Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

EL AREA DE LA TUTELA

Por el Dr. Niceto ALCALA-ZAMORA Y TORRES, ex Presidente de la Academia Nacional de Legislación y Jurisprudencia de Madrid y ex Presidente de la República Española.

SIMPLIFICACION Y POSTULADOS TUTELARES EN EL DERECHO CIVIL

Tradiciones seculares, creencias ingenuas, enseñanzas clásicas y prejuicios irresistibles nos habitúan a confinar la idea de tutela en el campo del Derecho Civil; y luego aun dentro de éste a ver en aquélla una excepción eventual, no insólita, pero sí anormal, a la que somete la desventura en forma de orfandad precoz o de incapacidad extrema. Nos acostumbramos a considerar la institución como el remedio de desgracias tales, y cual la substitución defectuosa e imitativa de la patria potestad. Una primera serie de reflexiones sobre la índole de esta otra institución nos lleva por el contrario a ver en ella, bajo las férreas atribuciones de que la revistiera primitivamente la técnica romana, una forma más, la primaria, fundamental y modeladora de las instituciones tuitivas: algo así como la tutela natural o paterna, que completa, precede y dibuja el cuadro de la testamenteria, legítima y dativa. Desde esa primera meditación, que ha ido abriéndose paso en la evolución histórica y legal de las ideas y de la organización familiar, el hecho de la tutela aparece ya dilatado en la extensión de sus reales proporciones, alcanzando en su inexorable universalidad a todos los nacidos por exigencia de la vida, sin que de ello permitan escapar, ni desarrollos normales y aun privilegiados de la aptitud, ni escalonamiento simétrico y prolongado de la longevidad en la serie de las generaciones.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Luego, otra serie de observaciones impresionantes y variadísimas nos sorprenden, revelando el fenómeno tutelar en órdenes jurídico-sociales muy distantes y distintos de aquél, en lo que juzgamos encerrado. Mas antes de enfocarlo allí, en toda su complejidad recia y desorientadora, conviene recoger de la forma inicial, simple, indiscutible, enseñanzas que serán advertencias. En general conviene para casi todas las instituciones, buscarles una guía o punto de partida en aquellas ideas del Derecho civil, que podemos llamar madres por su fecundidad secular y genealógica; clásicas por el sedimento, cuidados y generalmente admitida elaboración técnica; modelos por la serena y deslindada perfección de sus elementos diferenciados y unidos.

Dentro de aquel tipo tutelar estricto, y más sencillo, el asentimiento jurídico y la observación social nos proporcionan diez postulados interesantes y orientadores:

1º En sus posibilidades y fundamentos la tutela supone, el vínculo natural e indestructible de la solidaridad humana; el hecho de convivencia, que la traba y permite; la igualdad jurídica esencial, en cuanto a la atribución potencial, genérica de los derechos; y la desigualdad, también esencial y natural, en cuanto a la eficacia real de su ejercicio.

2º Por su naturaleza la tutela que derecho o deber es en conjunto función, que se diversifica y muestra en la red de unos y otros de aquéllos, con mayor intensidad en los deberes como fines, y en los derechos como medios. La obligatoriedad del cargo, erigida en principio, expresa tal nota de función.

3º Por razón de su categoría jerárquica, esa función traspasa visible y necesariamente el Derecho privado, y se muestra cual una magistratura, inferior y socializada sin duda, pero en articulación irrompible con la total organización de la autoridad jurídica. Aun dentro de los sistemas tutelares de más amplia y privada composición familiar, el enlace con la magistratura oficial se revela, ya por el discernimiento dativo del cargo, ya por el registro y la inspección, ya por la eventualidad y reserva de las remociones, ya por el complemento de conformidad para resoluciones trascendentales, ya por la admisión y decisión de recursos, que implican algo así como un primer grado en la jerarquía tutelar.

4º En el principio de la relación establecida, ésta es ante todo representativa, con enlace de dos personalidades distintas, diferenciadas en su unión: el tutor procede en nombre de su protegido, y éste a través de aquél. Incluso la representación busca un apoyo en la voluntad, aunque podría

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

bastarle la necesidad. Así invoca una voluntad presunta la tutela legítima; una voluntad social y no arbitraria la dativa; una voluntad privada, expresa y libre la testamentaria; y ni siquiera se prescinde siempre del mismo incapaz, y en absoluto, cual lo revelan los discernimientos antiguos de curadurías, y aun los nombramientos de defensores en los casos de intereses opuestos entre padres e hijos.

5º En orden a la primacía de las relaciones recíprocas hay una contradición teórica y práctica. A favor del tutelado la preferencia de las causas finales; al lado del tutor la inevitable de energía en las eficientes y activas. Al cabo las tutelas existen *para* los unos, pero *por* los otros.

6º En la relación de patrimonios resulta esencial diferencia el del tutor respecto del tutelado; y ello no sólo en cuanto a separación natural de los bienes materiales, sino ante todo en la delimitación jurídica de potestades y obligaciones. Pero junto a tal exigencia surge con la fuerza de la realidad una propensión, un peligro, casi una fatalidad irremediable de confusiones tanto en la conciencia propia, cuanto en la oposición ajena.

7º En los móviles psicológicos de las voluntades, se descubre una pugna de sentimientos de dominación y de independencia, como antagónicos impulsos naturales. Bajo tal influjo la institución-carga suele buscarse y defenderse como potestad; y la sumisión-amparo rehuirse como aniquilamiento opresor. A veces en los casos extremos, se llega a la contienda sobre el hecho mismo de la necesidad tutelar, no ya de su uso o ejercicio; y es el caso de las incapacidades codiciosamente pretendidas o suicidamente resistidas.

8º Por lo que toca al término de la tutela, bajo la precisión matemática y arbitrariamente fija de la ley, subsiste y se revela el hecho natural de la desaparición gradual, compensada por prolongaciones invisibles del ascendiente moral. Desdicha grande es el caso de emancipación, soñada como obsesión y gozada como embriaguez, preferible mil veces una anticipación educadora de la iniciativa, y una continuidad respetuosa del influjo.

9º Bajo el aspecto de la dignidad, estima y riesgos de orden ético, aparece la posibilidad de una alteración fácil, que sea subversión total de valores, relaciones, significados y fines. El grave daño de la flaqueza moral humana está en que la institución, sacrificio, cuidado y amparo, se convierta en provecho, negligencia y opresión.

10. Todas esas complejidades, y los riesgos de gravedad máxima, hacen de las normas legales un conjunto de equilibrios, de contrapesos

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

vacilantes, y aun contradictorios, reflejos inevitables de hallarse frente a una institución, que es a la vez insuprimible y sospechada, absolutamente necesaria e inevitablemente peligrosa.

Las observaciones, o postulados, de la tutela estricta preparan el examen del hecho tutelar en órdenes distintos del Derecho privado, donde aparecen con mayor trascendencia, y más vigoroso relieve; más no con inusitada novedad, ni con esencial discrepancia. Pero antes de llegar a eso, que bajo muchos aspectos es lo más interesante, conviene detenerse todavía en otras instituciones del Derecho privado, aparentemente inconexas respecto de la tutela, para comprobar entre éstas y aquélla singulares coincidencias de resultado, que es lo positivo, y de fin que es lo característico. De ese modo el área del fenómeno tutelar se ofrecerá en su amplísima extensión.

COLINDANCIAS DE LA TUTELA CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO

Situar la tutela en un rincón o cavo del Derecho de familia, sin otro lindero que la patria potestad, no correspondería a las magnitudes de universalidad constante, que son propias del hecho tutelar. Hay realizaciones múltiples, aunque indirectas, parciales, disimuladas, a veces imperceptibles, de fines tutelares, servidos o logrados mediante muy diversas instituciones; y entre ellas y la que nos sirve de referencia, aparecen relativa y fragmentariamente conexiones, semejanzas y aprovechamientos de resultado, que nunca serán asimilaciones, identidades y reemplazos de naturaleza.

