Formulario, justifica la remoción del tutor al mismo tiempo que por razones económicas por otras que presuponen descuido o negligencia en la guarda de las personas de los huérfanos.

¿A quién se confía la tutela de los menores una vez que ha muerto uno u otro de los padres? Unos fueros la atribuyen en primer lugar al padre o madre vivo: «filius qui post mortem parentis paruulus remanserit, teneat eum uiuus cum omni substantia...» (Fuero de Cuenca, 237 = X, 34, y en el mismo sentido Códice Valentino, X, 30, Fuero de Villaescusa de Haro, Fuero de Béjar, 267, Fuero latino de Teruel, 340, Fuero romance de Teruel, 448, y Carta Puebla de Albarracín, 152)²³; la misma solución encontramos en el Fragmento

18. Ed. de R. UREÑA, *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación de Iznatoraf)*, (Madrid, 1935).

19. Ed. de R. UREÑA, *Fuero de Cuenca*, cit.

20. Ed. de J. ROUDIL, *El Fuero de Baeza. Edición, estudio y vocabulario* (La Haya, 1962).

21. Ed. de A. MARTÍN LÁZARO, *Fuero castellano de Béjar siglo (XIII)* (Madrid, 1925).

22. AZNAR Y NAVARRO, *Forum Turolii* (Zaragoza, 1905); MAX GOROCHI, *El Fuero de Teruel* (Estocolmo, 1950); C. RIBA Y GARCÍA, *Carta de población de la ciudad de Santa María de Albarracín, según el código romanceado existente en la Biblioteca Nacional de Madrid* (Zaragoza, 1915).

23. *Fuero de Cuenca*, 237 (= X, 34). «De pupilo nutriendo.—Filius qui post mortem parentis paruulus remanserit, teneat eum uiuus cum omni substantia, que eum ex parte defuncti contigerit sub cirografo usque ad duodecim annos, et quilibet anno reddat rationem de pueri peculio propinquioribus consaguineis pupilli. Et tunc si consaguinei illius uiderint, quod bona fide peculium eius adauget, teneat eum usque ad terminum prefixum. Si consaguinei pupilli uiderint, quod peculium alius dilapidat, uel peculium non adauget, faciat se tutorem unus ex illis qui propinquiores fuerint recipiendo puerum et suberam eius in cura; et iste similiter omni anno reddat rationem de substantia pupilli aliis propinquis. Et si in computacione uiderint, eum dolapidatorem potius

Conquense, 172, con un texto más completo, que regula incluso el supuesto del fallecimiento del sobreviviente: «el fijo que fincare pequenno despues dela muerte del padre tengalo la madre. Et si non rremanesçiere, tengalo uno...»²⁴. Otros fueros se refieren al primer tutor con la expresión 'uno': «tengalo uno con toda la subera» (Fuero de Alcázar, Fuero de Alarcón, 201, que sustituye «subera» por «substancia», y Fuero de Alcaraz, 108, que traduce por «todos sus bienes») ²⁵. El Fuero de Iznatoraf, 211, confía los huérfanos

quam actorem, auferant ei pupillum et substanciam eius, et tradant ei, qui bona fide adaugeat peculium illius. Omne dampnum quodcumque aliquis in substancia pupilli fecerit, pectet illud duplatum. Postquam puer duodenarius fuerit, habeat liberam potestatem eundi, standi cum quo sibi placuerit».

24. *Fragmento Conquense*, 172. «Del nodrimiento del moço huerffano.—El fijo que fincare pequenno despues dela muerte del padre tengalo la madre. Et si non rremanesçiere, tengalo uno con toda su rriqueza que ael de parte del muerto alcança: mas tengalo pariente con carta e partida por abçe e fasta dose annos. Et cada anno que de cuenta del pegujar del moço alos mas çercanos parientes del moço. Entonçe si los parientes del vieren que a buena fe el pegujar del moço creçe, tengalo fasta aque el termino ante dicho. Mas si por ventura los parientes del ninno vieren que el pegujar del moço quelo mal mente e nos lo acresçe fagase tenedor uno de aquellos que mas çercanos parientes fueren del moço, rrescibiendo el moço e la sustançia del en guarda. Et aquesta mesma rreason cada anno de cuenta dela sustançia del moço alos otros parientes. Et si enla cuenta vieren ques dannador del pegujar mas que acresçedor, tuelganle el moço e la sustançia del e denlo aquel que abuena fe creçentare el pegujar del moço. El todo danno que algunos fisieren enla sustançia del moço pecheló doblado. Et despues quel moço de dose annos fuere, aya poderio de yr o de estar con quien ael pluguiere».

25. *Fuero de Alarcón*, 201. «Del que finca sin padre chico.—El fijo que despues de la muerte de su padre o de su madre fincare chico, tengalo .I. con toda la substancia que del padre muerto le ouiere caydo con carta fata .XII. annos, y en cada .I. anno dé rrazon de la exida e de la entrada e de la espensa del moço a los mas cercanos parientes. E si los parientes del moço uieren que por buena fe e leal mientras lo meiora e lo adelanta, todas las exidas e las tenidas de su heredit tengalas fata el auandicho termino. Mas si por uentura los parientes del moço uieren que las tenidas e las exidas no las meiora, ni las adelanta, e las malmete quanto se él puede, faga.s deffendedor e enparador el .I. d'aquellos parientes que fueren mas cercanos e empare al moço e reciba todo lo suyo en comienda e en guarda. E aqieste que recibiere al moço e todo lo suyo, dé cuenta a los otros parientes mas cercanos del moço en cada .I. anno de las rendas e de las exidas del heredit del moço».

