

plido más de siete años. Tampoco está, pues, incluida esta cuestión importante en los preceptos del art. 1832.

Semejante omisión es injustificable, tanto más que, como dice el señor Gutierrez, la adopción de los niños expósitos, no solo ha sido recomendada, sino favorecida cuanto es posible atendiendo á la precaria situación de estos desgraciados. Escriche, por eso mismo, y de la propia suerte que Escriche, la mayoría de los escritores de Derecho, conceden gran atención á este punto y recuerdan y exponen acerca de él el contenido de las reales cédulas de 11 de Diciembre de 1796, 6 de Marzo de 1790 y 2 de Junio de 1788. "Leyes de fecha posterior, añade el Sr. Gutierrez, y en particular la de 6 de Febrero de 1822, restablecida en 8 de Setiembre de 1836 y la de 20 de Junio de 1849, han dictado disposiciones acertadas sobre el modo de prohiar á tales niños expósitos. Debe, con arreglo á ellas, instruirse el oportuno expediente, en el que han de ser oídas las juntas de Beneficencia; estas quedan encargadas de que á los prohijados les sean guardados todos los derechos, y en caso que la adopción no les fuese beneficiosa, las mismas volverán á tenerlos bajo su amparo. Aun cuando uno estuviese adoptado, será devuelto á los padres si le reclaman, los cuales, con intervención de las juntas, se concertarán ántes con el adoptante sobre el modo y forma en que el establecimiento (y el adoptante mismo) hayan de ser indemnizados de los gastos hechos en la crianza."

En nuestro juicio, la adopción de niños expósitos debía estar sujeta á las mismas reglas y condiciones que se han establecido para las adopciones en general. A falta de padres, en el expediente que se forme deben ser oídos el establecimiento de Beneficencia donde el menor se encuentre asilado y el Ministerio público. Se deben observar en ese expediente todas las formalidades que hemos prescrito y que se refieren á la familia del adoptante. Si los padres del adoptado fuesen algun día conocidos y reclamaren su hijo, se les debe entregar inmediatamente, á ménos de que el hijo se oponga á ello y de que el Ministerio público, fundándose en razones de verdadera importancia, aconseje lo contrario. Estas razones no podían ser otras que la vida criminal del padre ó la prostitución de la madre. Pero aun en este caso, si el hijo desea ir con sus padres y tiene edad para manifestar concienzudamente su voluntad, debe respetarse esta. Las indemnizaciones que hayan de fijarse y apreciarse no deben retardar la devolución del hijo á los pa-

dres en los casos en que proceda. Constituyen un pormenor secundario al cual nunca debe subordinarse lo principal.

Entendemos que todo esto es materia de la ley de Enjuiciamiento y no asunto de órden administrativo. Es privativo de la administración regular la forma en que han de entregarse niños expósitos á familias que deseen tenerlos para criarlos y educarlos.

Pero cuando los pidan con el propósito de adoptarlos, idea que envuelve y trae aparejadas más serias consecuencias, debe solemnizarse ante los tribunales por medio de un acto de jurisdicción voluntaria. Si los padres del expósito fuesen conocidos y no le hubiesen reclamado, no debe oírseles en el expediente á ménos de que vengan á él para solicitar que se les entregue. El padre que abandona un hijo, revela que no le inspira el más pequeño interés; la Ley, cuando ménos, así debe presumirlo.

Los legisladores de 1881 han perdido en este punto la ocasión, como en otros tantos, de ofrecernos una reforma completa é inspirada en los principios más progresivos y en las nociones más justas. En la materia de adopciones han podido formar un conjunto sistemático y bien organizado que ofreciere para la práctica y para el estudio ventajas de que carece el título que acabamos de reconocer.

Lo mismo pudieron hacer y ya lo advertimos oportunamente al tratar de los juicios universales de testamentaria y de los de *ab-intestato*.

Pero no lo han hecho demostrándonos aquí una vez más que la reforma de 1881 no es consecuencia de la reflexión, ni de un exámen concienzudo de nuestras instituciones procesales, sino obra de la ligereza con que muchas veces por desgracia se ha acometido en nuestro país el árduo empeño de dictar las leyes.

