

<b>CAP. III. Tutor y pupilo. . . . .</b>	<b>176.</b>
<b>COMENTARIO. . . . .</b>	<b>184.</b>

los ingleses , que ya tienen en sus colonias los esclavos que necesitan , y deben temer aumentar el número de ellos , propusieron á las otras potencias europeas la abolición del comercio de negros ; y los soberanos , seducidos por esta apariencia de humanidad , han consentido , aunque aun faltaban esclavos en sus establecimientos coloniales , en esta medida que puede ser perjudicial por mucho tiempo á sus intereses , y muy favorable á los de los ingleses , los cuales nunca olvidan el tanto por ciento. Sin embargo , si la medida se ejecuta , de lo que puede dudarse , la humanidad mercantil de la Inglaterra pondrá término á un comercio infame , oprobio de las naciones que se llaman cultas , y el número de esclavos se disminuirá necesariamente : ¿ y quién sabe si , multiplicándose demasiado los negros en la África , no emigrarán voluntariamente y pasarán á la América á buscar su subsistencia en un trabajo libre? Los negros y los blancos ganarian mucho en que se realizase esta idea , que acaso no es mas que el sueño de un amigo de los hombres de todos los colores.

### CAPITULO III.

#### *Tutor y pupilo.*

LA flaqueza de la infancia exige una proteccion continúa , y es preciso hacerlo

todo por un ente que aun nada puede hacer por sí mismo. El entero desarrollo de sus fuerzas físicas tarda muchos años, y todavía es mas lento el de sus fuerzas intelectuales. En una cierta edad ya tiene fuerzas y pasiones, y aun no tiene bastante experiencia para gobernarlas: muy sensible á lo presente, y muy poco por lo venidero, es necesario mantenerle bajo de una autoridad mas inmediata que la de las leyes, y gobernarle con penas y recompensas que obren, no de tiempo en tiempo, sino de continuo, y puedan adaptarse á todos los actos de la conducta miétras dure la educacion.

La eleccion de un oficio ó de una profesion para un niño, exige tambien que esté sometido á una autoridad particular. Esta eleccion, fundada sobre circunstancias personales, sobre ciertas expectativas, sobre los talentos ó las inclinaciones de los jóvenes educados, sobre la facilidad de aplicarlos á una cosa con preferencia á otra, en una palabra, sobre las probabilidades del éxito: esta eleccion, digo, es demasiado complicada para que pueda ha-

cerla el magistrado público; porque para cada sujeto es necesaria una determinacion particular, y esta determinacion pide conocimientos circunstanciados que no es posible tuviera el magistrado.

Este poder de proteccion y de gobierno sobre los individuos que son tenidos por incapaces de protegerse y gobernarse á sí mismos, constituye la *tutela*, especie de magistratura doméstica, fundada en la necesidad manifiesta de los que están sometidos á ella, y que debe componerse de todos los derechos necesarios para que se consiga su objeto y nada mas.

Los poderes necesarios para la educacion, son los de elegir una profesion para el pupilo, y fijar su domicilio con los medios de reprehension y de correccion, sin los cuales sería ineficaz la autoridad; pero estos medios pueden ser tanto mas fácilmente limitados en lo que hace á la severidad, cuanto mas cierta es su aplicacion, mas inmediata y mas fácil de variar, y que el gobierno doméstico posee un fondo inagotable de recompensas; porque en una edad en que todo se recibe, no hay una conce-

sion que no pueda tomar la forma de recompensa.

En cuanto á la subsistencia del pupilo, ella no puede salir mas que de tres fuentes, ó de bienes propios suyos, ó de un don gratuito, ó de su propio trabajo.

Si el pupilo tiene bienes propios, el tutor los administra en nombre y en beneficio del pupilo, y todo lo que hace en este punto, observando las formalidades prescriptas, es ratificado por la ley.

El pupilo que nada posée, es mantenido á costa del tutor, como en el caso que es el mas comun, de ejercer la tutela el padre ó la madre del niño; á costa de algun establecimiento de caridad; ó en fin, por su propio trabajo, como en el caso de que sus servicios estén ajustados en algun aprendizaje, de manera, que la época de no valor sea pagada por la época subsiguiente.