«Et si en la cuenta uieren que mas es amenguador que acrecedor, tuelgan

a un pariente: «tengal un pariente». El Formulario, 90, y el Fuero de Baeza, 215, a uno de los parientes: «tenga'l uno de sus parientes»²⁶.

Analicemos esta diversidad de expresiones que emplean los fueros para referirse al primer tutor de los huérfanos. La voz 'uno' del Fragmento Conquense equivale a pariente, a uno de los parientes más cercanos del menor, puesto que los padres han muerto. La misma voz aparece en los Fueros de Alcázar y de Alarcón, pero en estos textos no se parte del supuesto de que hayan fallecido el padre y la madre de los menores; por el contrario, uno de ellos vive en el momento de iniciarse la tutela. ¿Se entiende por 'uno' el vivo u otro pariente cercano? Ureña interpretó estas variantes como el resultado de un defecto de copia, y por ello consideró que la tutela correspondía en primer lugar al padre o a la madre sobreviviente²⁷. Creo acertado el punto de vista de este autor, puesto que en los Fueros de Alcázar y de Alarcón la voz 'uno', sin una calificación más precisa, carece de sentido, y debe atribuirse a una deficiente lectura de la palabra «uiuus», que figuraría en el original. En cambio, la misma expresión 'uno' tiene plena significación en el Fragmento Conquense, precisamente porque en este texto se habla de 'uno' en defecto del padre y de la madre de los pupilos, y no cabe duda de que el 'uno' es un pariente cercano de los menores, puesto que a continuación el Fragmento emplea el término pariente para referirse al consanguíneo del menor que haya de encargarse de su tutela: «tengalo uno con toda su rriqueza que ael departe del muerto alcança: mas tengalo pariente con carta e partida por abeçe...». El texto del Fuero de Alcaraz —«El fijo que despues de la muerte de su padre chico fincare, tenga'l uno...»—, permite una doble

le el ninno e todos sus bienes e den le a otro que bien e leal mientre sus bienes acreciente. Enpero todo danno que qual quier ficiere en los bienes del huerfano, peche lo doblado. Mas despues que el ninno fuere de .XII. annos, aya libre poder de yr o de estar con aquel que a él mas proguiere».

26. *Formulario*, 90. «Del criar del fijo.—El fijo que en pos la muerte del padre o de la madre ninno remanesçiere, tenga'l uno de sus parientes con todo lo suyo por escripto fasta .XII. anos, e crie'l con elo e faga pigujar. E cad'ano dé cuenta a los otros parientes mas cercanos. E sy uieren que lo lieua a bien, gradezcanlo e tengualo fasta'l plaço».

27. R. UREÑA, *El Fuero de Zorita de los Canes*, cit., pág. 131.

interpretación: o bien la sugerida para los de Alcázar y Alarcón, o bien la del Fragmento Conquense, admitiendo que el copista haya suprimido de este texto o de otro semejante las frases «tengalo la madre. Et si non rremanesciere...». En el Fuero de Iznatoraf la tutela es atribuida a un pariente y en el Formulario y en el Fuero de Baeza a uno de los parientes, términos que equivalen al padre o madre que sobreviva²⁸, y que se contrapone a 'parientes cercanos', de entre los cuales se elige un nuevo tutor en el supuesto de que el primero sea removido. En estos fueros no existe defecto alguno en la lectura del original; al parecer han tenido a la vista otras redacciones del modelo común a unos y otros.

Ureña, al referirse a la tutela regulada en estos fueros, se planteó la cuestión relativa al carácter voluntario o necesario de la misma cuando es desempeñada por el cónyuge sobreviviente. La consideró voluntaria, en base a unos argumentos a nuestro entender poco convincentes²⁹. La renuncia voluntaria al ejercicio de la tutela por el padre que sobreviva no ha sido prevista en estos fueros. El incumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio o la gestión desacertada del tutor determinan su remoción, pero no presuponen la voluntariedad en la aceptación del cargo, que es atribuido en primer lugar al sobreviviente de forma no optativa —«teneat eum» (Fuero de Cuenca)—, y sólo en el caso de que también muera es sustituido por un pariente próximo del menor (Fragmento Conquense; en los restantes textos se seguiría la misma solución no obstante su silencio). Es cierto que en otros fueros —en el de Zorita de los Canes, por ejemplo— el sobreviviente se ocupa de la tutela «si quisiere», pero como hemos de ver en este fuero y en otros, la tutela difiere de la que venimos examinando. No debía ser frecuente que los padres renunciaran a la tutela de sus hijos menores, y menos aún cuando en estos fueros no se les exige a las madres viudas que permanezcan en este estado para desempeñarla.

28. La voz 'pariente-parient' en plural equivale a padres; uno de sus parientes expresa pues la referencia a uno de sus padres, el que sobreviva, *cit.* J. Roudil, *El Fuero de Baeza*, *cit.*, pág. 336.

29. R. UREÑA, *Una tradición jurídica: la autoridad paterna como el poder conjunto y el solidario del padre y de la madre*, *cit.*, pág. 21.

La tutela en todos estos fueros se dirige, de una parte, a proteger y cuidar a los menores y, de otra, a conservar e incrementar los bienes de esos menores, los cuales han sido recibidos por el tutor «sub cirografo» (Fuero de Cuenca), «por escrito» (Fuero de Baeza), mediante el correspondiente inventario. El Formulario citado refleja con gran claridad esta doble finalidad de la tutela: «tenga'l uno de sus parientes con todo lo suyo por escrito fasta.XII.anos e criel e faga'l pigujar». El pupilo lactante es cuidado —suponemos que bajo la vigilancia del tutor— durante los tres primeros años de su vida por una nodriza, cuyos derechos económicos se establecen en los fueros ³⁰.