Una de esas conexiones aparece en relación con el mandato, que implica y sirve la representación entre dos personas, de la una por la otra, con esencia de gestión ajena, traducida en el deber de rendir cuentas, también característico y final de la tutela. Es inecesario, porque no se afirma la igualdad, y es inútil porque no se destruye el parecido, recordar las hondas diferencias. Siendo cierto que el mandato se confiere por la voluntad de una persona capaz, no lo es menos que un asiento de voluntariedad existe en la institución tutelar, así como que los mandantes siéntense de hecho impulsados por la neecsidad, ya en forma de distancia física, ya como carencia de aptitud técnica, cual es el caso de mandatarios profesionales. Aún sin ello es curioso observar la generalización casi absoluta de los apoderados, intendentes o administradores en las clases altas y privilegiadas, para descubrir en el fondo algo más que una vanidad ociosa e imitativa: hay en ello el alarde suntuario y aún desdeñoso de una superioridad de origen y destino, combinado con la confesión tácita de una incapacidad relativa para la acción

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

gestora. Es también ineficaz recordar la posibilidad de la revocación, porque el tutor puede ser removido y porque cuando el mandato es necesario, cambia la persona que lo recibe, pero subsiste la representación del que lo confiere.

Como correspondencia interesante en lo cuasi contractual, o extra contractual, aparece la gestión de negocios ajenos, en la que ya todo título u origen de voluntad expresamente representado se extingue y queda reemplazado por la necesidad escueta de un administrador y la iniciativa invasora, aunque pueda ser solícita, del gestor. El caso, en lo privado poco frecuente, ofrece aún dentro de este orden singularidades tutelares y no voluntarias, que en la multiplicación de dimensiones correspondientes al Derecho público, presentará impresionante relieve.

Volviendo al concierto contractual expreso, la semejanza entre el mandato y ciertos arriendos de servicios, sólo sutil y dudosamente diferenciables, nos explica que algunos de éstos, bastantes de ellos, sirvan prácticamente fines tutelares. Sucede así con los servicios profesionales de técnica muy especial o elevada; con los que confían educación, o siquiera aprendizaje; con los que suponen vida común y prestaciones muy generales como el servicio doméstico. En el caso de éste último, la observación cotidiana corrobora una enseñanza de nuestra gran tradición literaria, según la cual en la relación recíproca de amos y criados suele haber formas de tutela mutua, establecidas por la confianza, contrapuestas por las aptitudes y disimuladas por el respeto.

Algo de reciprocidad tutelar incierta aparece en algunas formas de otro contrato, que las presenta muy variadas; el de sociedad civil, o de compañía mercantil. En la gran empresa por acciones no hay duda; el accionista es el tutelado en una parte, que puede ser la mayor, de su patrimonio, y los gerentes son los tutores de indirecto nombramiento y difícil remoción. En las otras formas, la realidad circunstancial diferencia: suele tutelar, siempre con riesgo, el socio industrial, a veces el comanditario, teóricamente el gestor si sobre ello hay pacto de preferencia.

Más lejos todavía llegan las reminiscencias contractuales del impulso tutelar: a los mismos contratos aleatorios, a dos señaladamente: al seguro sobre la vida y a la renta vitalicia. En las otras formas del seguro, esencialmente objetivo, que prevé el riesgo de las cosas, la semejanza no aparece. Pero cuando se trata del seguro de bienestar, de comodidad o de subsistencia, en el fondo del mismo hay la íntima convicción por parte del asegurado, de cierta parcial e incorregible incapacidad, por torpe, negligente o pródigo, que le lleva a buscar quien le tutele contractualmente. Para ello sacrifica a sabiendas una parte de su patrimonio, a fin de no perderlo todo, sin descono-

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cer que en los más de los casos, salvo rarezas poco probables, dará bastante más de lo que reciba. Y en estos casos nos encontramos con un asiento indudable de voluntad, pero con una renuncia a la revocación o remoción.

Durante todo el secular transcurso de la técnica jurídica hemos asistido a una realidad a la vez primitiva y clásica, según la cual el matrimonio significaba una equivalencia de tutela respecto de la mujer, por resultados positivos, equiparaciones legales y prejuicios de opinión. Se ha ido operando el cambio más en la teoría y en las normas que en las costumbres; pero en éstas lo ha precedido y compensado, de antiguo y con frecuencia, el caso inverso de la mujer tutora, como tal deparada por la suerte, cuando no escogida por la previsión familiar, para suplir la incapacidad vergonzante, ocultable, de maridos ineptos, que han hallado su salvación económica en la reunión de dos cualidades de su cónyuge: una frecuente en la mujer casada, la de ser buena administradora y otra esencial y constante, la de ser quien de hecho ejerza la autoridad, con el cuidado de no pregonarlo.

La reflexión atenta muestra de qué modo, siendo el testamento el origen preferente de los nombramientos tutelares, no resulta extraño que por el mismo cauce de las instituciones sucesorias testadas, haya encontrado su vía el propósito de previsión familiar. Explícase así el indudable propósito tutelar, que en su origen y fundamentación fué una de las causas determinantes de las vinculaciones. Con toda la esencial injusticia, con sus inevitables riesgos o pendientes de flaqueza hacia el egoísta privilegio, respondieron en gran parte al deseo de erigir una permanente y poderosa potencia de protección familiar, llena de cargas, deberes y misiones, para la cual solía elegirse al que parecía como presunto el más apto: al mayor, a quien se educaba para la idea de su destino. Tan cierto es ello, que cuando las vinculaciones permanentes se han suprimido, ese propósito tutelar ha seguido inspirando cuanto de aquéllas ha subsistido o a ellas se parece: substituciones fideicomisarias, o de grados y generaciones limitados, heredamientos, capitulaciones conyugales con designación de futuro y preferido sucesor.

Más curioso aún, sobre todo por la relación con la idea de tutela en el Derecho público, es observar en el de personalidad, de qué modo están sometidas inevitablemente a aquélla las personas morales, sociales o jurídicas, en las que por carencia de cuerpo físico o vivo, como sucede en las fundaciones, o por pluralidad de energías individuales, como pasa en las asociaciones y corporaciones, surge de hecho, y ha de admitirlo el Derecho, una incapacidad permanente e irremediable para la directa y expedita actividad. En el caso de las fundaciones los patronos, que sólo remotamente traen origen cada vez más lejano y desdibujado del fundador, que a pocas reno-

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

vaciones no pueden invocar la confianza consciente y directa de éste, son los tutores de un ser incapaz, útil y necesitado. Por eso sus títulos coinciden con los habituales de la tutela: por testamento, hasta donde pudo llegar la previsión de éste; por parentesco, tutela legítima de los patronatos familiares; por nombramiento de la autoridad para las entidades del todo huérfanas de otra representación. Por ser tan evidente la huella tutelar en las fundaciones, además de los patronatos respectivos que las tutelan directamente, existe otro gigantesco pro-tutor, el protectorado del gobierno, el cual vigilando a los patronos remata la organización de esta tutela, tan impregnada de Derecho público.

En las asociaciones y corporaciones resulta esencial un órgano tutelar de gobierno, interno y propio que ni de hecho ni en Derecho puede confundirse con el conjunto de sus miembros componentes ni ejercerse por la pluralidad diferenciada de éstos.

