

CONCEPTO, CARACTERES Y FINES DE LA INSTITUCION TUTELAR *

*Por el doctor Lino RODRIGUEZ-ARIAS
BUSTAMANTE, Profesor de la Universidad
de Panamá.*

- 1) Instituciones familiares y cuasi-familiares. 2) Protección de un estado de incapacidad. 3) La tutela como institución orgánica. 4) Derechos y deberes de tutelantes y tutelados: *status*. 5) El poder tutelar. 6) Representación del menor o incapaz. 7) Caracteres de esta institución. 8) Sus fines.

1) INSTITUCIONES FAMILIARES Y CUASI-FAMILIARES.—Las instituciones familiares son aquellas que integran la familia, ora en sentido estricto (sociedad conyugal y paternofilial), ora en sentido lato (sociedad parental, además de las dos anteriores). Estas instituciones implican relaciones de mutuo auxilio, protección y defensa, relaciones de subordinación y, en una palabra, de solidaridad. Relaciones que se hallan fundamentadas en el matrimonio, amparadas por la moral y sancionadas por el Derecho.

El carácter de estas instituciones ya se nos manifiesta en las legislaciones romana y germana. La antigua familia romana, encarnada en la “gens” (la “sippe” es su correlativa germana), es la más perfecta manifestación de esta solidaridad humana que se da en toda esta clase de instituciones, de acentuado carácter social, puesto que ante todo anteponen los intereses del “grupo”, dentro del cual queda enmarcado el individuo, el cual encuentra en el mismo satisfacción a sus necesidades materiales y morales.

* Para un estudio completo de esta materia cfr. nuestro libro *La Tutela*, Ed. Bosch, 1954.

Por eso, las instituciones que vienen al Derecho con los mismos fines de protección y asistencia, tratando de suplir el vacío que dejan las familias, se llaman cuasi-familiares, derivándose de un principio fundamental semejante al de la patria potestad.

Esto nos explica que al principio la tutela incumbiese solamente a la familia, por ser institución familiar en sentido lato, gentilicia si se permite la frase, que obraba bajo la inspección del tribunal familiar. Sólo más tarde se supera esta concepción cuando se califica a la tutela de "munus semipublicum". Entonces, al reglamentarse por el Estado trasciende del orden puramente familiar donde en un principio estaban comprendidos todos los derechos, por cuanto que la distinción de esferas de los mismos exige siempre la presencia del Estado, aunque sea en su estructura rudimentaria.¹

Moviéndose dentro de esta distinción del Derecho en público y privado, los juristas que han propugnado en todos los tiempos una renovación de la institución tutelar, atendiendo actualmente a los ámbitos a que la familia ha sido reducida, propugnan algunos porque el Estado intervenga en su ordenación, sin por ello despojarla por completo de su investidura familiar;² mientras otros autores, sustentando opiniones más radicales, se pronuncian porque toda la función familiar y tutelar sea obra del Estado, incluso la del matrimonio y las relaciones familiares en sentido estricto. Esta es la opinión de los socialistas (marxistas). Hay también quien mantiene una posición armonizadora entre las dos expuestas más arriba, inclinándose por una doble intervención: la familiar por sus sentimientos naturales, y la del Estado por sus recursos vitales infinitos, por sus competencias especializadas, etcétera.³ Quienes partimos de una concepción comunitaria del Derecho, superadora de la distinción a que nos hemos referido anteriormente, consideramos que en estas instituciones, al igual que en todas las demás, actúan los dos grandes principios constructivos que se reflejan en toda clase de normas jurídicas: el de la comunidad y el de la personalidad, ambos siempre dirigidos hacia la consecución del bien común, y siempre también en constante y necesaria colaboración. De aquí, pues, que nos alejemos de discutir si la tutela es institución de Derecho privado o de Derecho público, pues conforme a la

1 RODRÍGUEZ ARIAS. *La distinción entre lo público y lo privado...*, sobretiro, Instituto Editorial Reus, pág. 3.

2 CAVAGNARI.

3 RODIÉRE. *La Tutelle des Mineurs*, Recueil Sirey, pág. 6.

doctrina acabada de sentar, lo que nos interesa dejar bien patente es la tendencia social en que se halla inspirada, hasta el punto que toda su ordenación no es producto de la voluntad de los que a ella se acogen, y de los que protege por encontrarse en situación de incapacidad o de minoría de edad, sino que, por el contrario, toda su regulación es de derecho necesario desde el momento que la voluntad individual no juega en ella un papel constitutivo y de libertad. Más adelante haremos nuevas consideraciones acerca del particular.

2) PROTECCION DE UN ESTADO DE INCAPACIDAD.—Si hay autores que resaltan el papel cuasi-familiar que ostenta la tutela, hay otros que se fijan con preeminencia en el problema de incapacidad que viene a resolver.⁴ De aquí que algunos de ellos —entre otros, AUBRY y RAU y BONNECASE—⁵ tratan de esta materia al hablar del derecho de las personas, puesto que la tutela se refiere a determinados estados personales cuyo supuesto es una incapacidad natural o legal para realizar actos jurídicos que requiere colocar a tales personas bajo la protección y vigilancia de otras.⁶ Para BONNECASE, la incapacidad general del pupilo se traduce por la imposibilidad de principio en que se encuentre de participar por sí mismo y libremente en la vida jurídica bajo la forma del cumplimiento de actos jurídicos. Es por lo que el tutor ha de tomarle a su cuidado y representarle en todos los actos civiles, permitiéndole de esta manera participar en la vida jurídica, bien sea bajo la idea de representación o la de asistencia; extremos sobre los que volveremos más adelante. Los primeros son una manifestación de la técnica jurídica, traduciéndose por la sustitución de hecho o de derecho de una persona respecto de otra, dando como resultado engendrar directamente en la persona del representado los efectos de las operaciones cumplidas por su representante. Al contrario, la idea de asistencia del incapaz supone en la persona un grado de inteligencia que, sin llegar a ser suficiente para dejarle actuar por sí solo, no se le puede, en cambio, descartar por completo en la gestión de su patrimonio; pues que su personalidad tiene únicamente necesidad de ser completada. Tenemos, como ejemplos del primer caso, las

4 DE DIEGO. págs. 377 y sigs.

5 *Précis de Droit Civil*, I, 1944.