TITULO III.

Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos.

Con muy escasa diferencia, la Ley actual ha consagrado el mismo espacio que la anterior á esta importantísima materia, fuente de innumerables cuestiones de derecho civil y de procedimientos.

En aquella el título III de la segunda parte (cuyo epígrafe era igual al de éste) contenía cincuenta y ocho artículos; en la vigente contiene cuarenta y seis. La diversidad notada en esa cifra, nace de que la Ley vigente ha condensado un poco más que la de 1855.

En lo que se refiere al nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de esos cargos es esto aplicable, porque la Ley de 1855 vino á llenar un gran vacío no solo de nuestro derecho procesal, sino también de nuestro derecho civil.

Reinaba en tan importante materia algún desorden, y los legisladores de aquella época no vacilaron en acometer, después de un serio estudio, su reforma. Lo mismo que hemos dicho nosotros que debieran haber verificado los de 1881 en lo que se refiere á las adopciones.

Pero, después de haber estado en vigor la Ley de 1855, uniformadas ya estas cuestiones y sujetas á una organización científica y práctica muy aceptable, podían condensarse los términos en que las resolvía la Ley antigua, y esa es la razón de la conducta de los legisladores de 1881.

En seis acciones estaba dividido el título tercero de la segunda parte de aquella. Hé aquí los epígrafes de estas secciones:

- 1ª Del nombramiento de tutores.
- 2ª Del nombramiento de curadores para los bienes.
- 3ª Del nombramiento de curadores ejemplares.
- 4ª Del nombramiento de curadores para pleitos.
- 5ª Del discernimiento de los cargos de tutor y curador.
- 6ª Disposiciones comunes á las secciones anteriores.

También son seis las secciones en que se divide el título de la Ley de 1881 que ahora vamos á examinar. Los epígrafes son esos mismos y la materia que tratan está distribuida de un modo análogo á como se hallaba en el cuerpo de derecho que ha precedido á éste. Ni este esmero, ni la extensión con que se habla aquí de la guardaduría, ni la prolijidad con que nosotros la hemos estudiado, siguiendo en esto á otros comentaristas, puede sorprender al lector, que no descubre la extraordinaria importancia social de esta institución y la necesidad que hay de determinar de una manera muy concreta todo lo que á ella se refiere, para que no sean posibles fraudes, arbitrariedades y violencias, mucho más graves que cualesquiera otras, porque se cometían en el seno del hogar y al amparo de la inviolabilidad con que las leyes protegen

la vida de familia. Todavía creemos nosotros, y ya lo iremos demostrando en el curso de este estudio, que podía la Ley haberse perfeccionado en ese punto, porque en honor de la verdad la gran reforma aquí la hicieron los legisladores de 1855. Desde entonces hemos adelantado muy poco ó casi nada.

SECCION PRIMERA.

DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES.

No tenemos necesidad de definir la tutela, ni de llamar la atención sobre las necesidades que viene á satisfacer, ni de recordar sus precedentes en el derecho romano, en el de los germanos y en el patrio, como haría aquí un tratadista de derecho civil. Nos basta recordar que con arreglo á la Ley 2ª del título 16 de la partida sexta, hay entre nosotros tres clases de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa. Testamentaria es la que se establece por testamento de alguno que tiene derecho á darla á cualquier menor; legítima es la que se ejerce por ministerio de la Ley. Esta ha previsto en determinados casos la necesidad de que ciertas personas que reúnan condiciones fijadas por ella (parientes del grado que señala) deban encargarse de la guarda de un menor. El tutor que viene á serlo por virtud de ese título es un tutor legítimo.

Tutela dativa, por último, es aquella que da el Juez. A falta de tutor legítimo y testamentario, el Juez puede proveer de uno al huérfano que lo necesite. El tutor nombrado en virtud de ese título será un tutor dativo.