Y por acabar, sin agotamiento de casos y de ejemplos, recordemos, al enfocar fronteras del Derecho de personalidad civil con el público, la institución de la esclavitud. Por monstruosa que sea y cruel que haya sido, con toda su insensata pretensión de negar y destruir la personalidad del esclavo, ha tenido que reconocer la existencia de dos personas, el vínculo de representación entre ellas, la diferenciación económica de peculios, la posibilidad de término por manumisión e incluso la mutualidad del vínculo afectivo y la reciprocidad de influjo.

Todavía en esas lindes, siempre extensas y siempre litigiosas por confundibles, del Derecho público y el privado, encontraremos otras varias instituciones que de aquél emanan y hacia éste corren, impulsadas por un propósito tutelar. A ese grupo y a tal fin corresponden las normas legales que establecen la nulidad absoluta e irremediable de ciertos pactos, el carácter irrenunciable de determinados derechos, su complemento en la condición de imprescriptibles, los beneficios de restitución en situaciones jurídicas alteradas o destruídas, las hipotecas tácitas o sin título de creación espontáneamente voluntaria, etc. El carácter tutelar se destaca por la situación manifiesta o presunta de inferioridad en el protegido, por el deber de autoridad que impone y sanciona la norma, por el sentido de desconfianza o freno, más aún que de refuerzo respecto de los tutores o representantes directos y privados. Tal tendencia de las normas legales aparece constante en la esencia y ejercicio, aunque varíe en las formas y predilecciones. Así cuando en lo estrictamente civil se aminora, al envejecer o morir la restitución o la imprescriptibilidad de los bienes vinculados, nuevas corrientes empujan en el Derecho típicamente social hacia la defensa tutelar de clases o sujetos, vistos como más débiles, coaccionables o indefensos.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En algunos de los aludidos descubrimos la trascendencia del propósito y del hecho tutelar, llegando hasta la zona más árida, objetiva del Derecho privado, allí donde las cosas parecen oscurecer a las personas; y si en esa materia de propiedad y derechos reales nos fijamos, veremos el influjo más directo en el origen y modelación de ciertas variedades de instituciones, de antiguo llamadas servidumbres personales, vistas luego como forma de división del dominio. No siempre, pero con mucha frecuencia en el usufructo, y más relativamente en el uso y en la habitación el propósito inspirador, para la constitución de estos derechos reales, se fija en personas, cuyas necesidades despiertan interés por satisfacerlas, pero cuya voluntad no inspira confianza para entregarle la plenitud del dominio, substituyendo éste por participaciones cercenadas, salvaguardia de intereses, comenzando por los de aquéllos, que las sufren como límite.

LA FUNCION TUTELAR EN ALGUNAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO

La acción y la preocupación tutelares no pueden quedar detenidas y como ausentes al llegar al Derecho adjetivo. Trascienden al procedimiento y se revelan en la organización. Manifestaciones múltiples de ello abundan en la participación oficial jerárquica, ya en actos de jurisdicción voluntaria, ya más equiparados a la contenciosa en la tutela privada o estricta; en la asistencia de defensa gratuita y en la imposición de defensa obligatoria; en la exigencia de representación profesional; en las resoluciones, trámites e iniciativas de oficio, o para mejor proveer; en la misión y atribuciones del ministerio fiscal, frecuente acusador, pero genérico y último defensor; en los recursos admitidos de derecho; en la obligatoriedad, indirectamente estimulada, o claramente establecida de servicios de fe pública o de registro.

Mientras no se pasa de lo civil en lo objetivo, la subsistencia del hecho tutelar puede explicarse o por la necesidad de un complemento, o por la dificultad de un deslinde, respecto de las normas sustantivas, cuyo reflejo es lógico y aun inevitable. Pero el fenómeno abarca en su constancia el orden penal, y dentro de éste con más energía y franqueza, cual suele ocurrir con la defensa impuesta, los recursos admitidos, las medidas de oficio, o la actitud del ministerio público. No cabe sin embargo, sentir extrañeza, ya que el propio Derecho Penal, y no el de trámite, sino el sancionador de fondo, no escapa, ni puede escapar, a esa ineludible preocupación de tutela. Dejemos aparte las penas, que suprimen toda relación jurídica con la vida, cual la de muerte, o las que suponen un acto de ejecución única, como las degradaciones, reprensiones y multas. En todas las demás que impone res-

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tricciones durables, mesurables, de derechos y libertades, se produce inevitablemente una situación de inferioridad real y oficial, efectiva y jurídica, que disminuye y estorba la capacidad del condenado. A veces llegará a determinar una situación expresa y típica de tutela, por interdicción civil; más sin llegar a extensión, efectos y solemnidad de tales declaraciones, siempre hay un escollo, una desigualdad, un obstáculo, que la pena determina, y que el poder atiende, compensa o remedia, o simplemente mantiene y afirma; pero en todo caso con atribuciones que son esencialmente tutelares. Por ser ello natural, fundado, inevitable, la tendencia se manifiesta con penas correccionales y con penas aflictivas, sea cual fuere el criterio penal, que afirme en los propósitos, tipos y reglamentación de las sanciones. Puede percibirse incluso que, siendo difícil la emancipación definitiva, plena y súbita de estas inferioridades, han determinado con frecuencia la existencia de patronatos post-penitenciarios, como forma de protección, y medidas de seguridad o vigilancia, cual manifestaciones de resctricción en una capacidad mermada, casi lesionada.

No hace falta insistir sobre la evidencia de que todo Derecho genéricamente religioso —el canónico específicamente— es tutelar por imposición de su esencia. Descansa sobre una categoría muy diferenciada de principios y normas; se ejerce por jerarquías de destacado relieve, con supremacías irresistibles y obediencias esenciales. Agrupa pluralidad de personas colocadas en situaciones inconfundibles de aptitud, necesidad y asistencia. Afirma la primacía de un fin, el religioso, y de una preocupación, la vida perdurable preparada en la terrena. Hay una jerarquía esencial y desdoblada de orden y de jurisdicción, con misión tutelar respecto de los jerarcas, y entre éstos por sus grados con la superioridad de los que reciben y guardan la definición de las doctrinas, el depósito de las tradiciones, la explicación de los misterios, la dirección y el ministerio del culto, la potestad de ordenación, la guía de las conciencias. Con premisas tales y el sistema de las instituciones han de representar éstas la forma y la construcción de una gigantesca tutela, porque pocas veces se destacarán tanto la igualdad última del destino humano y la desigualdad de los medios y atribuciones para atender a su cumplimiento en la vida. De tal modo esa tendencia tutelar penetra toda esta forma de leyes, que incluso ha inspirado el rumbo de sus expansiones históricas, más allá de lo propia y estrictamente religioso. Por jerárquica conexión de fines y prestación de asistencia, en suma por invocación de motivos tutelares, y con apoyo de superioridades circunstanciales aunque duraderas, de preparación, aptitud, medios e influjo, se organizó la tutela de la fe y de la doctrina sobre la ciencia y enseñanza; de la caridad sobre la beneficencia, la asistencia social y la solidaridad e impulsos de pro-

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tección; de los ritos y sacramentos coincidentes o cercanos sobre los actos y relaciones del estado civil; de ciertos principios morales sobre las normas de la contratación o de la propiedad temporal. En suma, pasando de la influencia tutelar de un fin sobre otros a la directa de instituciones, surgió la gran contienda histórica de relación entre potestades, de Pontificado e Imperio, de papas y reyes, de Iglesia y Estado, que llena siglos, más tal vez de los que señalan un estricto período, porque luego ha tenido porfiados epílogos, y antes conoció intensos y dilatados prólogos de influjo teocrático.