Con la única excepción del Formulario, el tutor responde por el duplo de las pérdidas que el patrimonio de los huérfanos haya experimentado durante el período que lo administró, en tanto sean imputables a su gestión. Pero, además, en todos estos fueros, la actuación del tutor está sometida a un control anual por los parientes más próximos de los huérfanos. En efecto, cada año el tutor debe rendir cuentas de la administración y los parientes de los tutelados valorarán la gestión realizada. ¿Cuáles son los criterios utilizados para enjuiciar la actuación del tutor? Salvo el Formulario, que se preocupa también del trato personal que los menores hayan recibido del tutor, los demás textos fijan su atención exclusivamente en los resultados obtenidos por el tutor en el orden económico, en lo concerniente al patrimonio de los pupilos. Pero, al parecer, el tutor no debe limitarse a conservar el patrimonio recibido, como hemos visto en el Fuero de Alcalá de Henares, sino que debe incrementarlo, y sólo en este caso su gestión merecerá el juicio laudable de los parientes, y como consecuencia, la continuación en el desempeño del cargo. En cambio, «si consaguinei pupilli uiderint, quod peculium alius dilapidat, uel peculium non adauget» (Fuero de Cuenca), o en el supuesto «del parient que el nino ne lo suio no

30. *Formulario*, 92; *Fuero de Cuenca*, 238 (= X,35); *Fragmento Conquense*, 173; *Códice Valentino*, X,32; *Fuero de Ignatoral*, 212; *Fuero de Béjar*, 270; *Fuero latino de Teruel*, 341; *Fuero romance de Teruel*, 449; *Carta Puebla de Albarracín*, 152; *Fuero de Baeza*, 216; *Fuero de Alcaraz*, 109, y *Fuero de Alarcón*, 202. La nodriza recibe doce mencales o treinta sueldos (Fueros de Teruel y Albarracín) al año y el lecho.

lo lieua a bien» (Formulario), tiene lugar la remoción del tutor.

En este caso, y si el tutor hubiese sido el padre o la madre, es sustituido por un pariente de los más cercanos, el cual recibe a los huérfanos con los mismos requisitos y con idénticas obligaciones. Por ello puede ser también removido y sustituido por otro. No parece que los fueros exijan que también sea un pariente el que se encargue en este momento de la tutela de los menores. De los textos se desprende la posibilidad de que sea un extraño a la familia: «tradant ei, qui bona fide adaugeat peculium illius» (Fuero de Cuenca), «e degelo a omne que lealmiente acresca su pegujar» (Fuero de Baeza), «e denlo alque lo liue abien e lo adelante abuena fe» (Fuero de Béjar). Es de suponer que esta solución se pondría en práctica una vez agotado el círculo de parientes cercanos. El texto del Formulario, 91, aunque no contradice abiertamente nuestra interpretación, tampoco establece con la claridad de los textos anteriores la posibilidad de que se recurra a un extraño; la expresión «denle a otro» puede referirse tanto a un pariente como a una persona ajena a la familia. En todo caso, y a tenor del mismo texto del Formulario, el tutor «que el nino ne lo suio no lo lieua a bien», puede ser removido tantas cuantas veces sea necesario hasta que el menor cumpla los doce años:

Del parient que el nino ne lo suio no lo lieua a bien.—
 'Tuelganielo e den lo a uno de los otros con toño lo suio,
 e asi dé cuenta cad'ano; e sy por mal peccado errare este,
 denle a otro, asy fagan fasta que acyerten e asi den cuenta
 todos. Mas despues que el nino fuere de.XII.anos a arriba,
 aya poder de yr con qui él quisiere.

Nos encontramos ante una tutela familiar fundamentalmente, cuyo ejercicio corresponde en principio al padre sobreviviente o a un pariente cercano. La guarda de los menores y la administración de sus bienes son los objetivos esenciales de la institución. Se insiste sobre la importancia de la actuación del tutor en el orden económico, puesto que se pretende que el patrimonio recibido sea aumentado, y únicamente un texto lo hace también sobre el aspecto personal de la tutela. Por ello, en la casi totalidad de los fueros la remoción del tutor procede cuando su gestión económica es deficiente a juicio de los parientes de los pupilos. En consecuencia,

el primitivo tutor y los siguientes pueden ser sustituidos, e incluso se admite como posible que sea necesario recurrir a un extraño a la familia ³¹.

5. Un texto del Fuero de Valdefermoso de las Monjas apunta un nuevo sistema de tutela en atención a los criterios que le sirven de base para la designación del tutor:

Et ad orphanum creet illum suus pater aut sua mater. Et si ermano a parent dixerit: "ego creabo et incalciabo", sit tantum avere et tanto per tanto teneat pater, et qui magis dabit, ipse creet illum ³².

En este lugar, situado ligeramente al sur de Brihuega, la tutela es familiar, y de ella se ocupa, en principio, conforme a las soluciones que hemos visto reflejadas en otros fueros, el padre sobreviviente. Pero, a continuación, se esboza un sistema de tutela no automática, de la que se encargaría el pariente que ofreciera una explotación más fructífera de los bienes de los huérfanos —«et qui magis dabit, ipse creet illum»—, si bien en igualdad de circunstancias es preferido el padre vivo.

