

cuadas. Es, por tanto, preciso que también aquí se haga una reforma legislativa; y el magistrado especial sería muy útil para impedir el trabajo de los niños, hasta cierta edad, en las fábricas y en los talleres y para vigilar este trabajo, con el fin de que no sea perjudicial á la salud de los niños y á la integridad de la vida doméstica.

Para garantir más y más el cumplimiento de las obligaciones de la paternidad natural, desearíamos que el hijo tuviese también facultad para dirigirse al juez en todos los casos en que los padres faltasen á sus deberes, en perjuicio del referido hijo. Asimismo, creemos que los hijos, llegados á cierta edad, deberían tener el derecho de elegir aquella profesión que más se acomode con su vocación y su aptitud, y, por lo tanto, de recibir la instrucción y educación adecuadas, aun contra el parecer opuesto de los padres, y acudiendo al efecto al magistrado.

147. Tratemos ahora de las medidas de corrección que los padres pueden emplear para hacer efectiva la obligación que tienen de instruir á la prole.

En tesis general, el legislador italiano merece alabanzas por haber distinguido la autoridad punitiva que corresponde al magistrado, de la autoridad correctora que incumbe al jefe de familia. Sin embargo, en cuanto á las aplicaciones de esta doctrina hay mucho que modificar.

El art. 221 dispone que el hijo no pueda abandonar la casa paterna, ó la que el padre le haya señalado, sin consentimiento de este último, salvo el caso de alistamiento voluntario en el ejército nacional; y que si la abandona sin permiso, el padre tenga derecho para reclamarlo, recurriendo, cuando necesario fuere, al presidente del tribunal civil. Dos observaciones tenemos que hacer tocante á esta disposición. La primera, que no se nos alcanza la razón de por qué el alistamiento voluntario en el ejército nacional sea motivo bastante para justificar en tiempo de paz el abandono de la casa paterna. En efecto, este principio sólo puede justificarse en tiempo de guerra, cuando la patria tiene necesidad del brazo del mayor número de sus hijos, en cuyo caso es natural que el interés público prevalezca sobre el privado. Pero en tiempo de paz, dice Curcio, ¿puede creerse que sea un buen soldado, fiel á su bandera y obediente á la disciplina, aquel que ha procurado sustraerse á la autoridad paterna (1)? La segunda modificación que debería introducirse

(1) V. Curcio: *Lettere sul codice civile*, pág. 33.—V. también Huc: *Obra citada*, pág. 95.—Laurent: *Avant project*, II, pág. 185.

en este artículo es la de conceder al hijo el derecho de negarse á volver á la casa paterna, cuando en ella se le maltratase ó se le diese malos ejemplos; para ello debería además poder acudir á la autoridad del magistrado.

La segunda parte del art. 221 prescribe que cuando hubiese justas causas que hicieran necesario el alejamiento del hijo de la casa paterna, el presidente del tribunal civil, y en caso de urgencia, aun el pretor (juez municipal), á instancia de los parientes ó del ministerio público, puede tomar informes, y sin ajustarse á formalidades judiciales, proveer lo que estime conveniente, sin necesidad de motivar su resolución. A este propósito, debemos tan sólo advertir que, aunque se trate de un asunto delicado por su naturaleza, no se nos alcanza por qué no haya de fundamentarse la resolución judicial. Es garantía de rectitud en el juzgar el que todas las resoluciones del poder judicial sean motivadas. Y si debe ser motivada la sentencia de separación personal de los cónyuges, la cual revela con frecuencia hechos de naturaleza bastante más íntima y delicada que el alejamiento del hijo de la casa paterna, *a fortiori* debe serlo el auto que ordena esta separación, que quizá sea una separación perpetua.