EL HECHO TUTELAR EN EL DERECHO PUBLICO INTERNO

Al asomarse a este orden jurídico, una primaria, esencial e imborrable sensación asocia en hondas y visibles semejanzas la institución tutelar con el carácter o misión del Gobierno; claro está que entendido éste no como ministros o ejército, y sí en la misión total de los Poderes como serie, del Poder como conjunto, sin excluir siquiera el llamado constituyente. Tal vislumbre o conjetura se afirma no ya por influjo nominalista o tradicional de antiguas instituciones, sino por un análisis que revela la subsistencia en este orden de los ragos, que como decena de postulados tutelares fueron recogiéndose en el artículo 1 de este trabajo: y todos ellos con impresionante coincidencia y destacado relieve.

Es indudable que el Poder surge, se organiza y actúa, por supremos y totales vínculos de solidaridad, en ambiente de plena convivencia, en virtud del hondo contraste, que en la sociedad política se da entre la capacidad jurídica máxima, que hasta el absolutismo le reconoce, y la tan atrofiada capacidad de obrar que la democracia confiesa. No es menos evidente que en el Poder la nota de función es típica y dominante, siendo atribuciones sus derechos y deberes, y de obligado ejercicio sus potestades. Aparece con igual claridad que tal función es representativa puesto que en representación invocada y alardeada procedieron y proceden, aun los despotismos personales. Para asiento y justificación de aquélla, cuando no como título de la representación misma, se ostenta, presume, coacciona, inventa o simula, una base de voluntad, tácita en los despotismos, delegada en los imperios, de posterior aprobación en los plebiscitos, de adivinada preexistencia en las dictaduras, hasta por los asaltantes o secuestradores del Poder.

La contrapuesta primacía de situaciones aparece en grado sumo: aun los poderes omnímodos se declaran servidores de la colectividad nacional; hasta los representantes más efímeros de ésta, sienten la arrogancia do-

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

minadora. En esta forma de acción tutelar el carácter de autoridad es de esencia, le pertenece por antonomasia; y en ella también la misión educadora es natural y constante.

Nunca parece más clara la distinción económico-jurídica de patrimonios y personas. Estas son inconfundibles, aun encarnado colectivamente el Poder; aun llevado a las asambleas electorales primarias. Pero con todo la tentación peligrosa de confusiones resulta inevitable y generalizada. No se ciñe a las pretéritas monarquías patrimoniales; no reaparece tan sólo en regímenes colectivistas o de agrupaciones privilegiadas. La tendencia a confundir se extiende a los perjudicados por la confusión misma; y pocos, rarísimos, serán los ciudadanos, que distingan y sientan el interés público; los más creerán que es de nadie o del gobierno.

La influencia psicológicamente contradictoria de los móviles sobre las nociones adquiere aquí insólita magnitud. No se desconoce que se trata de cargos y aun de cargas; pero se apetecen, se asaltan y se defienden como derecho supremo, honor máximo y privilegio excelso. Esta idea trasciende a la perspectiva de permanencia, costando trabajo a la colectividad convencerse de que su total emancipación es imposible, pero no aviniéndose tampoco los que dirigen a la facilidad de remociones renovadoras. En ningún otro orden la complejidad, aquí acumulada, de intereses y atribuciones ofrece la tentación peligrosa de abusos comparables y de opresiones parecidas. Por todo ello, y por la iremediable y constante exigencia de un Poder tuitivo, con representación ejercida, se dan en grado máximo dentro de la institución la necesidad y el riesgo.

Durante mucho tiempo, en épocas de atraso o de postración, se ha aceptado por resignación o conformidad la idea de Poderes supremos, tutelares, autoritarios. Luego, con alternativas históricas, el progreso de las ideas y la reacción contra los abusos, han fortalecido y espoleado un ansia de emancipación, que como absoluta es imposible. Al aceptarse en tales condiciones la idea del gobierno, como una representación, la tendencia a buscar modelos en instituciones civiles, se ha refugiado en el mandato, que le pareció la más adecuada para reflejar la relación de preeminencias invertidas, de supremacías reivindicadas. No afectaría ello, de ser absolutamente cierto a la esencial semejanza entre Poder y tutela, dada la realización indirecta de ésta a través de los apoderados. Pero un mandato obligado, permanente, coactivo, autoritario, regido por una exigencia de necesidad, que sólo salva posibilidades de substitución o reemplazo, se asemeja mucho más, dentro de las instituciones privadas, a la tutelar, que a la dependiente.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La raíz ideológica y sentimental, en el impulso obstativo a la admisión de la idea de tutela está precisamente en la repugnancia que se percibe entre la nota de incapacitada y la de soberana en la sociedad política. Sin embargo la noción de soberanía, en el sentido de omnímodo y arbitrario albedrío, es falsa como concepto de legitimidad moral y jurídica. La sociedad, como entidad y como agrupación en su conjunto, y cual conjunto, será el ser o sujeto de capacidad jurídica máxima pero no absoluta, amplia mas no ilimitada. Ante ella, frente a ella, por extensa y fuerte que sea, por casi unánime que se pronuncie, hay razón y hay derecho, porque ni éste ni aquélla son su obra y sí sus límites, frenos y normas.

Además, y en todo caso, la necesidad de tutela no obedece en caso alguno a restricciones en la capacidad jurídica, que aquélla afirma y sirve, y sí en la de obrar, que substituye y completa. En tal sentido la incapacidad social es patente e irremediable, sin que la supriman, porque precisamente la acentúan, ni el crecimiento que la distancia, ni el progreso que la complica técnicamente. Es un fenómeno natural que se ofrece incluso en las asociaciones de fines concretos, actividad escasa e intermitente, reunión fácil y acicate de interés personal directo. Así pues, la incapacidad de obrar es propia del ser colectivo entero, y no sólo un recuento del número de incapaces individuales que siempre contiene por edad o defecto. De ahí que no pueda remediarse con la distinción individualista de ciudadanos activos y pasivos, que ya en sí confiesa desigualdad y supone tutela. La idea arrogante o suntuaria de la soberanía no se opone a la tutela. Millares de veces, en cada país y generación, el tutelado supone y posee primacía social, económica, intelectual, de valía o mérito, respecto del tutor, y ni la necesidad se extingue por ello, ni el decoro sufre. La creencia y el título de soberanos, en reyes y emperadores, no ha estorbado la institución de regencia, que es una forma de tutela, aunque sutilmente hayan solido distinguirla en las constituciones monárquicas, para asegurarse aptitudes diversificadas, o evitar concentraciones ya excesivas y peligrosas de autoridad suplente. Pues bien, cuando las sociedades políticas han afirmado su soberanía, apartando la de los reyes, se han proclamado tales, pero constantes menores de edad en su existencia indefinida, e incurables en su parálisis relativa.

Ha de tenerse en cuenta además que la incapacidad de las sociedades políticas, si se mantiene y acentúa por ser permanente, se atenúa y soluciona por ser limitada, parcial, relativa. La incapacidad es irremediable para la acción y considerable para el juicio técnico; mas no para la voluntad, y esta potencia expedita supone un límite, una defensa, una cooperación directa y decisiva. Toda sociedad quiere más de lo que puede, y aun de lo que

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

conoce. La solución está en dejarla libre para lo que es capaz, y educarla en vez de atrofiarla, para lo que pueda adquirir. La gran dificultad, que hace tan opinable, tan pasional y tan arriesgado, el problema de la justicia pública, es que en su tutela, a diferencia de las privadas, no hay terceros, porque todos son interesados, como gobernantes, como pretendientes a serlo, o como irremisiblemente gobernados. Fuera de ellos, los que haya serán extraños por la extranjería, preocupados por otros problemas análogos suyos, y exentos de interés legítimo, de potestad jurídica eficaz y respetable. De esa situación derívase otra enorme dificultad para el gobierno, que no la hay para la tutela privada. Esta se desenvuelve bajo normas, que no emanan ni de los tutores ni de los tutelados. En la actividad y en la organización de los Poderes, o la norma procede con exceso de su criterio e interés, y será opresora, codiciosa, oligárquica; o saldrá impulsiva de la espontaneidad social efectiva, tumultuaria, o aparente y engañada, y llevará hacia el eclipse anárquico de la autoridad, con los terribles desquites de esta. Parece no haber solución para el caso, y la perplejidad doctrinal se refuerza por la desoladora experiencia histórica. Sin embargo, entre los datos de ésta y los juicios de la razón. La norma puede surgir de la ley natural, apoyada sobre las lecciones y realidades de la vida. Examinado el problema del Poder político, cual función y órgano tutelares, aparecen lógicamente fundadas, y experimentalmente comprobadas, varias condiciones:

1ª Tal tutela es necesaria y constante porque corresponde a una incapacidad permanente en su duración, esencial e irremediable por naturaleza, incesante en las necesidades de actividad, sometidas a impulso, en rigor ley, de acrecentamiento progresivo.