Este sistema formulado en el Fuero de Valdefermoso de las Monjas nos es mejor conocido por otros textos locales que lo desarrollan. Consideremos en este sentido los Fueros de Zorita de los Canes ³³, Plasencia ³⁴, Coria ³⁵, Cáceres-Usagre ³⁶, los por-

31. A diferencia del Fuero de Daroca, en estos fueros no se excluye a la concubina de la tutela y administración de los bienes que han de ser heredados por el hijo nacido después de la muerte del padre, siempre que éste carezca de otra descendencia. Ver sobre esta cuestión E. GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español* (Sevilla, 1969), págs. 152 y 153. A los textos cit. por el autor pueden añadirse ahora *Fuero de Alcazar*, 104; *Fuero de Alarcón*, 198, y *Formulario*, 87.

32. Ed. de CATALINA GARCÍA, *La Alcarria en los dos primeros siglos de su Reconquista*, ap. 4, págs. 118-24.

33. *Fuero de Zorita de los Canes*, 217. «Del huerfano que fincare pequeño.—El lijo que depues dela muerte de padre chiquiello fincare, los mas cercanos parientes con el padre que fincare almoneden todos los sus bienes que ael cayeren de parte de su padre finado, et tanto por tanto el padre biuo, si quisiere, ayalos dado buenos alos mas cercanos parientes daquel ninno que pague en cabo del anno el antedicha almoneda. Otroquesi, si los mas cercanos

tugueses de Alfaiates, Castello-Bom, Castel-Rodrigo, Castello-Melhor³⁷, y también los de Ledesma y Salamanca³⁸. En todos ellos, producida la orfandad por el fallecimiento de uno de los padres, el sobreviviente con los otros parientes más cercanos de los huérfanos —Fueros de Zorita de los Canes, 217, Coria, 83, y los por-

herederos recibieren el ninno con todos sus bienes, den buenos fiadores al padre del ninno que paguen, segund que dicho es: depues que el moço de XII annos fuere, aya libre poderio de yrse o de fincarse con lo que al plo-guier».

34. *Fuero de Plasencia*, 483. «De guarda de huerfanos.—Esto dezimos apro delos huerfanos que luego que el padre o la madre passaren los parientes luego metan el auer en almoneda, et que mas diere por ello, esse lo tenga et tanto por tanto, el padre o la madre lo tenga queriendolo tener, et si el padre o la madre non lo quisieren tener, tenganlo los parientes, et qui este auer sacare de almoneda primero de fiadores ualientes, et despues reciba el auer por escripto, et por otra manera non, et acabo del anno, de el cabdal et la ganancia, et metalo en almoneda cabadelantre apro delos huerfanos, et si alguna cosa menoscabare del auer delos huerfanos, delo doblado, et quando los huerfanos, fueren de XIII. annos ayan poder de yr, o de estar, o les plo-guier». (ed. J. BENAVIDES CILIEGA, *El Fuero de Plasencia*, Roma, 1896).

35. *Fuero de Coria*, 83. «De los fijos sin hedade.—Fijos o fijas que huerfanos remanesçieren que no ovieren quinze annos, sus parientes metan sus buenas en almoneda con el padre o con la madre, e qui mas por ello dier e mas bien les hizier, ese sea su guardador e los reçaiba. E tanto por tanto el padre o la madre los tenga si quisier tenellos, el mueble este por mueble e la raiz por raiz. E si a cabo de un anno non venieren meter en almoneda el aver e dar la ganancia, metan las bestias cada terçer dia fasta que adugan la ganancia, e no ixcan ende por ferias ni por solturas fasta quel paguen» (ed. E. SÁEZ, *El Fuero de Coria*, Madrid, 1949).

36. Ed. de R. UREÑA y A. BONILLA, *Fuero de Usagre (siglo XIII), anotado con las variantes del de Cácares y seguido de varios apéndices y un glosario* (Madrid, 1907).

37. Editados en los *P. M. H.*, I (1856), págs. 791-848, 745-790, 849-896, 897-939, respectivamente.

38. *Fuero de Salamanca*, 330. «De auer de orphanos.—Quando morir padre o madre e remanesçieren fijos orphanos, sus parientes metan su auer en almoneda; e aquel que lo bien fezier, saquelo asta cabo dano; e por coto lo saque que lo de acabo dano; e si non, delo doblado. E a cabo del ano metan lo con los otros en almoneda; e aquel que lo sacare, de bonos fiadores en duplo por lo auer que lieua e que tien; e por lo que a dar, que lo de acabo dano; e antes de el auer, de pues metan lo en almoneda; e si lo non dier, meta bestias en mano de parientes, mulares o caualares, fasta que lo de»; *Fuero de Ledesma*, 200. «Orfanos que remanecen sin padres.—Orfano que

tugueses³⁹— o solamente los parientes de los menores —Fueros de Plasencia, 483, Ledesma, 200, y Salamanca, 330—, almonedan los bienes heredados por los huérfanos, para fijar la renta más alta —«et que mas diese por ello» (Fuero de Plasencia), «et qui mas bien les fiziere» (Usagre y los portugueses), «qual mas montar ela almodena» (Ledesma)— que se pueda obtener anualmente por su aprovechamiento y explotación.

Consecuentemente, de la tutela se encarga el mejor postor, pero dentro del círculo de los parientes, con lo cual se armonizan los intereses económicos de los huérfanos y también los personales en cuanto que su guarda es confiada en todo caso a uno de aquéllos: «otroquesi, si los mas cercanos herederos recibieren el ninno con todos sus bienes» (Fuero de Zorita de los Canes), «e de sus parientes, qual mas montar ela almoneda o meyor fizier a los huerfanos, con esse uayan el primero ano» (Fuero de Ledesma), etc.