6 BONET. *Revista de Derecho Privado*, 1940, pág. 25, y RUGGIERO, pág. 246 y sigs.

incapacidades por edad, locura; y del segundo, las motivadas por debilidad de espíritu, prodigalidad.⁷

3) LA TUTELA COMO INSTITUCION ORGANICA.—La generalidad de los autores, no obstante lo terminado de exponer, incluyen el estudio de esta institución en el ámbito de Derecho de familia, haciendo, por tanto, resaltar el carácter de protección que supone y que la destaca de ser un simple medio de asistencia a los estados de incapacidad natural o jurídica. Y es que esta institución tutelar, *análogamente* a lo que sucede en las familiares, se nos presenta creando, no una mera relación obligatoria entre los acogidos a ella, sino *constituyendo verdaderos poderes* que requieren de una subordinación de las personas a un fin superior al que pueden perseguir las voluntades individuales que se encuentran subsumidas en la misma. Estos poderes tutelares son a imitación de los familiares, por lo que ha de apreciarse siempre en ellos el doble aspecto que presentan aquéllos: el de las relaciones exclusivamente personales y el de las patrimoniales, originándose mediante éstos una serie de obligaciones entre la persona incapaz y aquella a quien se confía su protección.⁸

De donde que, cuando estas causas de incapacidad se dan dentro de la relación familiar constituida, la necesidad de protección y de ayuda encuentran su natural complemento y satisfacción dentro de esta misma familia, apenas teniendo ello importancia, pues no hay lugar a organizar sistema especial alguno. Solamente en ausencia de esa relación familiar constituida es cuando surge la imperiosa necesidad de sustituirla por un débil remedio de protección natural, lo que se busca precisamente en el organismo tutelar, que hasta ahora muchas legislaciones configuran a imagen y semejanza de la familia.

Así observamos que junto a la realidad social individual existe una realidad social familiar que se contrapone e impone a la psiquis egoísta del hombre, pues sin esa psiquis familiar dicha institución no tendría existencia ni jurídica ni social; sólo habría relaciones accidentales, libres y eventualmente obligatorias. Por eso la dualidad de fines en la vida social origina dualidad de medios, dualidad de formas en el humano existir y dualidad de conciencias en el ser humano: la conciencia en sí mismo y la conciencia de grupo; la conciencia de nuestros propios fines y de nuestra propia actuación, y la conciencia de nuestra actuación y de nues-

7 *Droit Civil*, tomo IV, págs. 595 a 599. Bordeaux, 1928.

8 RUGGIERO.

tros fines como miembro de una comunidad social; la conciencia de nuestro yo y lo que podemos llamar "conciencia institucional".⁹

Sin embargo, la mayor libertad con que la familia se mueve dentro de las normas estatutarias que la regulan, obedece a la confianza que su constitución ofrece al legislador por ser depositaria de sentimientos de afecto que no existen en las demás instituciones que se configuran a su semejanza. Es por lo que en la tutela se suple esta ausencia de sentimientos íntimos mediante una más compleja organización que requiere más aquilatadas garantías. Con todo, ambas instituciones suponen una fuerza de cohesión social que se asienta sobre el elemental sentimiento de solidaridad, haciendo lo que el profesor CICU ha denominado "agregados necesarios", que son determinados por impulso de una conciencia común que está al margen de la decisión puramente individual.

Pasando así por alto el problema de si la institución familiar está o no investida de personalidad jurídica, sólo nos interesa recoger aquí que, tanto esta institución como la tutelar, constituyen un organismo desde el momento en que existe en ella un vínculo jurídico de interdependencia personal, por cuanto en el ámbito de las necesidades que están llamadas a satisfacer se da una destinación recíproca, por la que los derechos y deberes que corresponden a las personas enmarcadas en las mismas se desplazan y alternan y gradúan según las necesidades y los medios, lo que es manifestación característica de la solidaridad y de la subordinación de las partes a un fin común con asignación de funciones. Mas si el individuo que es miembro de estos organismos jurídicos sigue al mismo tiempo ostentando el rango de persona individual sujeto de derechos, es porque la persona no entra en el organismo como cuerpo, sino como ente capaz de querer jurídicamente. Por ende, no existe aquí un mero vínculo obligatorio, sino una auténtica relación orgánica entre individuos, determinada por un fin superior al arbitrio individual, ya sea porque se dé una recíproca destinación (como en la relación conyugal) o una destinación unilateral (como en la patria potestad), pudiéndose así hablar de interés superior distinto al de los particulares correspondientes a cada individuo. Y es que este interés común superior no puede ser sentido individualmente, sino comunalmente; esto es, como miembro, no como individuo; no como individuo A ni B, sino como marido, padre, tutor o mujer, hijo, pupilo.

⁹ PEIDRÓ y RODRÍGUEZ ARIAS. *Teoría del deber jurídico...*, Instituto Editorial Reus, 1948, pág. 14.

Se goza de esta destinación como consecuencia de una especial posición jurídica que se ocupa respecto de un organismo; por ejemplo, así se es *marido por ser miembro de la sociedad conyugal*, hijo legítimo por estar enmarcado en la familia, tutor o protutor por ser órganos de la institución tutelar. Mas antes de ser individualizada de una manera precisa la persona a quien corresponde ocupar esta dada posición jurídica, sólo existe una designación genérica, frente a la cual el presunto investido únicamente tiene un interés legítimo en no ser pospuesto. Esta designación genérica está taxativamente establecida por la ley a favor del llamado o llamados, por lo que la función que en este caso atañe al juez como guardián de ésta se concreta en un poder discrecional —no arbitrario—, desde el momento que ha de actuar conforme a los criterios legales señalados, moviéndose dentro de las presunciones determinadas por el legislador, que siempre toma como punto de partida el designar para el desempeño de dichos cargos a aquellas personas a favor de las cuales se presume que tienen un mayor interés en proteger la vida y hacienda del menor o incapaz, por lo que en primer lugar siempre son llamados al desempeño de la tutela los parientes, y solamente en defecto de éstos los extraños, y dentro del parentesco siempre son preferidos los parientes próximos a los remotos.

