

causado el seductor, la reclama el interés social; pues haciendo que muchos desgraciados adquiriesen los medios necesarios para vivir y educarse, se libraría de esta carga la sociedad, que es la que tiene la obligación de proveer á la infancia abandonada, si no quiere limitarse á encerrarla en las cárceles y en las prisiones, cuando, por haberla dejado entregada á sus propias fuerzas, se hayan convertido sus miembros en otros tantos delincuentes.

Si el legislador se ha cuidado muy imperfectamente de la suerte de los hijos naturales, ¿ha procurado, al menos, que éstos, en el caso de que hubiesen sido reconocidos, ora de un modo espontáneo, ora coactivamente, gozasen siquiera de aquellos derechos que racionalmente les pertenecen? El art. 184 dispone que el padre que haya reconocido á su hijo natural tiene la tutela legal de éste durante su menor edad; y el art. 186 prescribe que el padre esté obligado á mantener, educar, instruir y enseñar una profesión ó un oficio al hijo natural reconocido y á suministrarle después alimentos en caso de necesidad, si el hijo no tuviera cónyuge ó descendientes en disposición de podérselos suministrar. Por otra parte, el artículo 187 dice que el hijo natural debe alimentos al padre ó madre cuando éstos no tengan ascendientes ó descendientes legítimos ó cónyuge que puedan suministrárselos. Estas relaciones entre padres é hijos naturales, no son tan sólo relaciones de tutela, sino que, como observa Paoli, forman una institución enteramente especial, que puede decirse *intermedia*, entre la patria potestad y la tutela. Pero, como observa Cavagnari, las atribuciones tutelares son extensas, las de la patria potestad son limitadas; de donde resulta que el padre natural es, por regla general, *tutor*, ¡y sólo por excepción es *padre!* Paoli advierte que si se tiene en cuenta los vínculos de la sangre, los cuales ligan á padres é hijos lo mismo en la filiación natural que en la legítima, preciso es reconocer que los padres deben tener una autoridad mayor, y, por lo tanto, una mayor libertad que la que se concede á los tutores. Pero Cavagnari arguye, con más lógica, que aquellos mismos vínculos de la sangre deberían aconsejar al legislador en el sentido de convertir á los padres naturales en padre y madre verdaderos, y á proscribir del Código la extraña é híbrida institución de la tutela legal (1).

153. Hemos tratado de las relaciones provenientes del parentesco legítimo y del parentesco natural. Ahora bien; puede no exis-

(1) C. Cavagnari: *Nuovi orizzonti*, etc., págs. 303-309.

tir vínculo alguno jurídico nacido del parentesco, bien por haber muerto los padres, bien por haber perdido la patria potestad, bien por hallarse en la imposibilidad de ejercitarla, bien por ser desconocidos. ¿De qué manera provee el legislador á la educación y á la administración de los bienes de estos niños, privados del sostén y de los amorosos cuidados de sus padres?

La ley llena este vacío con la institución de la tutela. El tutor, dice el Código, cuida de la persona del menor, lo representa en los asuntos civiles y administra sus bienes (art. 277). Lo nombra el consejo de familia, si existe parentesco legítimo (artículos 249-260) (1), y el consejo de tutela, si existe parentesco natural (art. 261) (2). Los niños recogidos en los hospicios, que no tienen parientes conocidos y capaces de ejercer el cargo de tutor, están confiados á la administración del hospicio en que se encuentran, la cual forma para ellos el consejo de tutela y hasta puede elegir á uno de los administradores para que ejerza el cargo de tutor (art. 262).

Al lado del tutor, existe el protutor, el cual obra en nombre del menor y lo representa en los casos en que el interés de éste se halle en oposición con el del tutor (art. 266).

Se halla establecido un procedimiento largo é intrincado acerca del modo cómo debe ejercerse la tutela, acerca de las relaciones existentes entre el tutor, el protutor, el consejo de familia y el de tutela y acerca de la intervención del pretor y del ministerio público. Ahora, con todo este conjunto de disposiciones, tan enmarañado, no quedan suficientemente atendidos los intereses de los menores. En efecto, las dilaciones y las formalidades impiden el buen funcionamiento de la tutela; la división de la responsabilidad paraliza la actividad y la diligencia individuales.