Como la tutela es un cargo puramente oneroso, regularmente se hace recaer este servicio sobre los que tienen mas inclinacion y mas facilidad para desempeñarlo. El padre y la madre se hallan sobre todo

en este caso; porque su afecto natural les dispone á este debér mas fuertemente que la ley; pero á pesar de esto, la ley que se lo impone, no es inútil; y porque se han visto algunos hijos abandonados por sus padres, se ha hecho con razon un delito de este abandono.

Si el padre al morir ha nombrado tutor á sus hijos, se presume que nadie mejor que él ha podido conocer á los que tenían los medios y la voluntad de reemplazarle en este cuidado; de manera que su eleccion será confirmada, á no haber razones contrarias de mucho peso.

Pero si el padre no ha dispuesto de la tutela, esta obligacion recaerá en un pariente que mire, por un interés, por la conservacion de las propiedades de una familia; y por afecto ó por honor, por el bienestar, y por la educacion de los hijos. A falta de parientes se nombrará algun amigo de los huérfanos que desempeñe voluntariamente este oficio, ó algun oficial público destinado á este efecto.

Debe tenerse consideracion á las circunstancias que pueden dispensar de la

tutela : una edad avanzada , una numerosa familia , algunas enfermedades , ó algunas razones de prudencia y de delicadeza , por ejemplo , una complicacion de interéses etc.

Las precauciones particulares contra los abusos de este poder , se hallan en las leyes penales contra los delitos : un abuso de autoridad contra la persona del pupilo se comprende en la clase de las injurias personales : las ganancias ilícitas sobre sus bienes , en la de las adquisiciones fraudulentas etc. La única cosa que hay que considerar es la circunstancia particular del delito , *la violacion de confianza* ; pero aunque esta haga mas odioso el delito , no siempre es una razon para aumentar la pena : al contrario , ya verémos en otra parte , que frecuentemente es una razon para disminuirla ; porque siendo mas particular la posicion del delincuente , se descubre el delito con mas facilidad , la reparacion es mas fácil y la alarma menor. En el caso de seduccion , el carácter de tutor es una agravacion del delito.

Por lo que hace á las precauciones ge-

nerales, se ha tomado muchas veces la de repartir la tutela, confiando la administracion de los bienes al heredero mas cercano, que en calidad de heredero tiene mas interés en conservarlos y hacerlos valer; y el cuidado de la persona á algun otro pariente mas interesado en la conservacion de su existencia.

Algunos legisladores han tomado otras medidas, como la de prohibir á los tutores que compren la hacienda de sus pupilos, ó permitir á estos que recobren sus bienes vendidos, reclamándolos en el término de algunos años despues de su mayor edad. El primero de estos medios, no parece expuesto á grandes inconvenientes; pero el segundo no puede dejar de perjudicar á los interéses del pupilo, disminuyendo el precio de sus propiedades, tanto mas cuanto el valor se disminuye realmente para el mismo que los adquiere, en razon de que la posesion es precaria, y de que no se atreve á hacer mejoras que podrian convertirse en perjuicio suyo, dando un motivo mas para el retracto: estos dos

medios parecen inútiles si la venta puede solamente hacerse en público, y bajo la inspeccion del magistrado.

El medio mas sencillo es que cualquiera persona pueda presentarse en justicia, como amigo del menor, contra sus tutores, sea en caso de malversacion de los bienes, sea en caso de negligencia ó violencia. La ley de este modo pone á estos entes débiles, que no pueden protegerse ellos mismos, bajo la proteccion de todo hombre generoso.

Siendo la tutela un estado de dependencia, es un mal que debe hacerse cesar luego que se pueda, sin tener que temer un mal mayor; ¿pero á qué edad debe fijarse la emancipacion? En este punto es preciso gobernarse por presunciones generales. La ley inglesa que ha fijado esta época á la edad de veinte y un años cumplidos, parece mucho mas racional que la ley romana que la habia fijado á los veinte y cinco, y que ha sido seguida en casi toda la Europa. A los veinte y un años ya se han desarrollado todas las facultades del hombre: ya este tiene todo el sentimiento

de sus fuerzas, cede al consejo lo que negaría á la autoridad, y no puede sufrir que se le retenga en las ataduras de la niñez; de manera, que la prolongacion del poder doméstico produciria frecuentemente un estado de mal humor y de irritacion igualmente perjudicial á las dos partes interesadas; pero hay algunos individuos que son incapaces, por decirlo así, de llegar á la madurez del hombre, ó que solo llegan á ella mucho mas tarde que los otros. En estos casos parece que la interdicion, que no es otra cosa que la prolongacion de la tutela en una infancia prolongada, es el medio mejor que puede tomarse.