2ª Ha de ser tutela limitada, y ello por varias razones: la incapacidad, si bien permanente, no es absoluta, ni impide la apreciación y la preferencia. A esta compensación en el defecto del ser tutelado, corresponde otra en la potestad del organismo tutelar, para que la existencia fortalecida por la omnipotencia, no se convierta en insoportable. Además, si la propia capacidad jurídica de las sociedades políticas no es absoluta, menos puede serlo la autoridad que la refleja. Siendo supletoria y educadora toda tutela, no debe usurpar y atrofiar la acción o volición de la que sea capaz por naturaleza el tutelado.

3ª En el desarrollo o amplitud de la limitación, como tal indispensable, la variabilidad se impone como criterio, por no ser iguales ni la aptitud de las distintas sociedades políticas, ni las circunstancias en que cada una, y todas ellas se desenvuelven.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

4ª La tutela del Poder se ejerce para, sobre y en nombre de la sociedad política entera: o sea que es universal respecto de ésta, que en sí ofrece tal nota, y abarca a todos sus elementos y componentes, sin que ninguno, por apto que parezca, y poderoso que sea, escape a una ley o exigencia de solidaridad natural.

5ª Esta tutela, ejercida sobre un ser, en el cual la voluntad es lo más potente y perceptible, al ser como todas representativa, ha de apoyarse cuanto pueda en ella, arrancando de la misma voluntad el título de su derecho a existir y ejercerse. Es pues una tutela naturalmente dativa, en la que el orden de preferencia va en sentido inverso de la privada, pasajera y eventual de los huérfanos; ya que aquí la tutela legítima, o hereditaria sólo se explica por la combinación de tradiciones históricas con asentimientos nacionales; y en cuanto a la transmisión testamentaria, la incongruencia es tan manifiesta, que sólo ha aparecido, o resurge, en épocas de extrema degradación.

6ª Debe haber en el organismo tutelar la continuidad renovada, que es la esencia de la vida, y por ello el reflejo y la garantía del ser tutelado. Sin continuidad se niega o merma la constancia. Sin renovación se anula o simula el título de voluntad, ya que no cabe limitarla a una generación privilegiada y rectora.

7ª Esta tutela, más que ninguna, ha de ser apta, eficaz y selecta. Con mayor razón que en las privadas, no debe bastar la simple y negativa condición de no estar incapacitado, de no hallarse al otro extremo en la escala de aptitud. Exigir ésta para toda función pública es legítimo, y aun obligado, sin excluir de tal exigencia de requisitos, nunca tendenciosos y sí justificados y accesibles, la propia función electoral, en cuanto es ya un acto de Poder, primario, pero por ello decisivo.

8ª La magnitud de los intereses, confiados a la gestión, y la inmensa trascendencia de ésta, no pueden eximir de la condición de responsabilidad, que acentúan y apremian, en sus deberes, en sus cuentas, en sus sanciones.

9ª La condición fundamental de responsables halla su garantía de eficacia en la de fiscalizada, sin la cual aquella otra será ilusoria o violenta.

10. El Poder habrá de representar la unidad del ser tutelado, sin la cual no habría concierto de eficacia, pero ha de diversificarse, extenderse, y en lo posible, separarse. Sin esto último la limitación resultará teórica; la eficacia estará contradicha por la acumulación de menesteres, sin diferenciación de actividades y aptitudes; y la responsabilidad quedará dudosa y burlada

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

entre la confusión de los autores, y la solidaridad que los encumbre y parapete.

Es fácil contrastar con esas condiciones, cuyo esbozo queda hecho, las formas inadmisibles o gravemente defectuosas de organización política, que aparecen como irracionales o se muestran como ocasionadas a peligro magno, y acaso inevitable.

La necesidad y constancia desvanecen, cual quimera, la utopía anárquica, el empeño de la democracia total, directa, y el perenne impulso revolucionario, que no percibe de qué modo, incluso cuando vence, cambia de tutela, pero no la extingue; sólo podrá mejorarla en ocasiones, no siempre, y menos todavía cuando se da la apariencia de haberla suprimido.

La limitación excluye o condena todos los poderes absolutos, de cualquier tipo, y origen que sean.

La variabilidad rechaza las dictaduras sistemáticas, erigidas como instituciones normales; las constituciones de opuesta e inflexible rigidez, noadaptables a la complicación eventual y los constitucionalismos de patrón imitativos de la moda, sumisos a la influencia o ridículamente idólatras del éxito circunstancial.

El alcance, destino y fin universales del Poder, se oponen a los gobiernos de casta, de clase, de partido exclusivo, de privilegio infranqueable y de separación definitiva entre gobernantes y gobernados. Por falta de un asiento de voluntad, son ilegítimos los poderes patrimoniales, los asaltantes del mando en nombre de la fuerza, los falseadores de la elección, o los que posponen, como hacen los cesarismos plebiscitarios, el acto de voluntad cohibida al ejercicio libérrimo, arbitrario, de la autoridad detentada.

La combinación vital de continuidad renovada se niega en la inconsistencia gubernamental de los parlamentarismos desenfrenados, impulsivos, prematuros, sin educación suficiente; y en el otro extremo choca con las doctrinas e instituciones, según las cuales basta un acto expresivo de voluntad nacional, en el origen de un poder, para que éste pueda prescindir de oirla y acatarla; así como los que sólo se apoyan en fuerzas cerradas por el privilegio o perpetuadas por herencia.

La necesidad de eficacia, y para ella de selección, se olvida en los simplismos de la demagogia igualatoria, ya sean empíricos o dogmáticos y en todo caso defraudadores y falseados.

Por falta de responsabilidad son condenables, a más de por su oposición a otras condiciones, los cesarismos, las autocracias, las dictaduras permanentes, las monarquías no limitadas por el refrendo ministerial; y en el otro extremo la omnipotencia parlamentaria, y los excesos de la democracia directa.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La ausencia de fisalización es un motivo más que estigmatiza los poderes absolutos de todo tipo y de todo tiempo. Hay en este aspecto una aplicación singular egoista, interesada y aun frecuentemente codiciosa, de la arbitrariedad omnímoda, que buscan los poderes absolutos. La total holgura del albedrío es el medio para el ansia del capricho y la tentación de injusticia. La falta de fiscalización es el medio buscado para asegurar la ejecución fácil y el disfrute impune del absolutismo.