Otro medio disciplinar que corresponde al padre es el que le otorga el art. 222: « El padre que no consiga refrenar los extravíos del hijo puede separarlo de la familia, asignándole los alimentos estrictamente necesarios, en armonía con sus propios medios, y con intervención del presidente del tribunal, en caso necesario, colocarlo en aquella casa ó en aquel establecimiento de educación ó de corrección que juzgue más conveniente para corregirlo y mejorarlo. La autorización puede pedirse aunque sea verbalmente, y el presidente proveerá, sin formalidades judiciales y sin exponer los fundamentos de su resolución.» También aquí tenemos que hacer varias observaciones. Nos parece bastante despótica la facultad concedida al padre para separar al hijo de la familia, *asignándole los alimentos estrictamente necesarios*. Porque, en efecto, puede muy bien abusar de esta facultad arrojando á sus hijos de casa, so pretexto de insubordinación, asignándoles los alimentos estrictamente necesarios, y librándose de cumplir todos los demás deberes hacia la prole. Esta disposición debería ser abolida. El padre debería poder dar la educación á sus hijos fuera de su casa, pero las obligaciones del mismo para con aquéllos deberían continuar inalterables, ó, más bien, deberían aumentar, porque es bien sabido

que en la mayoría de los casos, la mala conducta de los hijos y la salida de éstos de la casa paterna se debe á la intemperancia y á la falta de educación por parte de los padres. Por tanto, el padre debería estar siempre obligado á suministrar á la prole todo lo necesario para su sustento, para su educación y para su instrucción; el cumplimiento de este deber podría exigirlo el juez especial, ó también los parientes del hijo, ó el hijo mismo, acudiendo al magistrado. Si un hijo se ha extraviado, no es fácil que vuelva al buen camino por medio de la simple dieta; antes bien, requiere mayores cuidados por parte de los padres, los cuales están obligados á hacer todo lo posible para que, mediante la educación, se transforme el carácter del hijo y adquiera las tendencias normales. Otra observación que tenemos que hacer respecto del particular es que, si bien el legislador italiano otorga, acertadamente, á la madre el ejercicio de la patria potestad, no obstante, le niega el derecho (que es en substancia un deber) de dirigirse al presidente del tribunal para refrenar los extravíos del hijo; pudiendo suceder que el padre, á quien la ley otorga este derecho, no haga uso de él por debilidad, y en muchos casos es indispensable hacerlo por tratarse de un medio disciplinar. Por último, debemos observar que tampoco aquí el legislador ha estado acertado al prohibir al presidente del tribunal que exponga los motivos de su resolución tocante al hijo extraviado, porque estos motivos son, como queda dicho, la garantía de la rectitud en el juzgar.

Hay, además, un caso, en el cual se ejerce la patria potestad en interés moral del hijo, y es el contenido en el art. 63 Cod. civ., que dispone que el hijo que no haya cumplido veinticinco años y la hija que no haya cumplido veintiuno no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre y de la madre, y en caso de discordia entre ellos, basta con el consentimiento del padre. A lo cual observamos que con esto viene á hacerse efímero el consentimiento que la madre debe prestar para el matrimonio de los hijos, por ser suficiente el del padre, y que, por el contrario, debería concederse á la madre el derecho de oponerse al matrimonio inconveniente de los hijos, mucho más cuando se trata de hembras, cuyas inclinaciones y conveniencia puede conocer ella mejor que el padre.