### COMENTARIO.

La tutela, que Bentham no define, es, segun Justiniano, *una autoridad dada ó permitida por las leyes civiles á un hombre libre para guardar al que por su edad no puede defenderse á sí mismo*. La tutela es, ó testamentaria, cuando el padre por su testamento nombra un tutor á su hijo menor de edad: ó legitima, cuando la ley señala el tutor que ha de tener un menor, cuyo padre murió intestado, ó sin

nombrar tutor en el testamento que hizo : ó dativa , cuando el magistrado dá tutor á un menor que no le tiene testamentario ni legítimo. Como la tutela es un cargo oneroso , y una especie de prorogacion de la patria potestad , y por otra parte , está establecida en favor del pupilo , es muy natural que se confie á la persona en quien se suponga mas amor á este ; y como es de creer que el padre conoce mejor que nadie á las personas que aman á su hijo , el tutor nombrado por el padre es preferido á todos ; sigue á este el tutor legítimo , que es el agnado mas cercano , porque se le supone mas amor al pupilo , que el que puede tenerle un pariente mas remoto ; pues como hemos dicho , hablando de la sucesion *abintestato* , no se puede calcular el afecto sino por los grados del parentesco ; y el último de todos es el tutor dado por el magistrado , que ya que no pueda encargarse él mismo de la tutela , porque exige cuidados incompatibles con la magistratura , debe encargarla á un hombre que crea digno de su confianza , despues de haberse informado bien de sus cualidades.

El poder del tutor sobre el pupilo debe ser el necesario para desempeñar el fin de la tutela , y nada mas : debe cuidar de alimentar al pupilo , de vestirlo , de darle una educacion conforme á sus circunstancias , y hacerle tomar el estado , oficio , ó profesion que le parezca mas conveniente. Por muchos años el hombre , cuya

infancia es muy larga y muy débil, tiene necesidad de ser dirigido, en las acciones mas importantes de su vida, por otro hombre instruido ya por la razon y la experiencia; y es muy conforme á la prudencia que el pupilo nada importante pueda hacer sin la intervencion y autoridad de su tutor. La tutela tiene por objeto principal ó primario la persona del pupilo, y por objeto accesorio ó secundario la administracion de sus bienes; y podria á veces convenir separar el cuidado de la persona, de la administracion de la hacienda, como si el tutor fuese el heredero inmediato de su pupilo, y este fuera muy rico; porque en tal caso no estaria muy segura su persona á la disposicion de un pobre que podria enriquecerse con su muerte: entónces la administracion de la hacienda podria confiarse al pariente heredero legitimo del huérfano, que tiene interés en conservarla y administrarla bien; y el cuidado de la persona á otro pariente, que solo puede interesarse en el pupilo por afecto personal.

Contra el abuso que el tutor puede hacer de su autoridad para enriquecerse á costa de su pupilo, han tomado las leyes ciertas precauciones, como la de prohibir al tutor comprar los bienes de su pupilo, y autorizar á este para que pueda reclamarlos, usando, dentro de algunos años despues de la mayor edad, del remedio conocido en los libros del derecho con el nombre de restitucion *in integrum*; pero

Bentham reprueba con razon estas precauciones , como mas perjudiciales que provechosas á los intereses de la persona á quien se quiere favorecer ; y piensa que la mas segura y mas sencilla es autorizar á todo ciudadano para que , como amigo del huérfano , pueda atacar en juicio á su tutor , ya sea por malversar sus bienes , ya sea por no cuidar de su persona , ó por maltratarle .