Debemos recordar aquí también que las personas sujetas á tutela son los hijos huérfanos de padre y madre, menores de catorce años, y las hijas, huérfanas también, menores de doce. En este punto nuestro derecho ha sufrido una importante modificación desde la Ley de 1855 hasta la actual. Cuando se promulgó aquella, las madres no tenían la patria potestad á falta del padre. Muerto éste era preciso proveer á los hijos de tutor. Ahora no sucede lo mismo, porque falleciendo el padre la madre entra en posesión de sus derechos y facultades y le reemplaza por completo. Este principio nuevo da margen á consecuencias que ya advertiremos y señalaremos en los casos que han venido á modificar.

Pueden dar tutor á un menor por medio de testamento su padre, su madre ó cualquier otra persona que nombre al menor heredero ó lega-

tario, siempre que, como dice el art. 1834, la manda ó legado que le deje sea de consideracion. Pero es requisito imprescindible, para dar tutor á alguno, que sea menor de la edad ántes señalada y huérfano de padre y madre. Ya veremos ademas lo que debe hacerse cuando resulten designados para cualquier menor dos ó más tutores de diverso ó del mismo título cómo ha de procederse. Lo exponremos al comentar el art. 1834, aunque ni en ese, ni en ningun otro ha resuelto este problema la Ley.

La Ley de Partida establecia que el que fuese dado por guardador de huérfanos, no debe ser mudo, ni sordo, ni desmemoriado, ni "desgastador de lo que oyere" ni de malas maneras. Añadió como condicion precisa, que para ser tutor de otro el nombrado contase por lo ménos veinticinco años. Dijo que tampoco podian serlo los clérigos, ni los que debiesen algo al menor de que se trate. Todas estas prohibiciones y las demas de que hablamos, como en lugar más propio, en el comentario al art. 1840, deben considerarse vigentes y los Jueces han de tenerlas en cuenta para no discernir ese cargo al que esté incurso en cualquiera de ellas.

Tambien las leyes de partida ordenaban que no pudiera nombrarse tutora de un menor á una mujer, salvo el caso de que la mujer de que se tratase fuese madre ó abuela del menor en cuestion. Despues de la Ley de matrimonio civil no puede entenderse vigente ese precepto. El menor huérfano de padre queda bajo la potestad de su madre, y no puede tener tutor. La madre no puede ni debe ser nombrada tutora, porque como madre conserva sobre sus hijos una autoridad superior por ministerio de la Ley de que nadie puede despojarla.

Ahora bien: equiparada la mujer al marido en estos términos, ¿podrá entenderse subsistente la prohibicion de nombrar á las mujeres guardadoras de los huérfanos? La cuestion es árdua y merece estudiarse con algun detenimiento. Nosotros nos inclinamos desde luego á creer que esa prohibicion ha desaparecido. Nos fundamos ante todo en el espíritu del art. 64 de la Ley de Matrimonio civil.

Admitida la mujer á gozar de todos los derechos inherentes á la autoridad paterna, se le han reconocido condiciones y facultades para el ejercicio de esa autoridad. La del tutor no es más que una desmembracion y derivacion de ella, y teniendo en cuenta que quien otorga lo

más concede lo ménos, seria un contrasentido seguir negando á las mujeres la capacidad necesaria para el desempeño de aquella funcion.

Hay más todavía. Nosotros creemos que la mujer no podrá ser nunca juez, legislador, ministro, ni general, porque el consagrarse á la administracion, á la milicia, á la investigacion ó á la práctica del derecho, es contrario á sus cualidades y fines; pero la tenemos por muy superior al hombre para todo lo que concierne al cuidado, á la direccion ó á la educacion de los hijos. Ese es á nuestro juicio su carácter distintivo: el de educadora.

Y no necesitamos invocar para demostrarlo el recuerdo de lo que debe la enseñanza en los Estados Unidos á la mujer, porque esa es ya una verdad que nadie pone en duda. Reconocido esto, no puede seguirse pensando que la mujer no sea tutora, y como habrá muchos casos en que convenga dar á un menor tutora ó curadora en vez de tutor, nosotros creemos que los Jueces deben discernirle el cargo sin tener para nada en cuenta lo dispuesto en la ley 4.^a del título XVI de la Partida sexta. Esto sin perjuicio de derogar el principio contenido en esa Ley, como nosotros creemos que debe derogarse cuando llegue el dia en que, cumpliendo ofertas tantas veces reiteradas, acabe de redactarse el Código civil.