148. Pasemos ahora ya al estudio de la patria potestad en lo que al patrimonio de los hijos se refiere.

El art. 224 Cod. civ. dispone lo siguiente: «El padre representa

á los hijos nacidos y á los próximos á nacer en todos los actos civiles, y administra sus bienes. Pero no puede enajenar, hipotecar, dar en prenda los bienes del hijo, recibir en nombre de éste préstamos, ó contraer otras obligaciones que traspasen los límites de la simple administración, excepto en los casos de necesidad ó de utilidad evidente, y previa la autorización del tribunal civil.» Y el art. 225: «Para recibir capitales, ó para la venta de objetos muebles sujetos á deterioro, bastará con la autorización del juez municipal (*pretore*), á condición de que se emplee el producto en otros bienes cuya seguridad reconozca el mismo juez municipal.» No puede censurarse el propósito en que se inspiran estos artículos, por cuanto tienden á evitar que el padre ó la madre derrochen el patrimonio de la prole; pero en la forma en que están redactados no pueden conseguir el objeto que se proponen. En efecto, para enajenar el patrimonio del hijo se requiere la autorización del tribunal, y además, que se demuestre que la enajenación es necesaria ó que es útil para el hijo mismo, pero no se establece ninguna garantía para poder tener seguridad de que el padre emplee realmente el dinero procedente de la venta de los bienes del menor en aquello que le ha servido de motivo para pedir la autorización del tribunal ó del pretor, y de que no lo emplea, por el contrario, en provecho propio. Verdad es que, atendiendo al espíritu de la ley más que á su letra, tanto el tribunal como el juez municipal podrían, á nuestro juicio, acordar la inversión del precio de la venta de un inmueble ó del capital tomado á préstamo, mandando que el propio deudor del precio verificase la inversión del mismo, sin cuyo requisito no se le consideraría libre de la obligación de pagar; sin embargo, la ley nada dice, y es, por tanto, evidente que existe aquí una laguna en perjuicio de los intereses de los menores.

El art. 226 prescribe que las herencias deferidas á los hijos sujetos á la patria potestad serán aceptadas por el padre á beneficio de inventario, y que si el padre no quiere aceptarlas, el tribunal, á petición del hijo, ó de alguno de los parientes, ó del ministerio fiscal, podrá autorizar su aceptación, previo el nombramiento de un curador especial, y después de oír al padre. También creemos que este precepto merezca reformarse, por no servir para proteger suficientemente los bienes del menor; pues puede suceder que el padre deje de aceptar una herencia por cuenta del hijo, sin que por ello le sobrevenga responsabilidad alguna, mientras que debía imponerse al padre la obligación de aceptar, en todo caso, á beneficio

de inventario, las herencias deferidas al hijo, incurriendo en responsabilidad si no lo hiciera. Y si creyera que no debía aceptar la herencia de que se trate, podría pedir al tribunal que le eximiese de la obligación de aceptarla.

El art. 228 dispone que el padre tenga el usufructo de los bienes que adquiere el hijo por sucesión, por donación, ó por cualquier otro título lucrativo, y que lo conserve hasta que el hijo se haya emancipado ó haya llegado á la mayor edad. Este derecho no puede fundarse, ni en la obligación que el padre tiene de alimentar á la prole, porque esta obligación subsiste por sí misma, sin derecho correlativo, ni en el derecho á alimentos que al padre le podría corresponder con respecto á la prole en caso de necesidad, porque para poner á salvo este derecho no era necesario conceder al padre el usufructo sobre todos los bienes del menor. Sólo queda, por tanto, como fundamento del derecho de que se trata la conveniencia de evitar contiendas escandalosas; pero este motivo no se compensa con los males que podrían provenir del malrotamiento de los frutos del patrimonio del hijo, como casi siempre sucede cuando ha muerto uno de los cónyuges. Con mayor acierto, el Código austriaco dispone que todo cuanto adquieren los hijos es de propiedad de los mismos; únicamente, durante el tiempo que están bajo la patria potestad, al padre le corresponde la administración de lo adquirido. Con las rentas que esto produzca deben costearse los gastos de la educación; y si aún queda algún remanente, se colocará de manera que produzca alguna utilidad, rindiendo cuentas todos los años. La obligación en los hijos de alimentar á sus padres, en el caso de que éstos se hallen en la indigencia, siempre queda á salvo.

149. Cuando el matrimonio se disuelve, el cónyuge supérstite continúa ejercitando la patria potestad. Así lo reclama la necesidad misma de las cosas y la actuación del principio según el cual aquel derecho corresponde á entrambos cónyuges. Mas también aquí se ha dejado dominar el legislador por la idea de la tradicional *imbecillitate sexus*, y en ella están inspiradas diferentes disposiciones que vamos á examinar.