Cuando el individuo ocupa la posición de miembro de un organismo o comunidad es porque se halla en posesión de una conciencia institucional, que puede ser familiar, tutelar o nacional. Luego junto a la conciencia individual existe la conciencia institucional, y corriendo pareja con la voluntad particular se da una voluntad institucional, caracterizada porque *no se mueve libremente*, conforme a la voluntad del que la posee, sino que, por el contrario, se halla vinculada a un fin de tal forma que desaparecido éste deja por sí sola de existir.

Esta voluntad institucional no es producto de la voluntad libre del individuo, puesto que su creación no es fruto de un acto de libertad, sino de un acto de poder que, por ende, se impone a la voluntad libre del hombre, sometiéndole al cumplimiento de una serie determinada de funciones de interés primordialmente de la comunidad social en que desenvuelve su vida. Otra cosa es que la ley, aun dentro de esta regulación tendente a limitar la libre actividad del individuo en un sector determinado de su vida jurídica, le deje un cierto margen a su voluntad para que pueda cumplir sus funciones sin rebasar el mismo, ya que siempre el cumplimiento de un fin común requiere no ser taxativamente determinado *a priori*, pues

una regulación legal tan minuciosa será contraproducente para cumplir los fines de la comunidad.

Refiriéndonos concretamente a la institución tutelar advertimos que ella viene a suplir la falta de la institución familiar, y, por consiguiente, a cumplir los mismos fines que ésta por lo que se refiere a la alimentación, instrucción y educación de sus miembros incapaces o impotentes para proveerse por sí mismos. Sólo resta determinar aquí hasta qué punto el Estado permite a otros entes cumplir la función tutelar que en defecto de los padres del pupilo es necesario llenar en provecho de la misma comunidad nacional, pues es obvio que una vez desaparecida la familia en sentido estricto, el Estado trata de suplir su falta con una mayor intervención por su parte, y, por tanto, disponiendo un mayor control de los afectados por la ausencia familiar. De este modo, si las normas que se ocupan de configurar el estatuto familiar gozan de una mayor flexibilidad, por suponer una menor injerencia en su ámbito del poder estatal, las que regulan la institución tutelar someten a dicho organismo a un más intenso control legal, que incluso muchas veces llega a pecar de casuístico, lo que obedece a una debilitación del vínculo familiar preexistente y a una más intensa intervención del Estado. Como advertimos, esta intervención estatal no se realiza al modo que lo hace el Estado cuando es llamado a una herencia a falta de herederos testamentarios o legítimos, sino que, por el contrario, el poder estatal interviene cerca de estos organismos necesarios de una manera total, variando únicamente el grado de intensidad con que lo hace.

En estos supuestos no hay verdaderamente una infiltración del Derecho público en el Derecho privado, hasta el punto de que tales organismos tengan que ser asimilados o configurados a la manera de aquél por el carácter obligatorio con que se acentúa en dichas instituciones familiares o tutelares de una forma más marcada la nota social que la individual; esto es, que la instrucción o educación del hijo o del pupilo no sólo tiene un interés particular para los padres o los parientes de los mismos, sino que ante todo y sobre todo implican una necesidad para la comunidad, por estar en relación directa su observancia con la consecución del bien común de la misma. De aquí que no estemos ya en estos casos ante la satisfacción de un interés particular ni inclusive de un interés estatal, sino de un interés comunitario. Por ende, sólo a la comunidad social le corresponde atender a la buena ordenación de estas funciones, lo que puede hacer mediante los organismos que crea oportuno crear para ello,

exigiendo el cumplimiento de las leyes que sean dadas al respecto mediante la intervención de los órganos coactivos de que disponga, uno de los cuales y quizá el más prepotente sea el Estado.

4) DERECHOS Y DEBERES DE TUTELANTES Y TUTELADOS: "STATUS". —Aun aquellos juristas que no han superado la distinción tradicional de los derechos y obligaciones que recogen los códigos vigentes, cuando se enfrentan con estos organismos necesarios a que nos venimos refiriendo no dejan por menos de reconocer que las facultades o cargas que de ellos dimanen no son auténticos derechos subjetivos y obligaciones patrimoniales. Entre otros, el profesor VALVERDE decía refiriéndose concretamente a la institución tutelar que estamos ante un deber social, un deber de piedad (nosotros decimos que nos hallamos frente a un deber jurídico, conforme explicaremos y demostraremos en su lugar oportuno), que se traduce en un aumento de vitalidad y energía para la sociedad, el hacer del ser débil un hombre útil a sus semejantes, ya que de ser abandonados por el Estado, el incapaz o menor perecerían o llegarían a ser un elemento nocivo y perturbador de la vida colectiva. Es, pues, un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces.¹⁰ Por eso el Tribunal Supremo español, en sentencia de 30 de enero de 1914, declaró que la tutela, dado su origen y fundamento familiar y social, constituye más bien un deber que un derecho en el llamado a desempeñarla.

Es por lo que el Estado mediante la tutela cumple el destino específico de protección a los débiles. Protección que puede afectar a la parte física, como cuando regula el trabajo de los niños; al aspecto moral, cuando impone la instrucción obligatoria y dicta disposiciones para la educación de los abandonados. Por último, cuando inspirándose en motivos de piedad establece instituciones de beneficencia y reglamenta otras de carácter preventivo y represivo para el caso de que los jóvenes infrinjan la ley y sean delinquentes; igualmente atiende al cumplimiento de las funciones tutelares que están encomendadas a la comunidad social.

Desde luego que si en los casos de existencia de la institución tutelar no juega el concepto de libertad individual, creando, modificando o extinguiendo por medio de su voluntad las relaciones jurídicas que integran aquella institución, debe entenderse no estamos tampoco en presencia del concepto de obligación. Tanto el tutor, como el protutor, como los vocales del consejo de familia, cumplen sus deberes y ejercen sus poderes por-

¹⁰ *Derecho civil*, IV, 1938, pág. 534 y sigs.