De igual forma que en el Fuero de Valdefermoso de las Monjas, se admite la tutela voluntaria del padre vivo con preferencia a la de otros parientes en igualdad de circunstancias: «et que mas diere por ello, esse lo tenga et tanto por tanto, el padre o la madre lo tenga queriendolo tener, et si el padre o la madre non lo quisieren tener, tenganlo los parientes» (Fuero de Plasencia, semejante en este punto al de Zorita de los Canes). Los Fueros de Coria, Cáceres Usagre, Alfaiates, Castello-Bom, Castel-Rodrigo y Castello-Melhor regulan el supuesto de la manera siguiente: «et qui mas bien les fiziere, ipse accipiat illos. Et tanto per tanto pater aut mater los

remanece sin padre o sin madre, e auer o ganado o heredades, uengan sus parientes que mas cerca ouier de padre o de madre, que se los moços moriren so auer deuen heredar, e metan su auer en almoneda; e de sus parientes, qual mas montar ela almoneda o meyor fizier a los huerfanos, con esse uayan el primero ano. E acabo del anno adugan el cabdal e la ganancia ante los parientes, e almoneden nueuo; et quien meyor fizier, tenga los huerfanos. E asi fagan cada anno asta que sean de edade. Et qual dellos conprir .XV. annos, denlle su auer e su cabdal e su ganancia. E uaya pora u quisier, si fuer baron, et si fue fenbra, non ixca de mano de parientes fasta quela casen, mas more con qual pariente se quisier» (ed. de CASTRO y ONIS, *Fueros de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes*, Madrid, 1916).

39. *Costumes e Foros de Alfaiates*, 73; *C. F. de Castello-Bom*, 82; *C. F. de Castel-Rodrigo*, IV, 16; *C. F. de Castello-Melhor*, IV, 15.

tenga si uoluerit» (Fueros de Cáceres, Usagre y, con ellos, los portugueses), «e qui mas por ello dier e mas bien les hizier, esse sea guardador e los reçiba. E tanto por tanto el padre...» (Fuero de Coria), sin referencia a otros parientes, pero el «qui mas bien les fiziere» no puede ser otro que uno de los parientes de los huérfanos, según se desprende de otros textos en los que la tutela siempre aparece encomendada a ellos⁴⁰.

Los Fueros de Ledesma y Salamanca no establecen una tutela paterna o materna con preferencia a la de otro pariente. La otorgan a uno de los parientes, precisamente a aquel que «mas montar ela almoneda o meyor fizier alos huerfanos» (Fuero de Ledesma). ¿Quiere esto decir que solamente podría desempeñarla el padre vivo cuando fuera él quien «mas montar ela almoneda»? Es posible. Pero obsérvese que en estos textos son los parientes más cercanos los que deben almonedar los bienes, sin participación alguna del padre o madre vivo, y aunque lo mismo se disponía en el Fuero de Plasencia sin el requisito de que fueran los parientes cercanos, en estos fueros adquiere un matiz especial si se relaciona ese hecho con el contenido de los preceptos 330 a) del Fuero de Salamanca C y 197 del Fuero de Ledesma, puesto que en ellos se vislumbra como posible —los textos no son absolutamente claros— la tutela automática del padre o madre sobreviviente o una situación de persistencia de la comunidad familiar dirigida ahora por éste⁴¹. Cabe, pues, pensar en una segunda posibilidad, según la cual la

40. *Fuero de Usagre*, 99. «Mulier non responder per fiadura nin filios.—Homo qui morierit non responde su mulier nin suos filios ni qui sua bona heredar nisi pro suo debito; et non respondan per otra fiadura, et los parientes que touieren los orphanos con sua bona respondan por el depdo, et non se paren tras anno neque tras respusa»; *Fuero de Coria*, 89; *C. F. de Castellobom*, 87; *C. F. de Castel-Rodrigo*, IV, 18; *C. F. de Castello-Melbor*, IV, 16.

41. *Fuero de Salamanca* (C), 330 a. «De buena de huerfano que morier sin hedad.—Todo orfano aquien morier padre o madre, el padre ola madre que remaneciére tenga su buena fasta que sea de edade; e non lauenda nin la malmeta»; *Fuero de Ledesma*, 197. «De orfanos aquien morir padre o madre.—Todo huerfano aquien morir padre o madre que uiuo remaneseier, e heredado finca el fijo de aquelle padre o madre que muerto es, niua en aquella heredade ata que el mancebo sea de .XV. anos; e si en este comedio morir, heriede el padre ola madre bona del ninno muerto por siempre»; ver además *Fuero de Zamora*, 24. De fillo que sal de mandado.

tutela que se atribuye a los parientes por el procedimiento indicado sería supletoria de la del padre o madre vivo, es decir, se recurriría a ella cuando los huérfanos lo fuesen de padre y de madre.

La principal obligación del tutor dentro de este sistema consiste en pagar, cumplido el año, la cantidad prometida al hacerse cargo de los menores y de sus bienes, los cuales se reciben mediante inventario, según lo previsto en el Fuero de Plasencia. Junto a esta obligación, la de poner los bienes a disposición de los otros parientes para que sean nuevamente almonedados y adjudicados por otro período igual de tiempo, hasta que los huérfanos sean de edad. El cumplimiento de estas obligaciones se asegura mediante fianzas (Fueros de Zorita de los Canes y Plasencia; el de Salamanca condena además al tutor al pago del doble). En otros fueros —Coria, Usagre, Alfaiates, Castello-Bom, Castel-Rodrigo y Castello-Melhor—, se emplea el procedimiento coactivo de la prenda para conseguir el mismo fin. De los daños que le son imputables responde el tutor (Fuero de Ledesma, 201) por el duplo (Fuero de Plasencia).