La Ley de Partida que acabamos de mencionar admitia la posibilidad de que la madre fuese sombrada tutora de sus hijos por testamento ó por el Juez; pero admitia esa posibilidad y mandaba para semejante caso discernirle el cargo siempre que cumpliera con una condicion: la de ofrecer solemnemente no contraer nuevas nupcias miéntras tuviere al pupilo ó pupilos bajo su guarda. En el caso de que faltare á este compromiso dejaba la madre de ser tutora de sus hijos. En la actualidad nada de esto puede ocurrir, porque ya hemos dicho que la viuda conserva á sus hijos bajo su potestad. No la pierde aunque contraiga otro matrimonio: ese es el sentir de los comentaristas y lo que se desprende del art. 64, ya mencionado, de la ley de Matrimonio civil. Esto es, pues, conforme á derecho; pero, ¿es conforme á justicia?

Hé aquí una grave cuestion que no nos toca suscitar aquí. Anticiparemos, sin embargo, la de que á nuestro juicio deben los legisladores meditar un poco más de lo que hasta ahora lo han hecho sobre la situacion que crean dentro de cualquier familia las segundas nupcias y sobre si es conveniente, equitativo y oportuno que, despues de éstas,

conserven los padres sobre sus hijos del primer matrimonio la autoridad que la Ley les confiere.

Conviene recordar aquí unas palabras de la ley 4ª del título XVI de la Partida 6ª: "E la razon, dice, porque defendemos que non case (la madre viuda que es nombrada tutora de sus hijos) de mientras que los moços touiere en guarda, es esta: porque podria acaescer, que por el gran amor que auia á su marido que tomase de nueuo, non guardaria tan bien las personas, nin los bienes de los moços; ó faria alguna cosa que se tornaria en grand daño dellos."

Esta razon tanto vale para oponerse á que la madre tutora contraiga segundas nupcias, como para prohibir que la madre que se casa segunda vez conserve los hijos del primer matrimonio bajo su potestad; y lo mismo que puede invocarse por lo que toca á la madre nos parece lícito recordarla en cuanto pueda referirse al padre. Hé ahí por qué hemos dicho que los legisladores deben meditar los términos de ese problema. Ahora añadimos que no deben olvidarse de las palabras del Código alfonsino que encierran una profunda verdad.

Para la aplicacion de los preceptos contenidos en esta seccion de la ley de Enjuiciamiento civil que ahora estamos examinando, debe tambien tenerse en cuenta que la designacion de tutor ha de hacerse de un modo cierto, y por último, que es Juez competente para conocer del nombramiento de tutores, del discernimiento y excusas de estos cargos el del domicilio del padre ó la madre cuya muerte ocasionó el nombramiento, y en su defecto el del domicilio del menor ó el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles.

Así lo dispone la regla 17 del art. 63 de la vigente Ley de Enjuiciamiento que ha reformado algo en ese punto el derecho antiguo, porque ántes de promulgarse este cuerpo legal, segun las leyes 2ª, 4ª, 6ª, 8ª, 9ª y 12 de la Partida 6ª y la jurisprudencia establecida de acuerdo con lo que las mismas disponen, era Juez competente para lo antedicho el del domicilio de los menores ó el del lugar en que radican los bienes que les hubiere dejado el testador, y tambien el domicilio de éste ó el que conociera de la testamentaria ó ab-intestato.

Art. 1833. Acreditado el nombramiento de tutor, hecho en disposicion testamentaria por el padre ó la madre del menor, mandará el Juez que se le discierna el cargo sin exigirle

fianzas, si se le hubiere relevado de darlas. (*Ley ant., arts. 1219, 1220 y 1221.*)

El artículo 1833 de la Ley actual resume, concreta y perfecciona la doctrina establecida en los 1219, 1220 y 1221 de la antigua Ley. Esa doctrina se refiere á las personas que pueden dar tutor testamentario, á la posibilidad de discernir el cargo de tutor testamentario y á la relevacion de fianzas.