que ocupan una posición jurídica que ha tomado en cuenta la ley para que aquéllos sean precisamente los designados al cumplimiento de dichas funciones tutelares. Mas si esta situación no deriva de la propia voluntad de las personas que ejercen dichos cargos, y, por tanto, no se apoya en la voluntad individual de las mismas, es porque existe un poder superior a estas voluntades que se impone a aquéllas, confiriéndoles derechos y deberes. De aquí que la situación jurídica que gozan les dimana de una norma jurídica preexistente, que les llama al cumplimiento de unas funciones en el marco de una institución jurídica mediante la investidura de una posición o situación respecto del ente en que se enmarcan que es regulada por el estatuto legal del mismo. Por consiguiente, los derechos y deberes a que nos estamos refiriendo dimanar de esta situación especial que ocupa la persona en el organismo tutelar, y que recibe la denominación de *status*, que es la relación que liga al individuo con un agregado social, relación en la cual no aparece aquél como ente independiente, sino subordinado, sometido a las normas que emanan del poder del agregado social; es decir, que el *status* hace referencia a los derechos y deberes que corresponden a una persona individual como consecuencia de la posición que ocupa en una institución jurídica en virtud de su conciencia institucional. Así, pues, el concepto de *status* no se limita a la relación jurídica establecida entre individuo y la norma estatal, sino que se extiende a todo nexo que surge entre la persona individual y un agregado o cuerpo social con personalidad jurídica o no; por ejemplo, el trabajador respecto a la posición que ocupa en su empresa, el hijo en su familia, el propietario en su propiedad, el tutor o protutor en el organismo tutelar. Luego aquí los derechos y deberes no son adquiridos por la libre voluntad del tutelado, sino que él queda investido aun a veces sin su voluntad; ejemplo, por lo que concierne a la materia que nos ocupa, el nombramiento de tutor o protutor. Incluso cuando en estos casos interviene la voluntad privada, no lo hace como elemento constitutivo, sino como resorte que provoca un acto del poder comunal, que taxativamente le señala los requisitos que ha de cumplir dicha voluntad para que su actuación surta efecto jurídico, estereotipando en reglas fijas las normas que configuran dicha institución, por ejemplo, los supuestos de reconocimiento de hijos naturales y los casos de adopción.

En consecuencia, la situación de *status*, aparte de surgir por derecho necesario (ejemplo, la comunidad hereditaria), puede obedecer también a hechos voluntarios (ejemplo, el estado de cónyuges). Bien es verdad que

las normas de derecho necesario derivan siempre de hechos naturales (filiación, parentela, afinidad, cualidad de heredero legítimo). De todos modos, quienes se encuentran en esta situación jurídica disfrutan derechos y sufren deberes que son inmodificables e intransmisibles por la voluntad particular de las personas a quienes corresponden, extinguiéndose dichas facultades o cargas, y en una palabra, la situación de *status* de que gozan, de la misma manera que se crean, o sea por hechos naturales (ejemplo, la muerte del titular) o voluntarios (ejemplo, renuncia a la cualidad de heredero), aun cuando no siempre es admisible este modo de extinción en todos los agregados necesarios; por ejemplo, los padres no pueden renunciar al ejercicio de la patria potestad ni tampoco al cónyuge le es factible renunciar a la cualidad jurídica que ostenta. Estos *status* a veces son comunidades (ejemplo, la ciudadanía). Pero siempre son inalienables.

Como podemos advertir, se hallan claramente diferenciados los derechos subjetivos y las obligaciones, que son contraídos y configurados siempre por la libre voluntad individual. Incluso se distinguen con precisión de los derechos reales, aun cuando éstos supongan una limitación de la libertad particular, que se supedita a la norma legal en lo que concierne a la creación, modificación y extinción de nuevos derechos de este tipo en garantía de los intereses de terceros. Y es que si en los derechos reales la voluntad individual, aun las veces que no surte efectos respecto a terceros, produce, no obstante, un vínculo de tipo *obligacional*, en los contratos de derecho familiar esto no es posible, porque los efectos jurídicos que producen los mismos no se derivan de dicha voluntad individual, sino de la situación del *status* que ocupan las personas en relación con un agregado social.

He aquí por qué al faltar a los sujetos de la relación jurídica tutelar la independencia necesaria para configurar libremente la institución jurídica en que se desenvuelven, por vivir subordinada a un fin superior al de sus voluntades individuales, fácil es colegir que ostentan unos derechos y sufren unos deberes sin que en esta relación haya intervenido su voluntad, por lo que la misma carece de fuerza para despojarse a su libre albedrío del desempeño de tales funciones, ya que la situación jurídica que gozan dichas personas, y de la cual dimanar estas facultades, sólo persiste mientras está justificada por el fin a que sirve. Por ende, sus titulares no pueden decir que al investirse de tales cualidades jurídicas hayan adquirido un derecho, y por lo mismo, tampoco pueden dis-

poner de él a favor de terceras personas; por ejemplo, el derecho de patria potestad, el ejercicio de la función tutelar, etc., son derechos de los que su titular no se puede despojar a su voluntad, por cuanto tampoco ésta ha intervenido en la adquisición de los mismos, ya que le han sido graciosamente otorgados por la ley soberana, en razón de hallarse las personas que los disfrutaban en una situación jurídica determinada, que el legislador ha considerado en justicia y para una mejor consecución del bien común social, otorgárseles a ellas.

Obvio es, pues, que estas facultades y cargas jurídicas hacen relación directa a la norma legal, por lo que constituyen una pieza fundamental del ordenamiento jurídico, ya que vienen a impeler a los individuos a que despojándose los mismos de sus egoísmos particulares trasciendan de sí y busquen el cumplimiento de unos principios eminentemente sociales que respondan como secuela a la satisfacción de unas necesidades de la comunidad. De aquí que estas normas al proyectarse inmediatamente sobre la voluntad individual, estableciendo un nexo directo con la misma a la que someten a sujeción, imponiéndole una conducta a seguir superior a su interés y conciencia subjetivos, se deduce que sólo justifica la existencia de estos derechos y deberes jurídicos, diversos de los derechos y obligaciones subjetivos, la existencia de un derecho natural común a todos los seres racionales que nos manda vivir en sociedad. Por lo tanto, así como no tendría razón de existir el Estado si previamente no existiera la humanidad organizada socialmente, desde el momento que en aquél se justifica el poder que ostenta en cuanto le pone al servicio de los fines de ésta, respetando la dignidad y la libertad individual, así tampoco no habría surgido la imperiosa necesidad que nos acucia de dar una nueva orientación ideológica al Derecho positivo de los pueblos civilizados, tendiendo a alcanzar como consecuencia una mayor perfección técnica del ordenamiento jurídico de los mismos. Precisamente este nuevo avance jurídico, que ya se dibuja por doquier, es el que ha hecho imprescindible ir a la matización de ciertos conceptos jurídicos que hasta el presente permanecían en la mayor vaguedad, haciéndose ahora preciso sacarlos a luz, darles unos contornos bien definidos y situarlos en el ángulo central del ordenamiento. Esto es así porque habiéndose superado la etapa subjetiva del Derecho, en la que sólo bastaba reivindicar la libertad del individuo, en los momentos que vivimos esto ya no es por sí suficiente; prueba de ello es que en todos los labios aparece la palabra de que se padece una aguda crisis de las instituciones jurídicas, crisis que únicamente se puede