6. En relación con el sistema que acabamos de describir conviene examinar el contenido de los Fueros de Brihuega, 206, de una parte, y Soria, 358 y 359, de otra. Se trata, a mi juicio, de un sistema peculiar, en el que se distingue el aspecto de la tutela relativo a la educación, crianza y protección de los huérfanos, del referente a la administración de sus bienes. Una y otra faceta de la institución pueden ser encomendadas a personas distintas. En efecto, los dos objetivos que deben ser cumplidos mediante la tutela aparecen claramente contrapuestos en el Fuero de Brihuega, 206:

Todo huerphano que no aya padre ni madre, finque en poder de los parientes mas cercanos... et toda renda de huerphanos ante que ninguno la saque: sea dicha por conceio, et den la a quis mas diere por ella.

El arrendamiento de los bienes de los huérfanos es adjudicado a quien ofrezca la renta más elevada, con independencia de su condición o no de pariente del menor. Puede ser un extraño a la familia: «et si otros omnes —ni el padre vivo ni los parientes— sacaron la renda...».

Creo que el Fuero de Soria recoge el mismo sistema, no obstante que su redacción no sea tan terminante como la de Brihuega. En el precepto 358 se regula el aspecto económico de la tutela y mediante el procedimiento de la almoneda los bienes son consignados al «qui mas renta diere sobre ellos», por un año, y lo mismo en años sucesivos hasta que los huérfanos cumplan los dieciséis años, como se ordena en el precepto 165 del mismo fuero. En cambio, el precepto 359 se ocupa del aspecto personal de la tutela, de la guarda, defensa y protección de los pupilos ⁴².

Naturalmente, no se descarta —y el hecho debía ser normal— que ambas facetas, el cuidado de los huérfanos y la administración de sus bienes coincidieran en una misma persona, y concretamente en uno de los parientes más cercanos de los menores. En igualdad de condiciones —aceptación de la renta más alta que hubiera sido ofrecida—, la administración de los bienes corresponde, según el

42. *Fuero de Soria*, 358. «Si algun huerphano que sea sin edat fincare sin padre e sin madre, el padre ola madre que fincare biuo en uno con los parientes mas çercanos del padre ode la madre muerta que heredaran los bienes del huerfano si finasse, recabdados e escriptos todos los bienes del huerfano, sean echados en almoneda cada anno sobressí a renta; e el qui mas renta diere sobre ellos, que los aya, dando recabdo sobre buenos fiadores que de la renta a los plazos quel fueren puestos e que desempare los bienes que sacare en almoneda el tiempo de la renta conplido. Et la renta sean echada assi cada anno, falta que los huerfanos sean de edat conplida. Et el padre o la madre queriendo sacar el almoneda, tanto por tanto, aya lo ante que otro ninguno, si quier case, si quier non. Pero si la madre casare dent adelant, non sean reçebidos, ella nin sus parientes de la su parte, por la renta. Et si casa o vinnas o forno omolino o otra cosa alguna de las quel fueron dadas que non sako en almoneda, como en bestias o ganados, se perdieren o se menoscabaren por culpa del que sacare el almoneda, que peche al huerfano el danno doblado»; 359. «El padre seyendo cuerdo e de buen testimonio, maguer case o non, tenga sus fijos huerfanos, si quisiere; e por la mission denle tanto quanto les cunpliere, mesurada mientre, abien uista de omnes buenos. Otrossi los pueda tener la madre non casando, si quisiere, en essa misma guisa; et si se casare quel sean tollidos. Et si el huerfano padre o madre o dent arriba non ouiere biuos, tengan lo los mas çercanos parientes que fueren pora ello, daquellos que heredaran lo suyo. Et maguer uoluntad es del padre, o de la madre non casando, que tenga sus fijos si quisiere, pero si el auuelo o auuela o otro pariente, quier sea de parte del muerto, quier del biuo, por su mesura e por acreçentar los bienes delos huerfanos los quisiere tener e gouernar acuesta de si mismo, sean tollidos al padre o ala madre».

Fuero de Brihuega, al padre o a la madre, a alguno de los abuelos o de los parientes más cercanos, y en el de Soria se sanciona el derecho preferente del progenitor vivo, que posteriormente, por influencia del Derecho visigodo, le es negado a la madre y a sus propios parientes, si contrae nuevas nupcias. En ambos fueros la restitución de los bienes y el pago de la renta se aseguran mediante fianzas, que se prestan a los parientes o a las autoridades municipales, en el supuesto de que aquéllos no existan, a tenor de lo dispuesto en el texto de Brihuega. En el de Soria se establece la responsabilidad culposa del que recibió los bienes de los menores, y que se cleva al doble de la evaluación que merecieran las pérdidas o menoscabos ocasionados por su conducta.

De la tutela en su aspecto de protección y defensa de los huérfanos se encarga siempre un pariente cercano de los menores. El Fuero de Brihuega no especifica el orden en que deben ser preferidos los parientes, y es de suponer que se aplicaría el que establece para el caso de que la tutela y la adjudicación de los bienes coincidieran en la misma persona: padre o madre, alguno de los abuelos, otro pariente. En el de Soria, 359, se atribuye, si la acepta, al padre vivo —«cuerdo e de buen testimonio»—, y de igual manera a la madre, siempre que permanezca viuda, y en su defecto a alguno de los consanguíneos del menor.

Mediante la tutela se suple la falta de capacidad de los menores, y ello se advierte en el poder de disposición que se concede al tutor sobre los bienes de éstos para responder de las deudas de los mismos, con obligación de recabar el parecer de los jurados de la villa, según se desprende del Fuero de Brihuega, o de las del padre muerto o para pagar los impuestos, a tenor del Fuero de Soria, 360. En este fuero se reconoce al tutor el derecho a resarcirse de los gastos producidos por la tenencia de los huérfanos, «mesurada mientre, abien uista de omnes buenos», pero una vez más se pretende defender los intereses económicos de los menores, y por ello es preferido, incluso sobre el padre o madre vivo, el pariente paterno o materno —abuelo o abuela o cualquier otro—, que, junto a su buen criterio, «e por acresçentar los bienes delos huérfanos los quisiere tener e gouernar acuesta de si mismo».