Así lo hizo la legislacion romana , que admitió aun á ciertas múgeres á acusar al tutor derogando la regla general que excluia á las múgeres de los negocios del foro , por lo que dice el emperador Justiniano , que la acusacion contra el tutor sospechoso es como pública , porque todos están autorizados para hacerla , y así , no mal se llama esta accion popular . Si no se presentaba algun acusador , el magistrado podia proceder de oficio contra el tutor sospechoso , de manera que el pupilo estaba bajo la tutela y proteccion de todos los ciudadanos . Aun mas hacia la ley : obligaba á los tutores ( á excepcion de los testamentarios , fuera de un caso extraordinario ) á asegurar con una fianza competente la buena administracion de los bienes pupilares ; y el pupilo á su tiempo podia demandar por los menoscabos de su hacienda , primero al tutor , y muerto este á sus herederos ; luego al fiador , ó si este ha muerto , á sus herederos ; y últimamente , por la accion que se llama *subsidiaria* , al magistrado que ó

no recibió la fianza, ó no la recibió abonada. No puede pues acusarse á la legislación romana de que no mirase bastante por los pupilos : acaso alguna vez por favorecerlos demasiado les ha perjudicado , como sucede en la restitucion *in integrum*.

Me hé extendido algo sobre la tutela , explicando los principales principios de la jurisprudencia romana en este punto importante , porque veo que mi autor no tiene la misma idea de la tutela que los jurisconsultos romanos , y que la confunde á veces con la curatela , de la cual se diferencia en muchas cosas , aunque por otra parte estas dos instituciones se parezcan mucho. Bentham mira al padre como al primer tutor de su hijo ; pero claro está que no dá á la palabra tutor el sentido que la dan las leyes romanas , y el que en rigor la conviene : pues el niño que vive bajo la potestad de su padre no necesita de tutor , y este solamente se dá al huérfano para que reemplace al padre : puede decirse en un sentido comun y popular , que el padre es el tutor que la naturaleza dá á los hijos ; pero nunca en un sentido legal y exacto.

Que mi autor confunde la tutela con la curatela , es evidente ; pues asegura que por las leyes romanas la tutela duraba hasta que el pupilo habia cumplido veinte y cinco años , y esto solo es cierto de la curatela ; y los estudiantes del derecho romano saben que la tutela

se acaba , segun las leyes romanas seguidas en casi todas las naciones modernas, en llegando el pupilo á la pubertad , cuya época está señalada en los catorce años para los varones , y en los doce para las hembras.

No es esta sola la diferencia entre la tutela y la curatela ; hay otras muchas , y la capital es , que el objeto primario de la tutela es la persona del pupilo ; y el objeto primario de la curatela es la hacienda del menor ; y así es que la curatela se define , *un poder dado por las leyes para administrar las cosas de aquel que, por cualquiera motivo que sea , no puede administrarlas por sí mismo*. Bien se vé que en la definicion está comprendida la curatela del furioso , del mentecato , del pródigo , y del menor de edad , con la diferencia de que á este no se dá ordinariamente curador contra su voluntad , y sí á los otros ; lo que forma tambien otra diferencia entre la tutela que se dá al pupilo sin consultar su voluntad , y la curatela del adollescente , que no la admite si no quiere.

Por otra parte la tutela y la curatela tienen mucha semejanza entre sí : la misma obligacion de dar fianza , los mismos motivos de escusa etc.

La ley *Letoria*, segun algunos eruditos, fué la que fijó entre los romanos á los veinte y cinco años la época en que debia acabarse la curatela ; porque se creyó , siguiendo la opinión de los filósofos de aquellos tiempos , que hasta aquella edad no están en su pleno vigor las

facultades intelectuales y físicas del hombre ; pero la experiencia de todos los dias nos enseña lo contrario. Casi todas las legislaciones modernas han seguido en este punto la disposicion de las leyes romanas ; y permitiendo á los menores de veinte y cinco años disponer de sus personas, tal vez para siempre, como en los votos religiosos , les prohiben disponer de las cosas inmuebles , como si fueran ménos importantes la persona de un hombre y su libertad , que un prado ó una viña. La ley inglesa fija la época de la mayor edad á los veinte y un años , y lo mismo hace la ley de Francia , sin distincion de sexos ; estas leyes me parecen mas conformes al principio de la utilidad que las leyes romanas , y las de los pueblos modernos que las han copiado.

## CAPITULO IV.

### *Padre é hijo.*

YA hemos dicho que con cierto respeto el padre es un señor para su hijo , y con otro un tutor.

En calidad de señor tendrá el derecho de imponer servicios á sus hijos , y emplear en provecho suyo el trabajo de ellos hasta la edad en que la ley establece su independenciam: Este derecho que se dá al