salvar situando al individuo en el plano de lo objetivo y viendo en él un ser que ante todo y sobre todo está al servicio de la comunidad. Por eso, prescindiendo de la referencia concreta que se hace a la distinción del Derecho, aceptamos el siguiente pensamiento de SAVIGNY: "En el Derecho público el todo se presenta como finalidad y el individuo queda en segundo orden; en cambio, en el Derecho privado cada hombre por sí mismo es puesto como fin y cada relación jurídica sirve solamente como medio para su existencia o para sus particulares condiciones." Es por lo que el individuo, actuando como miembro de la comunidad social, ya no es libre de hacer su voluntad, sino que debe mirar a cuidar el interés público.

Todas estas anteriores disquisiciones son útiles para fijar y perfilar nuestro pensamiento jurídico acerca de las cuestiones fundamentales del Derecho, restándonos ahora solamente procurar su exacta proyección en las instituciones que hoy son objeto de nuestro estudio. Desde luego, pues, que tanto la relación familiar como la tutela se apoyan inmediatamente sobre el concepto del deber jurídico, que es la causa principal de la existencia y razón de ser de las mismas, puesto que las facultades y cargas que delimitan sus contornos son un reflejo de la ordenación objetiva de tales instituciones. O sea que tanto el progenitor investido de la patria potestad como el tutor en el ejercicio de sus funciones tutelares están al servicio de un interés ajeno, lo cual es una consecuencia del deber jurídico con que la comunidad social les grava. Falta, pues, aquí la contraposición de intereses subjetivos, propia exclusivamente de la relación contractual, hallándonos, por tanto, en presencia de una relación jurídica de índole superior, por ser de carácter objetivo, siendo denominadas relación jurídica familiar y relación jurídica tutelar.

Desde el instante que estas instituciones jurídicas no son delimitadas por la voluntad de las partes, sino que se configuran con arreglo a unas reglas que miran a la satisfacción del fin superior que las inspira, ordenando la conducta individual de sus miembros al cumplimiento del fin de la institución, es porque obedecen a unos principios de Derecho superiores al puramente individual, que se normativizan por el legislador mediante la creación legal de lo que pudiéramos calificar del estatuto de tales instituciones. Dichos estatutos son el alma de uno de sus miembros componentes. Por eso aquí el deber jurídico que grava la voluntad subjetiva del tutor, poniéndola al servicio de un fin objetivo y social, no debe concebirse sólo obligado frente al pupilo, a sus padres y a sus parientes,

sino sobre todo a la comunidad social que le ha investido, como correlación a dicha carga, de verdaderos poderes jurídicos.

Otra cosa es que estas personas frente a las cuales se halla obligado el tutor al cumplimiento del deber jurídico impuesto no puedan ejercer en el mismo grado el derecho correspondiente al citado deber, que les corresponde por investidura del estatuto legal de la institución. Ello es así por la diversa capacidad jurídica de que gozan frente a la comunidad, desde el momento que a mayor o menor capacidad corresponde mayor o menor responsabilidad social. Por esto mismo el Derecho no puede investir a todas esas personas del mismo rango jurídico, si bien es verdad que mira a la satisfacción de los derechos de todos en un plano de justicia igualitaria. Mas para hacer brillar esta justicia distributiva con arreglo al principio natural de igualdad sustancial de los hombres se vale de una organización jerárquica de la comunidad, de lo que se infiere que el ejercicio de los derechos ha de modelarse tomando como troquel este principio jerárquico de distribución, lo que no implica que quienes sufren una posición de subordinación a un poder jurídico superior carezcan de derechos frente al mismo, aun cuando por las circunstancias anormales en que viven, ya por incapacidad natural o social, las facultades que a ellos corresponden tengan que ser perentoriamente ejercidas por otras personas que actúan en su nombre, pero que de ninguna manera las despojan ni incluso oscurecen sus facultades, que gradualmente se van robusteciendo a medida que ellos se van haciendo más útiles a la comunidad social. Es decir, que así como la comunidad social no tiene ningún poder para privar a los individuos de los derechos que le corresponden como persona humana, sí lo tiene para graduarle el ejercicio de aquellas facultades que ella les otorga para la satisfacción exclusiva de intereses comunales.

Teniendo en cuenta esta distinta graduación de los derechos que corresponden a los que se encuentran en una situación de subordinación jurídica, el profesor CICU la ha expresado gráficamente con los siguientes ejemplos:

a) El hijo y el pupilo tienen interés en ser educados y alimentados con arreglo a su rango social por los padres y por el tutor; igualmente tienen interés en que sus patrimonios sean bien administrados. Ahora lo que no tienen es derecho a ello, por cuanto carecen de medio judicial alguno para obtener de sus padres o tutor la observancia de los deberes

jurídicos que les incumben. Esta acción judicial sólo les es concedida a sus parientes y al ministerio público.

b) El hijo y el pupilo tienen interés en obtener de los padres y del tutor el consentimiento exigido para poder celebrar sus matrimonios; igualmente la mujer casada ha de obtener la autorización marital para el ejercicio de sus derechos conyugales. Todos ellos gozan de acción judicial para reaccionar contra una injustificada negativa de sus padres, tutor o marido, pudiendo provocar mediante ella la intervención de la autoridad judicial. Sin embargo, carecen también de derechos, porque tanto los padres, el tutor como el marido y la autoridad judicial ostentan un poder discrecional de apreciar la conveniencia de acordar o no dichos consentimientos o autorización.

c) El hermano que carece de los medios necesarios para alimentarse por sí mismo tiene interés en ser alimentado por su hermano, tiene acción para constreñirle, tiene también derecho. Esto es así porque al concurrir en él los presupuestos legales de la necesidad en el alimentista y la posesión de bienes suficientes para satisfacerla en el obligado a prestarlos, la ley no deja ni al arbitrio del obligado ni al de la autoridad judicial el poder de concederlos o no, sino que, por el contrario, les impone dicho deber estatutariamente.¹¹