I.

Segun los indicados artículos del Código de procedimiento anterior podian dar tutor testamentario:

- 1º El padre, sin limitacion alguna.
- 2º La madre, á falta de padre y tambien sin limitacion.

Este último principio era ya una novedad respecto de nuestro antiguo derecho, puesto que, como todo el mundo sabe, la Ley de Partida solo permitia á la madre que diera tutor á su hijo en el caso de que lo instituyese heredero. Los legisladores de 1855 enmendaron con razon ese precepto y establecieron este otro más equitativo sin duda.

Despues de promulgada la ley de 1855 el derecho ha sido ese: el padre al morir daba tutor á su hijo aun cuando le sobreviviera la madre. Podia nombrar tutora á ésta; pero si nombraba á otra persona, nombrada quedaba y el Juez obligado á discernirle el cargo. La madre, por el contrario, solo faltando el padre podia dar tutor á sus hijos menores. Tales han sido las reglas capitales de esa materia hasta la promulgacion de la ley de matrimonio civil. En virtud de lo dispuesto en la misma, aquella se entendió modificada. A partir de esa fecha quedó establecido que el padre, sobreviviendo la madre, no pudiera dar tutor á sus hijos menores.

El artículo 1833 ha debido reflejar ese último estado de nuestra legislacion sobre la materia, y los autores de esta reforma pensaron sin duda hacerlo así; pero á nuestro juicio no lo han hecho de un modo claro y terminante. Es verdad que equiparan al padre y á la madre en la facultad de dar á los hijos menores tutor testamentario; es verdad que se la atribuyen en los mismos términos á uno que á otro; pero tambien es verdad que no se deduce claramente de ese artículo, sin el auxilio de otras disposiciones, cuál es el alcance de la referida facultad.

"Acreditado, dice, el nombramiento de tutor, hecho en disposicion

testamentaria por el padre ó la madre del menor, mandará el Juez que se le discierna el cargo.” Y ha debido decir algo más. Ha debido ese artículo hacer constar que para que el Juez mande discernir el cargo al tutor nombrado en testamento por el padre ó la madre, es preciso que ambos hayan fallecido, porque sobreviviendo uno de los dos es ineficaz la designacion de tutor hecha por el cónyuge premuerto. Tal es verdaderamente el derecho que rige esta materia y no sabemos por qué no ha de haberse puesto algun cuidado en que el art. 1833 lo expresara bien para evitar dudas de cualquiera especie. Ese artículo, pues, ha debido redactarse de otra manera; debía decir: “Acreditado el nombramiento de tutor, hecho en disposicion testamentaria por el padre ó la madre del menor, y muertos ambos, mandará el Juez, etc.”

Aun dada esta redaccion podrian surgir dudas que la Jurisprudencia ó una nueva reforma han de aclarar necesariamente, y acerca de las cuales debemos nosotros tambien decir algunas palabras, examinando sobre todo el caso de que concurren dos tutores testamentarios, uno nombrado por el padre y otro nombrado por la madre. ¿A cuál de ellos debe discernirse el cargo?

Creemos que á los dos para que lo desempeñen conjuntamente. Si el padre ó la madre nombraron dos ó más tutores y el otro cónyuge uno, se deberá discernir el cargo tambien á todos para que lo ejerzan de acuerdo. Pero si esto fuera imposible y resultase semejante imposibilidad de sobra evidenciada, habrá que sujetarse á las reglas siguientes:

1ª Se discernirá el cargo de tutor al nombrado por el cónyuge que haya muerto despues. El que falleció ántes no tenia derecho para nombrarle, puesto que le sobrevivía el otro. El nombramiento que hizo debe reputarse ineficaz y válido solo el hecho por el cónyuge superviviente, plenamente capacitado ya por las leyes para dar tutor á sus hijos menores.