El art. 235 preceptúa que el padre, por medio de testamento ó de documento público, puede fijar condiciones á la madre supérstite tocante á la educación de sus hijos y á la administración de los bienes de éstos. Pero ¿no es una cosa extraña el que un padre haya de imponer condiciones á la madre, que tiene los mismos derechos que él, para cuando éste deje de existir, acerca de la manera cómo

debe ser educado el hijo y cómo deben ser administrados sus bienes? ¿No se humilla con esto la condición de la mujer, considerándola incapaz para educar á su prole? Este artículo debería ser abolido.

Otra disposición, que en la práctica hace ya mucho que ha caído en desuso, y que en el Código se conserva como un fósil que nos recuerda las edades pasadas, es la contenida en el art. 236, que dice: «Si á la muerte del marido se encontrase la mujer en cinta, el tribunal, á instancia de persona interesada, puede nombrar un curador del vientre.» No es posible suponer que haya persona alguna que quiera ejercer semejante función, sin ofender grandemente el pudor y la dignidad de la mujer. Déjese, por tanto, á la madre el cuidado de conservar el fruto de sus entrañas. Cuanto á la suposición de parto, la encargada de proveer es la ley general. Que vigilen las personas interesadas, las cuales lo podrán hacer mejor que un *curator ventris* elegido por el tribunal.

Finalmente, otra materia en que se encuentra sancionada la inferioridad femenina, es la en que se ocupa el art. 237 Cod. civ., el cual prescribe que la viuda con hijos que quiera pasar á nuevas nupcias debe hacer convocar un consejo de familia, para que éste decida si debe ó no reservársele á ella la administración de los bienes, y para que, cuando sea necesario, le imponga condiciones relativas á la educación de los hijos. Verdad es que la mujer que contrae segundas nupcias entra á formar parte de otra familia y carga con nuevos deberes que le impone su carácter de esposa; pero esto no impide que pueda administrar escrupulosamente los bienes de los hijos y atender de un modo conveniente á la educación de éstos; como, por otra parte, es también, posible que un hombre que pasa á segundas nupcias pueda descuidar la educación de los hijos del primer matrimonio y malrotar sus bienes, en cuyo caso la ley no concede medio ninguno para remediar tal abuso. No queremos decir con esto que sólo debería preverse el caso en que quien pasa á segundas nupcias sea el padre, ó que no debería preverse ni este caso ni el anterior, sino que creemos que el legislador debería en ambos nombrar un administrador de los bienes de los hijos del primer matrimonio, porque, en efecto, en ambos casos se presenta peligro, á causa del conflicto de intereses entre los hijos del primer tálamo y los del segundo; siendo, por consiguiente, probable que, tanto en el primer caso como en el segundo, el padre ó la madre supérstite emplee en beneficio de los hijos del segundo matrimonio los bienes pertenecientes á los hijos del primero. El derecho á la

educación de los hijos debe, sin embargo, pertenecer al cónyuge supérstite, el cual no podrá ser privado de él *a priori*, sino sólo en los casos generales de ineptitud y descuido y con las formalidades establecidas por la ley.

150. Hasta aquí hemos hablado de las relaciones domésticas tal y como se originan de legítimo matrimonio. El conjunto de derechos y deberes que se comprende bajo la denominación impropia de *patria potestas* sólo hace relación á la prole legítima. Los hijos naturales son el fantasma que atemoriza al legislador, el cual, al propio tiempo que niega la investigación de la paternidad natural, se muestra rehacio á que se declare ilegítimo un hijo concebido durante el matrimonio. Verdad es que, tratándose de materia muy delicada, el interés público exige que no se declare ilegítimo á un hijo sino cuando concurren circunstancias gravísimas, razón por la cual no puede dejarse completamente á merced del magistrado la legitimidad de los hijos; pero, por otra parte, el principio de justicia y de orden en las familias exige que no se obligue á un padre á reconocer como suyos hijos que no lo son. Precisa que el legislador reflexione seriamente sobre este punto. Nada puede perturbar más profundamente la armonía doméstica que el obligar á un hombre á que considere como hijo á un niño que sabe que no es suyo y cuya presencia le está siempre recordando una vergüenza doméstica. A estas causas obedecen ciertas crueles sevicias que tienen lugar dentro del recinto doméstico en perjuicio de pobres víctimas de la lujuria materna. Para determinar la filiación, debe hacerse uso de los resultados de la antropología científica, de los cuales no deberían separarse ni el legislador ni el magistrado. ¿Ha pensado seriamente en ello el legislador?