Creemos nosotros, no obstante, que en los casos citados por el prestigioso profesor italiano, más que hablarse de la carencia de verdaderos derechos, lo que debiera hacerse es poner de manifiesto que por el carácter social que acusadamente se pone de relieve en los mismos, la ley ha creído más oportuno conferirles su ejercicio a quienes están en condiciones más lúcidas para saber lo que conviene en tales momentos a la comunidad social. Pero esto no supone despojarles a los tutelados de los derechos individuales que les corresponden como persona jurídica, sino desplazar el ejercicio de los derechos sociales que les atañen como miembros de unas instituciones jurídicas determinadas. Así, el mismo profesor nos dice en otra parte que el interés que tiene la mujer en obtener la autorización marital para la celebración de los actos en que ésta es requerida no obedece a un interés suyo, por ejemplo, de vender, sino responde a un afán de que le sea reconocido que la celebración de aquel acto sería beneficioso a la familia. Luego se trata del ejercicio de un derecho familiar que por ciertas consideraciones de orden social no se ha querido con-

11 *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1947, pág. 136.

ceder por el legislador plena y libremente a aquélla, sometiéndole a la vigilancia y a la decisión del poder judicial.

Precisamente de las anteriores consideraciones también se obtiene una importante conclusión que nos es muy útil para la delimitación de estos derechos y deberes de carácter comunitario. Esto es, que dada la subordinación de los mismos a un fin superior al de las voluntades individuales que los sirven, es fácil inferir su carácter de permanencia, persistiendo, por tanto, todo el tiempo que sea necesaria su subsistencia para el buen cumplimiento de aquella finalidad. De aquí que dichos derechos y deberes persistan aun cuando cese el derecho concreto a la función. Esto que acabamos de indicar nos pone asimismo de relieve otro carácter de tales facultades y cargas, cual es el no ser individualizados, por cuanto no son adquiridos por las personas que los ostentan, sino que, por el contrario, se dirigen a tales personas en tanto en cuanto ocupan una situación jurídica dada, o sea que son genéricas, puesto que perviven a la cesación del derecho concreto e individualizado de quienes ostentan dichas funciones. Porque aunque el tutor no llegue a ocupar su puesto por justa excusa legal o sea removido del mismo por incurrir en causa jurídica que lo motive, no podemos decir que ello traiga consigo la cesación del deber jurídico existente de administrar y representar al pupilo, lo que se explica por estar montadas estas instituciones sobre una base evidentemente objetiva, partiéndose en ellas del hombre como ser comunitario, gozando por consecuencia, el concepto de deber jurídico de una potente preeminencia sobre el de las relaciones jurídicas que surgen en las mismas.

Al no darse una adquisición jurídica individual de los derechos y deberes comunitarios que se ejercen, por estar los mismos íntimamente conexos con el *status* de la persona, falta en sus titulares el poder jurídico necesario para disponer de ellos conforme al arbitrio de su voluntad, correspondiéndoles solamente como tales personas. Luego este contenido densamente social que presenta los derechos y deberes estatutarios —llamados así porque dimanan inmediatamente del estatuto legal que regula cada una de estas instituciones jurídicas concretas— les hace a los mismos ser inalienables, y, por consiguiente, no ser susceptibles de adquisición derivativa. Ha dicho el profesor CICU: "No puede ser lícito a quien está gravado con un deber liberarse a su arbitrio de él".¹² De

12 *Op. cit.*, págs. 690 y 691.

aquí que al ser estos derechos y deberes inherentes a la persona que los ostenta careciendo de un valor patrimonial, únicamente pueden adquirirse por título originario, no pudiendo ser objeto de tráfico ni de delegación.

Habida cuenta de lo expuesto se deduce que cuando dichos derechos y deberes son objeto de cesión a fines de contienda judicial no se dispone nunca de la titularidad jurídica en sí, sino de los derechos patrimoniales conexos a la misma. Porque estos derechos tienen un fin social que cumplir y no unos intereses individuales que satisfacer.

5) EL PODER TUTELAR.—Conforme venimos indicando, dos medios se establecen en las legislaciones positivas para la protección de los menores o incapacitados. Uno establecido en consideración al hecho de la generación, y que se designa con el nombre de patria potestad, y el otro en que se hace abstracción de toda idea de paternidad, siquiera se tome en cuenta en muchos casos el parentesco, y que se denomina tutela.

Bien es verdad que en el fondo siempre resulta que tanto la patria potestad como la tutela presentan una misma base, cual es satisfacer el interés del menor o del incapacitado, sirviendo así el interés superior de la comunidad social. Esto lo comprobaremos también cuando examinemos el código civil español, donde se consignan normas tendientes a estimular al tutor para que poniendo en juego los medios que le proporciona la fortuna del tutelado haga lo posible por que recupere su capacidad.

Sobre esta misión tutelar ha insistido René RODIERE, citando al respecto unas palabras de MELOT: "*Ce n'est pas le mineur qui est donné au tuteur; c'est au mineur et dans son intérêt exclusif qu'un tuteur est donné.*"

He aquí por qué todas las instituciones de nuestro Derecho positivo se han de configurar con arreglo a los principios del Derecho natural, que es quien legitima la ordenación establecida por aquél. Ello debe ser así porque las normas de dicho Derecho son derivadas de la misma naturaleza humana, tendiendo a la realización de lo justo, siendo la razón quien conoce y deriva estos principios.¹³

Levantando las instituciones jurídicas sobre la base del Derecho natural evitamos caer en el panteísmo estatal, con los peligros que ello entrañaría por ser propicio éste a la promulgación de normas positivas que normalmente obtienen como resultado la formación de un Derecho de

13 PEIDRÓ y RODRÍGUEZ ARIAS. *Hacia una concepción comunitaria del Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho. Madrid, 1949, págs. 183 y 184.

clases, cuando, por el contrario, siguiendo nuestro procedimiento metodológico, se obtiene un Derecho surgido de la comunidad nacional, que es dado para regular sus diferentes comunidades, obteniéndose asimismo que las instituciones creadas al amparo de este Derecho comunitario se configuran sobre la base de un orden social justo, el que sólo es posible alcanzar atemperándole a los principios del susodicho Derecho natural.