La tutela suple al parentesco. El tutor debe desempeñar las funciones de padre. Ahora, ¿puede hacerlo así, según el Código italiano? El tutor lo nombran los más próximos parientes del menor cuando éste es hijo legítimo. Pero, en la mayor parte de los casos,

(1) El consejo de familia se compone del pretor (juez municipal), que lo convoca y lo preside, y de cuatro consejeros. Son consejeros por derecho propio los ascendientes varones del menor, los hermanos germanos y los tíos. A falta de estos parientes, se eligen otros parientes consanguíneos ó afines.

(2) Si la filiación está legalmente reconocida ó declarada, entonces el consejo se compone del pretor y de cuatro consejeros, elegidos de entre las personas que hayan tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó madre difunto. En otro caso, el consejo de tutela se compone del pretor, de dos concejales (consejeros comunales) ó de otras personas elegidas por el mismo pretor.

estos parientes no tienen ningún afecto hacia el menor, están dominados por el interés pecuniario, y á menudo ven en el menor un obstáculo á sus ilícitos deseos respecto á los bienes del difunto. De aquí que nombren tutor á uno de ellos, el cual no se preocupará gran cosa por la salud física y moral del pupilo. Si éste muere á consecuencia de sus vicios ó de la falta de nutrición, los parientes de que se trata no verán motivo alguno para censurar al tutor. El consejo de tutela, si no puede tener el interés pecuniario que el consejo de familia, tampoco tendrá un gran interés moral en vigilar cuidadosamente la conducta del menor. En efecto, si se trata de amigos del difunto, pocas veces su desinterés les lleva á cuidarse de la prole de su amigo, porque la amistad fácilmente se rompe cuando falta la causa que la alimenta; y si se trata de extraños, tanto menos podrá exigirse de ellos un afecto desinteresado hacia el pupilo. De otro lado, siendo limitada la responsabilidad del tutor, no es de suponer que éste se tome gran interés por la suerte del menor. Y el protutor, ó no hace nada, ó dominado por intereses personales, crea dificultades al tutor para el ejercicio de su gestión. Por último, el suponer que la vigilancia de la autoridad judicial tenga alguna eficacia es una ingenuidad que se explica perfectamente con el idealismo que domina todo el sistema del Código. Pues, en efecto, el poder del pretor se reduce á proceder, aun de oficio, á la formación del inventario y á convocar y presidir el consejo de familia y el de tutela, pero aquí termina su autoridad. Y la autoridad del tribunal se reduce á la simple homologación, que es un acto de naturaleza administrativa. Finalmente, la intervención del ministerio público es efímera, porque las funciones penales de acusación de esta importante institución absorben todo su tiempo, y, tanto por su especial naturaleza como por la falta de disposiciones legales orgánicas y precisas, responde mal á la tutela de los intereses civiles.

Otros graves defectos tiene el Código tocante á la tutela. El art. 277 dispone lo siguiente: «El tutor cuida de la persona del menor, lo representa en los asuntos civiles y administra sus bienes.» Este concepto difiere substancialmente del que se contiene en el § 188 del Código civil austriaco. «El tutor, dice, debe *principalmente cuidar de la persona del menor*, y al mismo tiempo debe administrar sus bienes (1).» Como se ve, según nuestro Código, los debe-

(1) De otras disposiciones del Código austriaco resulta el mismo concepto; así el

res del tutor están todos colocados al mismo nivel; no así en el Código austriaco, donde se ponen en primera línea las obligaciones relativas á la educación del pupilo.