2ª Si ambos cónyuges hubieran fallecido al mismo tiempo y cada uno á la hora de morir nombrase un tutor distinto ó lo tuviesen nombrado en disposiciones testamentarias otorgadas de antemano, entónces debe discernirse el cargo, caso de que exista aquella imposibilidad, al tutor nombrado por el padre. En semejantes condiciones es una preeminencia que se debe á éste por la mayor autoridad é iniciativa que las leyes le reconocen en todo lo que toca al gobierno de la familia.

Importa poco la fecha en que haya sido nombrado el tutor. Supongamos que H, muerto en 1875, habia nombrado en un testamento anterior á A, tutor de sus hijos menores. Al morir H, le sobrevive su esposa J, que fallece en 1883, sin nombrar tutor á sus hijos menores todavía que deja. A, puede presentarse y solicitar que se le discierna el cargo. Pero si J nombró ántes de morir ó en cualquier época otro tutor, ese tendrá un derecho preferente á que se le discierna el cargo, de acuerdo con las reglas que hemos establecido más arriba.

II.

Con arreglo á nuestro antiguo derecho y principalmente á lo que disponen las leyes 3ª, 6ª y 8ª del título 16 de la Partida sexta, se exigía para que un tutor testamentario pudiera desempeñar su cargo, que el Juez ántes se lo discerniese, salvo en el caso de que el tutor fuera nombrado por el padre y dado á su hijo legítimo. Esa excepcion desapareció de la Ley de 1855; la de 1881 no ha hecho en este punto innovacion alguna. Se sigue considerando, y con razon, que no hay motivo para exceptuar la dacion de tutela del padre en beneficio de su hijo legítimo, de la intervencion establecida por la sociedad respecto al ejercicio de esos cargos, que se revela en el discernimiento.

Lo único, pues, que tenemos que observar á esta parte del artículo 1833, es que no ha indicado todo lo que debe hacerse ántes del discernimiento. Parece deducirse de sus términos que basta exhibir el documento que acredita haber sido nombrado un tutor testamentario para que el Juez le discierna el cargo, y en realidad es preciso mucho más. No solo es preciso que el nombramiento esté hecho en condiciones de validez, sino que ántes de discernir el cargo, debe ser aceptado por el nombrado y prestar éste la fianza correspondiente si estuviese obligado á hacerlo. Despues que conste su aceptacion y que haya prestado la fianza es cuando el cargo puede discernirsele.

III.

La prestacion de fianza es la única garantía eficaz que existe del buen desempeño del cargo de tutor. Por eso todo lo que á la fianza se refiere es importantísimo y debe examinarse con un criterio estrecho y severo.

Al discernir el cargo de tutor á cualquiera, se pone en sus manos la persona y los bienes del pupilo cuya custodia se le encomienda, se le

autoriza á ejercer sobre ambos una accion constante y decisiva; se le entregan para que disponga de ellos como le parezca conveniente y casi sin limitaciones ni trabas. Una dolorosa experiencia enseña que en muchos casos esto solo ha servido para hacer posibles fraudes y violencias del peor género. Y las violencias que un padre puede ejercer sobre sus hijos, un marido con su mujer y un tutor con sus pupilos son las más odiosas de todas, porque en esos dramas íntimos que se desenvuelven en el seno del hogar, amparados por el misterio y la inviolabilidad que rodea á la familia, la víctima carece de medios para defenderse y queda casi siempre á merced de su impío enemigo.

Esta consideracion no nos inclina á pedir que desaparezcan los tutores y las tutelas. A cambio de aquellos inconvenientes la institucion en que nos ocupamos ofrece bastantes ventajas. Lo que hay que hacer es reformarla, de suerte que se utilicen todas estas y se eviten todos aquellos. Mucho hizo en ese sentido la Ley de 1855. Bastante hace por su parte la de 1881. Pero todavía es posible realizar algo más, y en lo que á nosotros toca, no hemos de perder nunca ese punto de vista porque creemos que es necesario poner coto á los abusos de que aún es susceptible la nobilísima institucion de la guardaduría, cuyos rigores y excesos han puesto de manifiesto con tanta exactitud los maestros de nuestro teatro clásico, revelando que en sus tiempos era esa llaga social todavía más terrible y dolorosa que en la actualidad.