7. Veamos, por último, el sistema contenido en los Fueros Real y de Ayala. El primero nos ofrece una normativa bastante completa, en la que se advierte una fuerte impronta visigoda, que se procura eliminar en el de Ayala.

En el Fuero Real la tutela corresponde en primer término al padre o madre viudo. El fuero en su ley 3, 7, 3, bajo la rúbrica 'como la madre es tutriz de los menores mientras no casare', impone esta condición, la inexistencia de segundas nupcias, para que la tutela materna prospere. Se trata, además, de una tutela voluntaria, ejercida por la madre «si quisiere». Al final del precepto, el fuero regula la tutela del padre del modo siguiente: «e si la madre muriere, e fincare el padre, tenga los fijos e a sus bienes, quier case, quier no e guarde a ellos, y a su bienes así como manda la ley»⁴³. Es evidente que no se le exige al padre cumplir el requisito de la permanencia en estado de viudedad, y en este sentido la influencia del *Liber iudiciorum* 4, 2, 13, puede afirmarse sin lugar a dudas. ¿Es voluntaria para el padre? Me inclino por responder afirmativamente, porque, al parecer el redactor del fuero ha pretendido establecer al final de la ley solamente el régimen peculiar de la tutela paterna sobre las segundas nupcias, manteniendo y haciendo extensivo en los restantes extremos el sistema de la tutela materna a la del padre: el carácter voluntario de la institución obedece también a influencia visigoda (L. i. 4, 2, 13 y 4, 3, 3). ¿O es que las relaciones con los hijos menores, cuando el sobreviviente es el padre, no se configuran como una tutela, sino como una continuación de la patria potestad? Un argumento en favor de esta postura lo encontramos en la ley 3, 10, 8, del

43. *Fuero Real* 3, 7, 3. «Como la madre es tutriz de los menores mientras no casare.—Si el padre muriere, e fijos del fincaren sin edad, la madre, no casando, tome a ellos, e a sus bienes si quisiere, e tengalos en su guarda fasta que sean de edad: e los bienes de los fijos rescíbalos por escrito ante los parientes mas propinquos del muerto, y delante alguno de los Alcaldes: e si la madre se casare, no tenga mas a los fijos, ni a sus bienes en guarda, y el Alcalde con los parientes mas propinquos del muerto, den a ellos, y a sus bienes a quien los tenga en guarda, así como dice la Ley de suso: si la madre muriere, e fincare el padre, tenga los fijos en a sus bienes, quier case, quier no e guarde a ellos, y a sus bienes así como manda la Ley». (ed. *Los Códigos Españoles* I, Madrid, 1847, págs. 347 y ss.).

fuego ⁴⁴. En contra de la ley 1, 11, 8, que nos habla de un poder de la madre sobre los hijos, al mismo nivel que el ejercido por el padre ⁴⁵; igualmente en contra la 3, 4, 6, que hace alusión al hecho de que tanto el padre o la madre que sobreviva tengan los bienes de sus hijos menores «en guarda, o por escrito, así como manda la ley» ⁴⁶. De aceptarse la postura de la interrogante se confirmaría una vez más la influencia del *Liber* sobre el Fuero Real, aunque en este caso haya sido mal asimilada, o tal vez conscientemente alterada a la vista de otros sistemas ya arraigados, y de los que nos dan noticia otros fueros municipales.

En Ayala la tutela procede cuando los huérfanos lo son de ambos padres, y por ello no se plantea el fuero los problemas relativos al carácter voluntario o no de la misma, o a la inexistencia de segundas nupcias para que la madre pueda desempeñarla ⁴⁷.

44. *Fuero Real*, 3, 10, 8. «Que cosas no se pueden vender.—... e maguer que el padre haya gran poder sobre los fijos, no queremos que los pueda vender, ni empeñar, ni dar...».

45. *Fuero Real* 1, 11, 8. «Como pleyto que face fijo, o fija estante en poder del padre, no vale.—Si padre o madre tubieren fijo, o fija en su poder, si le ficiere facer pleyto alguno de deuda, o de conocencia, o de otra cosa qualquier, tal pleyto no vala; maguer los fijos sean de edad cumplida...».

46. *Fuero Real* 3, 4, 6. «En que manera debe el padre, o la madre, partir con los fijos su hacienda, si quisiere casar segunda vez.—El home que hobiere fijos de alguna otra muger, si casare con otra muger, o si la muger que hobiere fijos de otro marido casare con algun home, e qualquier de ellos ante que haya partido con sus fijos ficiere alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier raiz, el padrastro, o madrastra hayan la meytad de las ganancias: fueras ende si el padre, o la madre tuviere la buena de aquellos sus hijos en guarda, o por escrito, así como manda la Ley».

47. *Fuero de Ayala*, 90. «Si algunos huerfanos sin edad fincassen sin padre, e sin madre los parientes más propincos que ayan edad, e que sean para ello reciban a ellos e a sus bienes, delante el Alcalde, e delante buenos hombres por escrito; e guarden a los huerfanos fasta que vengan a edad; e si non obieren parientes que sean para ello, el Alcalde dé los en guarda con todos sus bienes a algun buen hombre, e tengalos así como es dicho, e qualquier que los tenga mantengalos con los frutos, e por razon de su trabajo se pague a vista del Alcalde e de buenos hombres. E quando vinieren a edad dejesles todo lo suyo ante el Alcalde por escrito con que les recivio, e deles cuenta derecha de los frutos que dende rescivió.