Esto es así porque para nosotros el Derecho no es la norma arbitraria que impone el Estado, sino la organización jurídica que fluye de la misma sociabilidad del hombre, conforme a los principios de la moral social. Por eso, no podemos asentar la institución de la familia, como lo hace el código ruso, sobre el hecho exclusivo de la generación, sino sobre el acto sacramental del matrimonio, aun cuando tomemos el hecho de la generación como fundamento de la patria potestad. Tampoco por ello podemos ordenar arbitrariamente la institución de la tutela, sino procurando ajustarnos a los cánones del bien común.

Y el bien común para nosotros es sólo uno para toda la Humanidad, pues sería corrosivo hablar de pluralidad de bienes comunes, pensando que el género humano no tiene una única finalidad suprema. Luego nada de bien común del contrato, ni de bien común de la familia, ni de bien común del Estado; sólo hay bien común de la sociedad, y los demás son bienes partes del mismo ordenados a su consecución.

Sin embargo, del examen de las legislaciones históricas, y concretamente del estudio del Derecho romano, se infiere que el legislador, ni aun en materia de Derecho de familia ni en materia de tutela, ha ordenado jurídicamente tales instituciones conforme a los cánones del tantas veces citado Derecho natural. Y es que todas las relaciones jurídicas orgánicas que dimanen de los "agregados necesarios" presentan siempre dos frentes. A estas instituciones jurídicas hay que contemplarlas desde su lado interno y desde su lado externo. Igualmente el legislador al ordenarlas ha de atender a ambos aspectos y no sobreestimar uno de ellos en perjuicio y detrimento del otro. Sólo cuando las legislaciones positivas lleguen a considerar entrambos extremos, lo cual únicamente podrán alcanzar fundamentándolas en una base de tipo objetivo, se habrá llegado a instituir las conforme exigen los principios de la moral social que venimos propugnando.

En el Derecho romano, en el que todas las instituciones presentan una base esencialmente individualista, estas relaciones jurídico-familiares y tutelares se contemplan en su aspecto externo, faltando, por ende, el

regular las relaciones jurídicas internas de las mismas. Es por lo que nos presenta el *paterfamilias* como único jefe religioso, político y familiar, teniendo un poder absoluto sobre las personas y sobre los bienes. Por ello también el Derecho de familia en el Derecho romano es fundamentalmente Derecho privado, pues viene a garantizar a la libertad privada frente al poder del Estado. Esto explica que el *filiusfamilia* tuviese una capacidad de Derecho público plena cuando aún poseía limitada la capacidad de Derecho privado. O sea que este poder omnímodo del jefe de la familia significa una fortaleza que se halla en las exclusivas manos del *paterfamilias*, el cual no padece otro freno que el de los poderes de las *mores majorum*. Al exterior, por consiguiente, faltando la regulación interna de la familia, no aparecía ésta como una colectividad y con un patrimonio familiar, sino que todo ello se encuentra absorbido por la personalidad del jefe. De aquí que posteriormente la legislación no se ha preocupado de otra cosa que en disminuir este poder absoluto del padre, advirtiéndose que incluso hoy día todo el cambio operado en el ámbito familiar se reduce a una mitigación de dicho poder, arrogándose el Estado misiones que anteriormente estaban encomendadas a la familia. O sea que el poder estatal sólo se ha preocupado de centralizar las fuerzas sociales de la comunidad, para lo cual le ha bastado realizar una labor disgregadora y de sometimiento.

Pues bien, contemplando estos agregados necesarios desde su ángulo interno se advierte que en ellos existe un poder organizado a un fin. Por tanto, no se da en ellos simplemente un vínculo obligatorio, sino un estado de sujeción personal. Esto en los primitivos tiempos del Derecho romano tuvo buena solución, concediendo al *paterfamilias* un verdadero derecho real sobre su mujer, hijos, esclavos y bienes. Actualmente la doctrina tradicional a lo más que ha llegado a percatarse es que este derecho no es meramente obligacional o de crédito. Obvio es para nosotros que estamos en presencia de auténticos derechos institucionales, cuyo poder de imperio no se deriva del Derecho positivo estatal, pues se encuentran sus raíces en la sustantividad propia que ostentan tales instituciones jurídicas.

La subordinación personal del hijo al padre es una necesidad institucional que no deriva, por tanto, de una relación jurídica pactada. Es, como dice el profesor CICU, una necesidad *a priori*, más evidente que aquella que opera en la relación entre ciudadanos y Estado.¹⁴ Tal sub-

14 *Op. cit.*, págs. 182-183.

ordinación es un mandato de la naturaleza, y, por consiguiente, una necesidad social, la misma que exige que el pupilo se halle sometido a los poderes que le tutelan.

Atribuciones de estos poderes familiares y tutelares son el someter al hijo y al pupilo al cumplimiento de una serie de deberes como consecuencia del deber jurídico con que la comunidad ha gravado a sus padres y a los que ostentan los poderes tutelares. Este es precisamente el vínculo de dependencia personal que se da en toda colectividad organizada, y que es lo que pone de relieve el lado interno de estos agregados necesarios, que se hallan siempre necesitados de la coordinación de fuerzas individuales invistiendo a los poderes de un carácter moderado.

En consecuencia, el poder del padre y del tutor ha de actuar siempre conforme lo exijan el interés familiar y el interés del pupilo. Estos son los límites que se ponen a su libertad de acción, pues de lo contrario incurrirán en el supuesto abuso del Derecho, porque la situación de dependencia personal en que se encuentran el hijo y el pupilo respecto a ellos no les da derecho a actuar su poder arbitrariamente.

Lo anterior es así porque como repetidamente hemos indicado, la voluntad individual juega aquí un papel casi imperceptible; a lo más sirve para estimular el poder jurídico comunal. De aquí que la voluntad individual por sí sola no sea capaz de producir efectos jurídicos en estos casos. Únicamente se producen cuando actúa conforme a la ley.