Ya hemos dicho al principio de este párrafo, que la única garantía eficaz del buen desempeño del cargo de tutor es la prestacion de fianza. Mucho tiempo se ha tardado en reconocer esta verdad, cuyas consecuencias aun no se mantienen con el rigor debido.

El derecho romano no exigia fianzas al tutor testamentario. Las Partidas tampoco establecieron de un modo terminante la obligacion de prestarlas, excepto cuando el testador lo huciese ordenado. Los publicistas y los escritores de derecho, apreciaban esta cuestion con diverso criterio: unos sostenian que no debieran exigirse, y otros por el contrario, sustentaban la opinion más acertada siempre de que era indispensable prestarlas, salvo el caso de que el testador hubiese relevado al tutor de semejante deber. La práctica de estas reglas tampoco fué uniforme y quedando, como estaba, al arbitrio de Jueces, dió márgen á mayores abusos é inmoralidades, que hicieron comprender la necesidad de modificar esencialmente ese precepto.

Apremiados por estas consideraciones los legisladores de 1855, establecieron ya lo que dispone el artículo 1220 de su obra. "No habiendo, —dice ese artículo,—relevacion de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse." Esta es tambien la regla general de la Ley de 1881, expresada en las últimas palabras del art. 1833.

Esta regla es sin duda una gran conquista; pero no estimamos que deben los legisladores detener allí los progresos realizados por aquel principio. Más adelante veremos que la Ley de 1855 admite además algun caso, en el cual puede exigirse fianzas al tutor testamentario nombrado por la madre ó un extraño, y relevado de la obligacion de prestarla. La de 1881 ha ampliado esa excepcion al tutor nombrado por el padre, y relevado del mismo deber, siempre que haya razones muy fundadas para que los tribunales procedan de esa manera.

Esto indica que aun hemos de ir en esa cuestion mucho más adelante, y que el ideal en materia de fianzas prestadas por los tutores, solo puede encontrarse en la práctica de un principio diametralmente opuesto al sentado por el derecho romano. Los jurisconsultos del pueblo-rey establecieron que al tutor testamentario no se le exigiese fianza á mé- nos de ordenarlo el testador, y nosotros creemos que llegará un dia en que se comprenda la necesidad de exigir fianzas á todo tutor testamentario, aun cuando haya sido relevado de la obligacion de prestarlas por el testador.

IV.

Esta idea, que á muchos parecerá exagerada es muy defendible. Existen en pró de ella razones poderosísimas que acabarán por determinar ese cambio, tan completamente como nosotros deseamos. La primera y más importante de todas ya la hemos expuesto al decir que la prestacion de fianza era el único medio capaz de garantizar eficazmente el cumplimiento de los deberes de tutor. Ocurre pensar por lo mismo que si ese es el único medio hábil para el logro de tan importante fin, nunca ní por motivo alguno debe prescindirse de él. Porque prescindir de él es confiarse á la ventura y dejar abandonados á un peligro cierto los intereses y la fortuna del menor que tiene la desgracia de verse sometido á la autoridad de un pariente ó de un extraño. Solamente en virtud de esa consideracion que es elemental y exactísima, debiera exigirse siempre en todos los casos sin excepcion alguna, que el tutor preste fianza aunque haya sido relevado de ellas.

Es muy discutible el derecho del padre para hacer esa relevacion. En realidad, nosotros no vemos que semejante derecho se funde en un principio de rigurosa justicia ó de indudable conveniencia. Esto último ya lo combatian en su excelente comentario á la Ley anterior los Sres. Manresa y Reus. Discurriendo acerca de los motivos que hubiese tenido el legislador para exceptuar al tutor testamentario nombrado por el padre de la regla establecida en el art. 1223, dicen: "Sentimos que [esa regla], no se haya hecho extensiva al tutor nombrado por el padre. Acaso sea por haber considerado este nombramiento como un efecto de la patria potestad y tambien por creer en el padre más prevision y diligencia, y aun interes que en la madre ó en un extraño. No obstante estas razones, que son muy atendibles, ¿no pudo el padre estar equivocado creyendo persona idónea y de garantías al que carecia de estas circunstancias? ¿No puede tambien haber variado la condicion del tutor designado por el padre, en el tiempo trascurrido desde que otorgó su disposicion testamentaria hasta que ocurrió su fallecimiento?"