E si alguna demanda les ficieren, o ellos demandaren a otro, aquel que los ha de guardar puede demandar o responder por ellos e lo que el ficiere

Pero al copiar Ayala en su capítulo 79 la ley 3, 4, 6, del Fuero Real, resulta que se atribuyen a las segundas nupcias del padre o madre vivo unos efectos que aproximan a la tutela la relación bajo la cual el sobreviviente cuida de los hijos de su primer matrimonio.

La renuncia voluntaria del padre sobreviviente al desempeño de la tutela y las segundas nupcias de la madre viuda (Fuero Real), y en ambos fueros el fallecimiento del padre y de la madre, determinan que la tutela de los huérfanos sea encomendada a los parientes más cercanos⁴⁸. Los fueros exigen en estos casos que el tutor cumpla ciertos requisitos: ser varón, mayor de veinte años, cuerdo o de recto y prudente juicio, y abonado o solvente en or-

vala, fueras ende si lo ficiere con engaño o con daño de ellos o por su negligencia o por su culpa, ca si por su culpa daño rescivieren los huerfanos en sus bienes, sea tenuto de pechar lo que y perdieren. E si a los huerfanos algun pleito les ficiere a su daño por alguna guisa, mientras los tobiere en su poder, non vala, e despues que fueren de edad e tobieren sus bienes o alguna cosa de ellos respondales sobre ellos quando quiera que gelos demandasen, e non se puedan defender por año e día». (ed. URIARTE LEBARIO, Madrid, 1912).

48. *Fuero Real* 3, 7, 2. «Como los parientes mas propinquos deben ser tutores de los menores.—Si algunos huerfanos que sean sin edad fincaren sin padre, o sin madre, los parientes mas propinquos que hayan edad e sean para ellos, resciban a ellos, e a todos sus bienes, delante el Alcalde, e delante homes buenos, por escripto, e guardenlos fasta que los huerfanos vengan a edad: e si no hobieren parientes que sean para ello, el Alcalde délos a guardar con todos sus bienes e algun home bueno, e tengalos asi como es sobre dicho: e quienquier que los tenga, mantengalos de los frutos, e tome para si el diezmo de los frutos por razón de su trabajo: e quando vinieren a edad déxeles todo lo suyo ante el Alcalde, por el escripto con que lo rescibió: e déles cuenta derecha de los frutos que ende rescibió: e si alguna demanda ficiere a los huerfanos, o ellos hobieren a demandar, a otri, aquel que los tiene en guarda pueda demandar, e responder por ellos; y lo que ficiere vala, fueras si lo ficiere con engaño, o daño de ellos: e si por negligencia, o por su culpa algun daño rescibieren los huerfanos en sus bienes, sea tenuto de gelo pechar: e si los huerfanos algun pleyto le ficiere de su daño por alguna guisa, mientras los tuviere en su poder, no vala: e si despues que fueren de edad les tuviere sus bienes, o alguna cosa de ellos, respondanles sobre ellos quando quier que gelos demandaren, e no se pueda defender por año, e día: e quando el padre o la madre murieren, e los fijos fincaren, entre los fijos en los bienes del muerto, o otros herederos derechos, si fijos no hobieren». *Fuero de Ayala*, 90.

den a su responsabilidad económica⁴⁹. No habiendo parientes que cumplan estas condiciones se recurre a un extraño a la familia —«algún home bueno»—, que es nombrado por el alcalde para que se haga cargo de la tutela de los huérfanos menores de edad.

La tutela, con independencia de la persona que la desempeñe, tiene idéntico contenido, puesto que comprende la guarda de los menores y la del patrimonio de éstos: «tome a ellos, e a sus bienes» (Fuero Real 3, 7, 3), «reciban a ellos e a sus bienes» (Fuero de Ayala, 90). Los bienes de los huérfanos son recibidos por el tutor bajo inventario del que se otorga la correspondiente escritura, en presencia del alcalde y de otros hombres buenos o de los parientes más cercanos del padre muerto cuando se encarga de la tutela el sobreviviente. En orden a las obligaciones del tutor con respecto a los huérfanos, los fueros señalan la alimentación y la representación judicial de los mismos. Desde el punto de vista patrimonial, el tutor debe conservar y administrar rectamente los bienes de los menores y los frutos que esos bienes produzcan. El cargo de tutor es remunerado. En este sentido, los fueros le atribuyen «el diezmo de los frutos por razón de su trabajo» (Fuero Real 3, 7, 2), o una cantidad que no se especifica y que será determinada «a vista del Alcalde o de buenos hombres» (Fuero de Ayala, 90).

Al término de la tutela, los bienes son entregados ante el alcalde a los hasta entonces pupilos, de acuerdo con el inventario, y el tutor rinde cuentas de los frutos obtenidos de esos bienes, de los que naturalmente será preciso descontar los gastos. La dilación en la entrega de los bienes no se beneficia de la prescripción: «e no se pueda defender por año, e día». Finalizada la tutela, el tutor responde de los daños sufridos por el patrimonio de los huérfanos, siempre que pueda probarse que hubo por su parte una actuación negligente o culposa.

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

49. *Fuero Real* 3, 7, 1. «De qué edad ha de ser el que ha de guardar huerfanos.—Todo ome que hobiere de guardar huerfanos, e sus bienes, debe ser de veinte años al menos, e debe ser cuerdo, e de buen testimonio, e abonado: e si tal no fuere, no pueda guardar a ellos, ni a sus bienes». *Fuero de Ayala*, 89.