La ausencia de unidad total en el Poder, con la consiguiente discordia, paralización y debilidad de la acción gobernante, muéstrase en las organizaciones plurales de la jefatura del Estado, destinadas fatalmente a convertirse por la violencia, la docilidad o el acomodo en la supremacía insincera, oculta, audaz e impune de una energía más apta o simplemente más ambiciosa. Ello explica el descrédito y abandono, definitivo y aun rápidos, de diarquías, triunviratos, directorios, consulados y regencias plurales. Aparece el mal de modo indirecto en el parlamentarismo desbordado. El daño opuesto de concentración de toda la autoridad, es el mal forzoso que condena los poderes personales, que se opone a los absolutos, que rechaza las sumisiones indirectas de la autoridad judicial como negación práctica de la justicia que llega en lo que parece detalle, a exigir como remedio que, salvo en los puestos de confianza delegada, ampare la inamovilidad a toda función, que a magistratura se asemeje y que autoridad propia implique.

LA TUTELA EN LA RELACION POLITICA EXTERNA

Pasemos a este orden, limitándonos por harto evidente a una mera referencia sobre el ejercicio constante de tutela político-administrativa, que el Poder central se atribuye en relación con las entidades provinciales y municipales.

La magnitud y constancia del fenómeno tutelar en este otro orden externo obedece a dos causas decisivas: una de hecho y otra de Derecho. Es la primera que en ningún otro se destaca y agranda tanto la diferencia real de las desigualdades efectivas para la acción, y por consiguiente para el influjo. Entre dos sociedades políticas o Estados hay con frecuencia desigualdad estática de tallas o magnitudes, que no se da entre enanos y gigantes; dinámica de fuerzas que no separa tanto al atleta del niño; económica de recursos, que distancia menos al multimillonario del pordiosero; cultural de civilización, que inspira desdenes no sentidos por el sabio hacia el analfabeto; y total biológica de energía, plena, en atrofia o en agotamiento, que es más honda e irremediable que la escala o contraposición entre adultos, recién nacidos y agonizantes.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Con diferencias tales y aun sin acumularse todas ni acentuarse ninguna mucho, la teórica igualdad de soberanías independientes en su ejercicio, y libres en su concierto, desvanécense como quimérica ilusión; hay, cuando se acercan, unas que comprueban la flaqueza agravada de tal pretendida omnipotencia, y otras que sienten la arrogancia acrecentada de semejante orgullo.

Llegando de lleno a la entraña del Derecho lo que se encuentra en este orden, se parece mucho al vacío casi absoluto. Hay una carencia desoladora, no ya de eficacia en las normas jurídicas internacionales, sino de estas mismas en cuanto reglas aceptadas por un asentimiento, que acepte deberes y origine derechos. La ley internacional ha sido la esperanza alimentada en la Edad Moderna por el esfuerzo de pensadores, de muchos países, entre ellos de España; pero su corta floración, tras las guerras revolucionarias y napoleónicas, que dió al mundo los dos períodos de paz relativa y progreso evidente del siglo XIX, secóse a fines de aquél iniciando la brutal reacción que ha dominado la presente centuria. Hace ya muchos años, al comienzo de mi actividad parlamentaria, ya señalé en un discurso tal fenómeno de alarmante reacción, expresando el temor de que no fuese pasajera. No lo ha sido; y hoy parece haber anegado todo progreso de ese orden, hasta los de mera aunque educadora cortesía, desaparecidos entre cinismos y teatralerías, sostenidos por otra reacción paralela en el Derecho interno, que explica, defiende y utiliza el retorno al despotismo, cual necesidad y medio de sostener supremacías de potencia externa, para la cual no supone nada ni la solidaridad de la especie humana, cuya unidad misma se borra o niega por el engreído egoismo racial.

Hemos vuelto en este eclipse a la oscuridad, que hoy se muestra cual irremediable, de la prolongada noche histórica, en que las formas de convivencia exterior, íntima, directa, cercana, han venido siendo la violencia opresora, o la transacción tutelar.

Nada más engañoso que ver en las alianzas una asociación pactada y cumplida en pie de igualdad. No lo son, y no pueden serlo. Faltaría la unidad y eficacia de acción para la empresa o frente al peligro que las inspira. Falta desde luego la igualdad de aportación, pues hay siempre quien lleva más amparo, y quien ofrece en cambio más sumisión. Aun pactadas las alianzas entre países aparentemente análogos, incluso entre los orgullos amenazados o agresivos de grandes potencias, hay siempre una primacía tutelar, discretamente disimulada, que dirige la política que precede a la guerra, y la guerra, que sirve la política.

En todos los sistemas de organización internacional, universales, continentales o regionales, se proclama, y es lo mejor, o se impone, y es lo

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

inevitable, una preeminencia tutelar. El ensayo más amplio e idealistamente igualitario en la Asamblea de la Sociedad de Naciones, estaba regido por la desigualdad del Consejo, dirigido en realidad y en principio por los Estados con puesto permanente: y eso no era ni injusticia, ni error, porque las realidades hay que reconocerlas en Derecho, precisamente para poder corregirlas y frenarlas en lo que tengan de abusivo. La flamante O. N. U. confirma el precedente. En todas las manifestaciones de solidaridad panamericana, hay rotación de sedes para reunirse, y pluralidad de voces y votos, pero unidad de impulso y de solución, que no se aparta de Washington.

Aun sin exteriorizarse en organizaciones, el sólo hecho de la convivencia solidaria está siempre regido por una realidad, que toma un nombre: hegemonía, que es comienzo y forma de tutela, dispuesta a pesar en toda convención internacional, aparentemente espontánea e igual, pero que quizás solamente lo será, y aun en ello no del todo, en los convenios técnicos, generales, secundarios, de coordinación administrativa o jurídica.

La misma tendencia tutelar ha ido imperando y rigiendo los hechos, instituciones, sistemas y fórmulas de relación entre las sociedades políticas, siguiendo unas veces a la violencia bélica, sustituyéndolas otras. El impulso tutelar, la superioridad de este carácter, ha formado, engrandecido y sostenido los imperios, y late en todo imperialismo, compatible con cualquier tipo de organización política interna. Esa fórmula tutelar ha cercenado las independencias pre-existentes, en la "capitis diminutio" del protectorado; o fase parecida de proceso inverso ha preparado las emancipaciones graduales y limitadas, que suponen las autonomías. La una y la otra noción han sido etapas de ordenación tutelar más amplia y fecunda del sistema colonial, que ha enlazado los extremos de la Tierra y extendido por ella las civilizaciones. Otras veces, en que el proceso de integración ha llegado o llega a compenetraciones más íntimas, en que el vínculo externo substituye el de Derecho interior, o sea en el caso de las confederaciones, y de los Estados federales, la igualdad de éstos, no siempre afirmada, ni como satisfacción de táctica hábil, cede en todo caso ante la primacía de un núcleo, que representa la energía rectora, la acción tutelar.

La idea neta, inconfundible de tutela, es la que se percibe en la fórmula e institución de los mandatos internacionales, sobre territorios no considerados aún aptos para la independencia.