Vamos ahora al fundamento del derecho con que el padre puede decretar esa relevacion. De la patria potestad se desprende el dar á un hijo tutor testamentario; pero el relevarle de fianzas solo del supuesto,—entiéndase bien—solo del supuesto de que siendo el padre la persona que más quiere á su hijo y que más cuidará de su porvenir, habrá escogido para aquel cargo al hombre más apto y probo, más digno de toda su confianza. Ya hemos visto la solidez de ese supuesto. Evidenciando que no descansa sobre una base sólida, no puede seguirse alegando el derecho que en él se origina. Y aquello no solo está evidenciado por los razonamientos que hemos expuesto, transcribiéndolos á esta de la obra de los Sres. Manresa y Reus; está evidenciado por una larga práctica llena de lecciones y de enseñanzas utilísimas, práctica que revela cómo en la mayoría de los casos, los tutores testamentarios defraudan el interes de los que los nombraron y abusan del poder que se le confirió.

En este punto hay que atribuir la responsabilidad de lo que sucede, no solo á la mala fe de los tutores, sino á la incuria ó á la complicidad de los Jueces, por cuyo motivo creemos nosotros que una de las novedades que debieran introducirse en esta parte de la Ley, es la de exigir á los Jueces bajo su responsabilidad la más estrecha vigilancia sobre toda especie de tutores, organizando una inspeccion judicial acti-

va y eficaz que les obligase constantemente á cumplir bien en el desempeño de su cargo.

El padre tiene el derecho de proveer á la seguridad y cuidado de su hijo menor para despues que haya muerto. De ahí, segun se ha visto, le facultad de nombrar tutor testamentario. Pero el padre no tiene derecho alguno á disponer de los bienes que haya dejado á sus hijos para despues que esos bienes hayan pasado á ser propiedad de estos últimos. Entónces los bienes son ya una cosa que exclusivamente pertenece al hijo y no á los padres. Véase esta doctrina aplicada en un ejemplo. A muere y deja su fortuna entera al hijo que posee, añadiendo: "Quiero que mi hijo conserve íntegra la hacienda que le dejo y por tanto le prohibo vender nada absolutamente de ella, y le recomiendo que al morir, no la divida tampoco, porque es mi deseo que la masa de bienes que le transmito se conserve como pasa de las mias sus manos."

¿Obligaria esta cláusula al hijo? No; en manera alguna. Y no obligaria merced á esa consideracion que hemos hecho constar en virtud de que el padre no tiene derecho á disponer de los bienes que deja á sus hijos para despues que esos bienes hayan pasado á poder de éstos últimos. Y de la misma manera que no tiene ese derecho, no tiene tampoco de prescindir de las precauciones y garantías indispensables para que su hijo menor conserve, miéntras llega á la mayor edad, los bienes que de él ha recibido con los aumentos y accesiones que vengán á acrecentarlos. De ahí que no tenga, á nuestro juicio, derecho para relevar al tutor testamentario de la prestacion de fianzas. Ese derecho solo lo tiene el pupilo, que es dueño de los bienes; pero no puede ejercitarlo, por la misma razon que no se le permite disponer de lo que posee, porque es menor.

Nosotros esperamos confiadamente que la Ley llegará á tener muy en cuenta estas razones y á estimarlas en una ulterior reforma de esa parte del procedimiento, tanto más, cuanto que solo una dificultad de poco momento, una dificultad que no es insuperable, se opone á que siempre y en todos los casos se exija al tutor testamentario la prestacion de fianza. Esa dificultad es la de que ningun padre podria dar á su hijo tutor pobre y la de que esa regla seria una limitacion á la facultad de nombrar tutor testamentario.

Lo seria sin duda; pero por ventura, la Ley ¿no ha establecido otras?