Cavagnari, que ha estudiado muy detenidamente el organismo de la tutela, al poner de relieve los defectos y las lagunas de nuestro Código, dice con mucha razón que es uno de los más capitales que en él se advierten el de haber descuidado la parte más importante de la tutela, á saber: la educación física, intelectual y moral del pupilo; pues si en el art. 277 la obligación del tutor de cuidar de la persona del pupilo está colocada en la misma línea que la obligación de administrar sus bienes, en los siguientes artículos se da de una manera expresa mayor importancia á la administración de los bienes. En efecto, las reglas concernientes á esta última son muchas y minuciosas, mientras que son muy pocas é incompletas las relativas á la educación y al modo de fomentar y conseguir el bienestar moral de los menores. Ni á la autoridad judicial se da intervención en esta materia, excepto en el caso de que adopte medidas correccionales, que no son de naturaleza estrictamente educativa, y en las consabidas homologaciones. El poder del consejo de familia, grandísimo en el orden económico, es muy escaso en la esfera educativa. Según el art. 278 del Código, este consejo de familia *puede* deliberar respecto del lugar en que el menor debe ser educado y de la educación que convenga darle; pero, por regla general, el tutor puede resolver por sí; sin intervención ajena, mientras que, según el art. 296 del mismo Código, *no puede*, sin autorización del consejo de familia, percibir cantidades del menor, darles empleo, tomar dinero á préstamo, constituir prendas ni hipotecas, enajenar bienes inmuebles ó muebles, ceder ó transferir créditos ó documentos de crédito, hacer adquisiciones de bienes muebles ni inmuebles, ni tantas otras operaciones económicas enumeradas en el citado artículo. Además, según el art. 309, el tutor está obligado á dar cuenta todos los años del estado de su administración al consejo de familia, pero no tiene obligación alguna de dar cuenta del modo cómo provee á la educación y á la instrucción del menor. Obsérvese también que, según el art. 291, el consejo de familia tiene facultades para fijar aproximadamente los gastos anuales de manutención, educación é instrucción del menor. Por fin, todas las observaciones críticas que

§ 216, dice: «El tutor, *lo mismo que un padre*, tiene el derecho y la obligación de cuidar de la educación del menor.»

hemos hecho acerca de la patria potestad son aplicables á la educación de los menores durante la tutela; observaciones que debe tenerse por repetidas aquí con mayor motivo, puesto que entre padres é hijos suple los defectos de la ley en la mayor parte de los casos el afecto, cosa que no puede decirse del tutor, pues entre él y el pupilo no existen vínculos de sangre, ni, por tanto, los afectos que de ellos provienen.

Otro grave defecto de nuestro Código en orden á la tutela consiste en excluir del ejercicio de ésta á las mujeres, excepto á las ascendientes y á las hermanas germanas no casadas. Esta incapacidad deriva, según hemos advertido al hablar de la personalidad jurídica, del tradicional concepto de la inferioridad de la mujer; pero también deriva de la idea que el legislador se ha formado de la tutela, la cual casi no tiene más objetivo que el interés pecuniario del menor. Mas si se considera que el principal interés de la tutela debe ser el bienestar físico, intelectual y moral del pupilo, ¿será posible desconocer los importantísimos servicios que podrá prestar la mujer, á la cual corresponde, por su propia naturaleza, la función educadora? Cuanto á la otra función de la tutela, que debería ser la subordinada, esto es, la administración de los bienes, la mujer tiene suficiente inteligencia y capacidad para desempeñarla dignamente; y aún más, tiene la facultad del ahorro, que le es característica y que es fundamental en toda buena administración.

Más defectos existen en lo relativo á la tutela, como los de «haber creado y mantenido un antagonismo entre la ley civil y la mercantil acerca de la capacidad y la emancipación del pupilo; no haber hecho la aplicación que era necesaria del principio de la gratuidad de los actos de la tutela; haber hecho también en esta esfera á la justicia esclava de la hacienda; haber descuidado en el conjunto de las precauciones y de la intervención administrativa las más elementales normas de prudencia; por fin, haber complicado todo el procedimiento de la jurisdicción voluntaria, de tal manera, que ésta ha perdido el carácter paternal que la distingue en la intención del legislador (1).»

¿Qué remedios deben emplearse contra todos estos defectos? Nosotros, que en este punto hemos seguido casi completamente la argumentación crítica de Cavagnari, estamos enteramente de acuerdo con él en la indicación de las reformas legislativas que

(1) Cavagnari: Obra citada, pág. 384.

consideramos oportunas, y que él resume de la siguiente manera: «Bases del nuevo edificio tutelar deben ser la abolición del consejo de familia, limitar la opinión de los más próximos parientes en las deliberaciones más graves, la admisión de las mujeres á los cargos tutelares, la autoridad tutelar apoyada sobre el juez pupilar, único, autónomo, inamovible, responsable, investido del poder correccional, intervenido por las reclamaciones del tutor y del menor, por la vigilancia de los consejos de huérfanos, por los inspectores de la tutela, por los registros de la tutela, transformados en un verdadero censo de los pupilos; dirigido é ilustrado por reglas fijas y precisas, sugeridas en gran parte por la legislación austriaca, que es la que representa, mejor que ninguna otra, la correcta tradición del derecho romano (1).»

(1) Cavagnari: Obra citada, pág. 385.