Así ha sido el mundo de las relaciones externas; así se nos muestra, y así seguirá siendo en todo el horizonte vislumbrable del tiempo, aun logrando remontar este cabo de regresiones, que parece escollo absoluto para toda esperanza progresiva.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

No hay verdad de más fácil y abrumadora corroboración histórica. En cada país puede seguirse la trayectoria, que en el mío es clara, ininterrumpida, desde que su vida presenta y relaciona grados de civilización apreciable; y antes de ello, lo que no fuese tutela, sólo podría ser violencia. Desde las colonias griegas y fenicias, aparece ya con ellas un doble hecho tutelar: el vínculo que las liga con sus alejadas metrópolis y el influjo mezclado, con respectivos predominios de lo cultural y lo mercantil, sobre la más atrasada población indígena. Cuando tras unas y otras colonias aparecen como protectores y herederos sus afines romanos y cartagineses, otra doble tutela de cada poderoso cerca de sus protegidos, de cada rival respecto de España, a través de la lucha que parece va a ganar Cartago de Sagunto a Cannas, y que ganará a distancia Roma desde Mila a Zama. Tutela total romana luego, desde las armas al Derecho, desde las creencias al lenguaje. Después tutela alternada de pueblos norteños que dominan por la fuerza, y supervivencias latinas que pesan por la cultura. Antes de que se trabe y consolide un ser nacional homogéneo, otro tutor, en su tiempo más fuerte y más culto, el musulmán, el cual a su vez será tutelado por los correligionarios asiáticos y africanos, que someterá a su dependencia, no ya a las colectividades hispánicas que en su seno conserva y tolera, sino a los mismos Estados de la Reconquista que minan y combaten el poder mahometano Cuando en la lucha se invierte y asegura la supremacía en favor de los cristianos, cerca de tres siglos de tutela sobre el último reino moro. Mientras tanto la enérgica y fecunda actividad exterior catalana ha ido luchando desde su emancipación de la tutela francesa, a su tutoría sobre el sur francés, y sobre las tierras y riberas del Mediterráneo. En el año mismo en que desaparece el Estado hispánico, moro y vasallo, empieza la ingente colonización del Nuevo Mundo. En el Viejo la Casa de Austria será por coincidentes primacías de rama primogénita y Estado más fuerte la aliada tutelar del Imperio; y la de Borbón, por iguales y ya trocadas influencias la de Francia. El motivo, no dinástico, bastará para que subsista ese influjo tutelar, aun ejercido por los convencionales regicidas del Directorio o por el colosal advenedizo del Consulado y del Imperio. Todo el siglo XIX con alternativas de aislamiento será una opción de influencias entre la inspiración inglesa y la francesa. Cuando ambas coinciden siendo a su vez tal acuerdo una púdica tutela, parecerá que para la doble sobre nosotros no queda ya ni duda ni escape. Mientras tanto en convalecencia sólo iniciada de nuestra última guerra de emancipación colonial, la misma generación que la sufre acomete otra empresa tutelar, la del protectorado marroquí. Luego la espantosa guerra civil es furia loca de incapacitados epilépticos

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que se destrozan al servicio de tutelas extranjeras, rivales siempre algunas, contrapuestas entonces, concertadas luego algunas otras.

OTRAS FORMAS Y ASPECTOS DE LA TUTELA EN EL DERECHO PUBLICO

En la ascensión directa, en busca de inmediato cambio de horizonte, desde el Derecho Público Constitucional hacia el de relaciones internacionales, quedaron atrás los campos del Administrativo y del Social. Pero uno y otro, lejos de mostrarse extraños o poco adecuados respecto del hecho tutelar, aparecen extensa y profundamente impregnados de su principio, que anida o penetra en la entraña misma de la esencia de ambos.

Prescindamos en el Administrativo, por ser menos diferenciado, de la tutela tan frecuente en las instituciones de beneficencia, ejercida o sobre los individuos expósitos y huérfanos desamparados o por medio del Protectorado cerca de las fundaciones para completar y vigilar la acción de sus patronos. En uno y otro caso, al cabo la tutela se relaciona y equipara con la de personas físicas o morales en el Derecho Civil apareciendo cual substitutiva, supletoria y fiscal de ella.

Hay otras tres formas de la tutela administrativa, en cada una de las cuales aparecen rasgos típicos muy singulares. El primer caso, más claro en cuanto a su realidad, aunque complejo en su motivación, es la tutela de superioridad jerárquica, de entidad sobre entidad que en mayor o menor grado, según el de centralización, se atribuye y ejerce la Administración del Estado sobre las otras organizaciones colectivas territoriales, que comprende en su seno, o sea los municipios, aldeas o ciudades, los distritos, provincias y regiones. Substancialmente con menor relieve y fuerza, es el mismo problema, que al plantearse dentro de las confederaciones y de los Estados federales contrapone al Poder común con los particularistas, y queda dentro del Derecho Constitucional por su enlace directo con la soberanía, su radicación y su ejercicio. Esta forma de tutela administrativa, orgánica y jerárquica, tiene la singularidad de obedecer y servir tanto a fines de solícito amparo hacia el tutelado, cuanto de recelosa defensa del propio tutor; ya que se piensa al refrenar autonomías en sus excesos de todo orden, sean errores en lo privativo, o rebeldías en lo común: lo mismo en prodigalidades que en extralimitaciones. Lo peculiar pues de tal tutela es que busca como tutor nato a quien tiene intereses indeslindables siempre y hasta con frecuencia incompatibles, en relación con el tutelado. A pesar de ello el hecho se muestra con universalidad, que borra su anomalía: es un problema de grados en la opresión o en la holgura; y con frecuencia se

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

revela una inconsecuencia en la doctrina, ya que los poderes autónomos bajo gobiernos unitarios descentralizados suelen ser de máxima intensidad tutelar sobre sus municipios o circunscripciones inferiores, sobre los cuales gravitan con obsesión de horizonte más limitado y eficacia de presión más cercana.

Con ocasión de los servicios públicos de utilidad material, la tutela suele ofrecer aspecto insólito. En general la idea e institución administrativas del servicio público descansan sobre una tutela indirecta o clara, ejercida por la Administración sobre la más inconexa y débil espontaneidad social. Pero ocurre con frecuencia que, después de afirmada teóricamente la incorporación de un menester a la zona de servicios públicos, y aun con carácter reforzado de un monopolio, la Administración busque la mayor ambición adquisitiva o vigilancia gestora de los intereses privados; y entonces mediante las formas contractuales de la concesión más durable, o del arriendo más rescindible, la arrogante omnipotencia administrativa, reconociendo su propia inferioridad para la acción, acepte y solicite tutelas invertidas, que por parciales y reglamentadas que sean, no pueden ocultarse, y que muestran en la inversión completa del principio la ilimitada amplitud de éste.

De otro orden, teóricamente muy singular, es la tutela que se ejerce sobre fines o actividades de tipo más elevado, generalmente espirituales, al menos en su raíz y principio: investigaciones científicas, difusión de enseñanza, desenvolvimiento del arte, observancia de la moral, cumplimiento de actividades religiosas. En su conjunto el problema es de tal amplitud y profundidad que no puede encerrarse totalmente dentro del estricto Derecho Administrativo, trascendiendo a otros órdenes y arrancando del Constitucional; pero es en aquél donde se manifiestan, mediante la acción tutelar del Gobierno, las formas activas, prácticas y eficaces de la tendencia. Lo singular de la tutela en casos tales consiste en lo lejano, hondo y abstracto de su raíz teórica. En principio no se trata de una tutela de personas sobre otras personas; y sí de un fin, el Derecho, sobre otros fines, ciencia, arte, moral, culto, cuya mayor debilidad o indefensión de energías, requiere el estímulo protector de la exigibilidad jurídica. En tal sentido vemos la noción de tutela admitida y desenvuelta no sólo entre seres vivientes, sino entre conceptos y abstracciones. Claro está, que por encadenamiento inmediato esa tutela inmaterializada, en si impalpable, encarna perceptible y coactiva, y se traduce, tras una serie de rodeos doctrinales, en la del Estado sobre aspectos de la Sociedad, y por consiguiente en refuerzo de la ejercida por el Gobierno del primero sobre todos los componentes colectivos y elementos individuales de la última.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

El Derecho Social es de todo tiempo, apareciendo más absorbido, y como esbozado, en épocas de permanencia que lo incorporan al sedimento asimilado de la ley común civil; más destacado e inquieto en los períodos de transición formativa, que lo articulan con este gran resorte de la acción gobernante. Pero en toda época de Derecho ha descansado sobre un hecho capital: que, por la doble necesidad, primordial en el trabajo, y desventajosa en el trabajador, aquél y éste reclaman normas e instituciones tutelares. En la serie de violencias y progresos, o en la subsistencia de aquéllas combinada con la iniciación de éstos, ha ido pasando el principio tutelar por formas tan variadas, que ocultan o borran la continuidad de su esencia. El fenómeno tutelar ha conocido la dureza variable pero esencial de la esclavitud inicua aun después de humanizada en sus compenetraciones; la separación de clases reforzada y amojonada hasta la formación de castas; la atenuación de la servidumbre con la cadena y escala de las dependencias señoriales; la defensa colectiva a la vez fortaleza ganada y opresión sufrida de los gremios y oficios; la protección suprema y egoísta del Poder soberano; la solicitud de la legislación humanitaria; la supremacía del individualismo de empresa; la formación de asociaciones violentas frente a los elementos opuestos, y absorbentes respecto de los propios; la incorporación forzada a sindicatos indiscutibles o a corporaciones impuestas; la dictadura salida del seno y ejercida en nombre de las fuerzas trabajadoras... Toda una serie sin fin de fórmulas distintas, sucesivas y rivales, pero que en el fondo de cuya experiencia y en el conjunto de sus tránsitos acusan la permanencia del principio tutelar en el asiento económico de las sociedades.