El art. 160 dice que se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días posteriores á la celebración del matrimonio ó dentro de los trescientos días posteriores á la disolución ó anulación de éste. El legislador ha querido establecer aquí tan sólo una presunción legal respecto al tiempo medio de la gestación, pero no términos fijos dentro de los cuales es posible la gestación misma, y, sin embargo, ha fijado estos términos. ¿No es muy extraño el decir que la gestación se verifica desde seis á diez meses? No es preciso ser antropólogo para saber que se realiza, día más ó menos, en nueve meses. De aquí que el término medio habría debido ser de doscientos ochenta días. ¿Cómo, pues, ha de presumirse (á tenor del art. 160) que puede

haber sido concebido *durante* el matrimonio el hijo que haya nacido dentro de los seis meses posteriores á la celebración de éste ó diez meses después de su disolución?

Al conceder el legislador al marido el derecho consignado en los artículos 162 y 163, es decir, el derecho de no reconocer al hijo concebido durante el matrimonio, si en la época de la concepción había imposibilidad física de cohabitar con su mujer, ó estaba legalmente separado de ésta, determina positivamente los que á su juicio, son los límites extremos de la gestación, á saber, no menos de seis meses, ni más de diez. Mas la ciencia ha demostrado que ha habido casos en que el parto ha tenido lugar antes de los seis meses ó después de los diez; por lo cual, los límites prefijados no pueden tomarse como absolutos. En nuestra opinión, el legislador habría estado más acertado si hubiese establecido un término, aunque hubiera sido más breve, pero no absoluto, esto es, que hubiese dejado á salvo la prueba en contrario, prueba que no podría consistir sino en un examen pericial médico.

Cuanto á las causas por las cuales se concede al marido el derecho de no reconocer al hijo, el legislador ha sido demasiado severo. No ha admitido la impotencia, sino cuando es manifiesta. Ahora, si este principio tiene justificación cuando se trata de anulación de matrimonio, no la tiene cuando se trata de reconocer un hijo. El legislador ha debido, sí, exigir pruebas serias, pero no ha debido negar *a priori* la prueba de la impotencia, exigiendo que ésta sea manifiesta. El art. 165 dispone así bien que el marido no puede negarse á reconocer al hijo por causa de adulterio, excepto el caso en que le haya sido ocultado su nacimiento. Verdad es que no debe bastar la simple prueba del adulterio para que el marido se pueda negar á reconocer al hijo y es natural que se exija la concurrencia de otras importantes circunstancias, como es precisamente la de haberle ocultado su nacimiento; mas no han debido excluirse *a priori* otras pruebas igualmente eficaces.

151. Pasando ahora á ocuparnos de los hijos ilegítimos, diremos que la ley admite que el que ha nacido fuera de matrimonio no puede tener derecho á formar parte de la familia, porque, en tal caso, vendría á turbar la armonía doméstica. Pero esta armonía no habría de alterarse cuando el hijo lo hubiesen engendrado ambos cónyuges fuera de matrimonio; por tanto, es acertada la disposición del legislador admitiendo la legitimación por subsiguiente matrimonio (art. 194). Pero ¿es igualmente acertada la disposición

por virtud de la cual puede uno ser legitimado por decreto real? Nosotros creemos que no, porque no se nos alcanza de qué manera un rescripto soberano pueda convertir en hijo legítimo á uno que no lo es. Comprendemos que se haya querido conservar esta antigua institución del derecho romano para proporcionar á los padres que tengan conciencia el medio de elevar la condición material y moral de los hijos nacidos fuera de matrimonio, rodeando al efecto dicha institución de especiales garantías y precauciones para que no se abuse de ella; mas nuestra opinión es que el soberano no debe nunca subrogarse á la ley. Por consecuencia, creemos que debe admitirse la legitimación de los hijos naturales en otros casos que en los de subsiguiente matrimonio, pero deseáramos que estos otros casos se fijasen por la ley, para de esta manera evitar las intrigas y el favoritismo.