LA MAGNITUD DEL HECHO TUTELAR

La aparición de éste y su permanencia en órdenes tan variados, en la serie de tiempos tan diferentes, en el seno de civilizaciones tan diversas, dicen claramente que ha desempeñado y seguirá representando un gran papel en la formación y cambio de la estructura social con su incesante aunque cambiada tutela de personas, clases, poderes e intereses. Para explicarse la magnitud y constancia del hecho tutelar conviene enfocar en sus fundamentos humanos y naturales la formación y el crecimiento social del tejido histórico sin que nos desvíen hipótesis arbitrarias ni exageremos la valía de otras parcialmente admisibles. Hay que dejar resueltamente atrás cuanto en una forma cualquiera invoque o renueve el pretendido pacto social, que con celebridad y trascendencia totalmente desproporcionadas con su inexactitud notoria y evidente, ha parecido y resurgido en diversas teorías. Nada más falso como hecho; más gratuito cual afirmación con

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

deber incumplido de prueba; más inverosímil como conjetura; más nulo como acto jurídico; más deleznable como vínculo de Derecho. No brota enlazado con las viejas tradiciones, ni sorprendido en los modernos descubrimientos. Supone la opción imposible, con preferencia absurda, contra el ambiente modelador de la naturaleza y el hábito primitivo, y en favor de civilización no imaginable y sujeciones no atrayentes. Habría implicado el concierto que lo creara más cultura en el seno de la barbarie nómada o forestal, que la existente para inventarlo en los siglos adelantados, mayores. Se habrían arrogado unos cuantos hombres la representación tácita y eficaz de los abstenidos, los ausentes, los menores y hasta el poder coactivo sobre los disidentes. Una agrupación aislada o una generación de privilegio a lo sumo, en cada lugar y raza habrían comprometido con definitiva y justa trascendencia el porvenir distinto de los continuadores.

Mucho más biológicas y ciertas son sin duda exageradas y se resienten de un patrón convencional y también algo idílico las hipótesis y teorías de formación genética de las sociedades por dilatación y cruzamiento de las familias estrictas, cercanas. Aunque ello en gran parte de su fondo sea natural y verdadero, las instituciones patriarcales o matriarcales, en cuyo nexo y tipo hay ya una relación de tutela, explican una parte de la constitución de tribus, linajes, gentes y aun ciudades; pero ni todo lo que estos suponen ni la aparición de las agrupaciones más amplias de los estados y de los imperios.

El crecimiento social y el tejido histórico se basan en datos, impulsos, propensiones y hechos de constante y natural trascendencia. La sociabilidad humana y el Derecho que la regula arrancan de esa cualidad típica de nuestra especie, base y acicate de su progreso; de la extensión creciente, indefinida de ambiciones, ansiadas y satisfechas como necesidades, siempre etapas y nunca término. Con esa cualidad se enlaza otra, la que hace posible dentro de nuestra convivencia e indispensable, para la aspiración progresiva, la forma de cooperación entre los hombres. Ella, a su vez, se encuentra facilitada, en vez de impedida, por una desigualdad esencial, constante en su conjunto, cambiante en sus encarnaciones, de aptitudes, energías, edades, fuerzas y condiciones de carácter y de dominación. Sobre esta desigualdad el impulso humano, como fuerza primaria y como reminiscencia innata, jamás extinguida ni del todo sometida, ha extendido el poderío de muchos sobre otros, inicialmente con móviles de egoísmo, medios de violencia y expresiones de arrogancia. La convivencia prolongada, el deseo mismo de mantenerla, el impulso sentimental, la solidaridad inevitable con reciprocidades necesarias, ha ido abriendo el camino de civilización, que convierte los actos de fuerza en soluciones de acomodo, que acabarán siendo instituciones de justicia. Y entre ellas, caminando por etapas tales, la noción de tutela se ha

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

desenvuelto en los diversos órdenes, porque responde a necesidades insuprimibles de la solidaria y desigual condición humana.

El progreso jurídico y civilizador, regula y cambia los fenómenos tutelares, pero no los suprime, porque son inevitables y permanentes. Suéñase con la emancipación en la vida privada para seguir sometido siempre a otras dependencias. Han ido los pueblos sacudiendo el yugo de los poderes personales; y aunque la proximidad de retorno agravado hacia ellos deba considerarse un accidente en la previsión de la perspectiva histórica, aun sin ello a los monarcas, y a las oligarquías, substituídas o mejoradas, pero no extinguidas, han ido reemplazándolos la soberanía de la nación delegada en sus Poderes, y ejercida por los partidos, y el ensanche de actividades, fines y medios del Estado, compensación superior a toda limitación supuesta por el reconocimiento de derechos individuales. Luchan las clases por escapar a la tutela de otras, para caer bajo la del Estado o la de sus organizaciones y organizadores sindicales. Combaten las naciones por sacudir una hegemonía agrietada y encuentran otra en sazón. Emancípanse las colonias de las metrópolis, y sienten pronto o primacías extrañas a su cultura y raza, o yugo de sus oligarguías autóctonas.

La constancia de la tutela, si por un lado debe hacer reflexiones sobre la quimera impulsiva de las totales y violentas emancipaciones, por otra parte impone concentrar la energía, sin postraciones de abatimiento fatalista, en la mejora tenaz de lo que será forzoso, pero es perfectible, necesario, mas no absoluto. Menos epilepsias intermitentes y más decisión continuada. Lo que no cabe suprimir se puede y debe mejorar. La realidad es necesario reconocerla para poder modificarla. En el orden privado y familiar estricto la aceptación del irremediable hecho tutelar, lo ha ido convirtiendo en una institución, siempre con riesgos, pero ya con garantías, y desde luego con normas. Y ese es el proceso en todos los órdenes: enfrentarnos serenamente con lo que es ley, por ser exigencia de la vida, e ir haciendo de un peligro de explotación una forma de amparo, de un impulso de egoísmo una ocasión de sacrificios, de la iniciación de fuerza la institución de justicia. Exigir aptitudes, imponer deberes, garantizar derechos, sancionar responsabilidades, limitar albedríos, atajar peligros, esclarecer conductas, sancionar responsabilidades, operar remociones será hacer obra más fecunda y renovadora, que soñar con la emancipación imposible para despertar bajo nuevas servidumbres.

En el árbol simbólico y perenne del bien y del mal, una de sus más frondosas ramas es la institución tutelar, con todos sus excesos y todos sus amparos; bajo ella, como bajo el árbol todo se desenvuelve la vida humana, en busca de su bien y en medio de sus rigores.

DR © 1947. Universidad Nacional Autónoma de México
Escuela Nacional de Jurisprudencia