Existe otra institución que presenta algunas semejanzas con la de la legitimación, á saber, la adopción. En tiempos antiguos, esta institución tenía por objeto, como hemos dicho, el culto de los lares domésticos y la conservación de los bienes en la familia. Hoy no puede tener otro fin que el de suplir la falta de hijos legítimos, desarrollando los afectos que se originan por el hecho de la procreación de la prole, y procurando, por otra parte, proveer al cuidado de la infancia abandonada.

La institución actual de la adopción responde muy imperfectamente á su fin. Muchas veces se verifican adopciones con el propósito de eximir á alguien de ciertas obligaciones que impone la ley, como, por ejemplo, el servicio militar. Se conservan los derechos y los deberes de los adoptados para con sus propios padres, y á la vez se crean para con los adoptantes, como si tuviesen dichos adoptados dos padres y dos madres; pero en la práctica se ve que son ingratos para con sus propios padres. Es, por tanto, preciso, reformar el organismo de la adopción, para que responda más eficazmente á su fin. No tenemos inconveniente en admitir la idea propuesta por Rava sobre las *adopciones públicas*, para venir en auxilio de la infancia abandonada (1). Sobre todo, hay necesidad de tomar medidas acerca de los niños huérfanos y abandonados, para que la iniciativa privada contribuya á la redención de esta clase de infelices, en favor de los cuales se ha hecho, desgraciadamente, muy poco hasta ahora.

(1) Rava: *L'adozione e l'infanzia abbandonata*, en los *Studi senesi*, 1838.

152. Tratemos ahora de los hijos naturales.

Hemos dicho más arriba que los hijos naturales son, biológicamente hablando, tan hijos como los demás, y que, por consiguiente, no debe recaer sobre ellos ninguna mancha de ignominia. El hecho de haber nacido de una unión ilícita ó ilegítima no tiene para ellos nada de deshonoroso, puesto que nadie está obligado á pagar culpas ó caprichos ajenos; por lo cual debe admitirse la investigación de la paternidad, si bien rodeándola de especiales precauciones. También hemos dicho que el legislador italiano, á diferencia del francés, ha admitido sólo en dos casos la investigación de la paternidad, á saber: en los casos de raptó y de estupro violento; mientras que, rompiendo con las antiguas tradiciones, ha debido admitir desde luego y sin más el principio general de la investigación de la paternidad y establecer las condiciones necesarias para que no produjese abusos. Donde el legislador pagó un completo tributo á las viejas tradiciones fué en lo relativo á los hijos adulterinos é incestuosos, con respecto á los cuales ha prohibido hasta el reconocimiento por parte de los padres. Esta odiosa distinción entre hijos naturales propiamente dichos é hijos adulterinos é incestuosos ha sido ya unánimemente reprobada por la conciencia pública contemporánea. Aún más extraño nos parece el criterio de la ley, si se considera lo que prescribe el art. 193, puesto que en él se dice que si la paternidad ó maternidad del hijo adulterino ó incestuoso resulta indirectamente de una sentencia civil ó penal, ó depende de un matrimonio declarado nulo, ó resulta de una explícita declaración de los cónyuges, el hijo tendrá acción para pedir simplemente los alimentos. Por la precedente disposición se ve que no es el interés de no hacer público un hecho escandaloso lo que hace que se niegue á estos desgraciados entre los desgraciados los menguados derechos que se conceden á otros hijos naturales, sino que la razón de esta negativa es la fuerte y tradicional aversión de los legisladores hacia estos pobres frutos de amores criminales.

Insistimos en la necesidad de que se admita la investigación de la paternidad, porque, además de ser exigencia contenida en un concepto verdaderamente civil de la personalidad jurídica; además de ser un principio de justicia distributiva, por cuanto hace recaer las consecuencias de la culpa sobre aquel que la cometió, y además de elevar la condición jurídica de la mujer seducida, la cual puede de esta manera obtener la indemnización de los daños que le haya