Desde luego que en todos estos negocios jurídicos institucionales el concepto de causa jurídica difiere del que conocemos como aplicable a las relaciones contractuales. En éstas la causa no tiene otro objeto que garantizar el cumplimiento de los dictados del ordenamiento jurídico, dejando fuera de este control, que ejerce de necesaria observancia, en plena libertad a los contratantes para que dispongan los pactos que tengan por conveniente, siempre que observen lo preceptuado en el artículo 1255 del código civil español. Cosa muy diversa es lo que sucede en estos negocios jurídicos de carácter institucional, que tienen como objeto la creación, modificación o extinción de un agregado necesario. Aquí como los miembros del instituto jurídico se hallan subordinados a un fin superior, que es el que da sustantividad propia a dicha institución jurídica, no pueden influir con su voluntad en el cumplimiento o en la exención de las obligaciones que atañen a sus comiembros. En una palabra, en esta clase de relaciones jurídicas orgánicas no tiene cabida el principio de la condición resolutoria tácita del artículo 1124 del código civil español. Por

lo mismo el principio de causa en estas instituciones se halla absorbido por el carácter estatutario con que se invisten las normas de las mismas. Por eso en ellas sus poderes no pueden ser ejercitados si no es para alcanzar el fin para el cual han sido concedidos y en conformidad con este mismo fin.

6) REPRESENTACION DEL MENOR E INCAPAZ.—Conforme venimos indicando, aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de gobernarse a sí mismas han de ser protegidas y ayudadas, motivo por el cual la ley viene en su ayuda, dándoles un representante que cuide de ellas, proteja sus personas y administre sus bienes.¹⁵ Es por lo que dice René RODIERE que “la imposibilidad material para los menores de conducirse y de administrar su fortuna, plantea en todas las legislaturas redimidas de la rudeza primitiva el problema difícil de su protección”. Y es que para estos supuestos las leyes represivas son insuficientes. Es obligado prevenir antes que comenzar a castigar, por lo que hay que confiar la guarda del menor y el cuidado de sus bienes a personas capaces de defenderles. Una protección de éstos *a posteriori* sería engañosa y peligrosa. El problema está en saber escoger la persona que sepa cumplir este cometido. De todas maneras, teniendo en cuenta que los lazos que unen al tutelante con el tutelado son siempre más débiles de los que vinculan al padre con el hijo, por no existir el afecto y cariño que se presupone entre éstos, es menester rodear la relación de los primeros de toda clase de garantías, limitando para este fin los poderes del tutor en lo que concierne a la disposición de los bienes del pupilo. Se debe, pues, precisar sus atribuciones para evitar la ejecución de actos arbitrarios por su parte.¹⁶

Por tanto, las funciones del tutor son funciones de representación, bien sea con sustitución de la voluntad inexistente de la persona protegida o de simple asistencia a la misma con integración plena de la voluntad del incapaz por la adición de la voluntad de su representante. Le concierne a éste poderes de decisión, vigilancia u oposición, que se extienden a la esfera personal y a la moral del incapaz o menor (reeducación, colocación del menor, asistencia del enfermo mental) o a su esfera patrimonial (conservación y administración de los bienes).¹⁷

15 FILIPPIS.

16 *Op. cit.*, págs. 5 a 7.

17 RUGGIERO, *Derecho Civil*, 4ª ed., t. II, vol. II, pág. 248.

En principio, podemos decir que el ejercicio de este poder es un mandato legal, por cuanto es un deber jurídico que la ley impone a quien lo ostenta, pues según venimos afirmando a través de este estudio, la cualidad de tutor no es impuesta por la naturaleza, sino que proviene del poder público. Es, por consiguiente, un cargo de interés general, al igual que todas las relaciones jurídicas que hacen referencia al estado de las personas y a la protección de los incapaces. Por eso, ni las disposiciones particulares, ni las del poder judicial, pueden modificar el estatuto legal de la tutela, ni las reglas del mismo referentes al nombramiento del tutor, al ejercicio de sus poderes, a la prestación de garantías, etc., por constituir todo ello un orden superior que se halla por encima de las voluntades individuales.

La cuestión que surge al enjuiciar esta mutua relación de dependencia en que se hallan tutor y pupilo es cómo se ha de resolver jurídicamente para que la voluntad del primero de ellos pueda traducir a la vez la realidad subjetiva del que se le encuentre subordinado por el estado de incapacidad a que está sometido y la realidad objetiva del organismo tutelar. HAURIUO nos dice que esto puede enfocarse de dos maneras: o bien se examinará la situación desde el punto de vista colectivo, donde el grupo será el organismo y el jefe el órgano, calificándose la concepción de organicista (teoría de GIERKE), o bien se enfocará la situación desde el punto de vista individualista, resolviéndose el grupo en individuos, siendo la voluntad del jefe la de las individualidades sometidas en virtud del instrumento jurídico de la representación (teoría romanista).

Mas al hablar aquí de representación, estamos muy lejos de concebir esta institución a la manera que se hace en las relaciones contractuales. Ello es porque nos estamos moviendo en el plano de lo institucional. Aquí no hay investidura del representante por el representado, sino al revés, sujeción del tutelado al poder del tutor, y asimismo deber jurídico del tutor de cumplir conforme a lo estatuido expresamente por la ley. Luego los poderes no proceden de la voluntad, sino del estatuto legal de la institución. Lo mismo que la designación de la persona que ha de ocupar el cargo. Hasta cierto punto podemos decir con GIERKE que la representación que aquí tiene lugar no es, pues, ninguna representación del uno por el otro, sino representación del todo a través de la parte. Claro es que en esta frase es conveniente dejar a salvo la referencia expresa que hace al concepto de persona jurídica.

De todas formas lo que sí es verdad es que en la representación legal no están frente a frente personas de idéntica capacidad jurídica. Por el contrario, una de ellas la tiene plena; la otra es un incapaz. Luego no cabe que se den entre ellos relaciones jurídicas en el plano de paridad, sino una vinculación jerárquica de subordinado a poder. Ya vimos que esto no excluye que el representado tenga derechos frente a su representante; derechos de mayor o menor densidad jurídica según su estado de capacidad, y, por consiguiente, sus posibilidades de servicios al bien de la comunidad.

Por todo esto, algunos autores prefieren hablar en estos supuestos de órganos de la tutela, que son propiamente órganos de la familia y del Estado, puesto que frente a éstos se obligan, no frente al incapaz. Mas ello no presenta más que una parte de verdad, por cuanto es obvio inferir la existencia de órganos de la existencia de un organismo, pues se le reconozca o no personalidad jurídica a la familia, lo cierto es que ésta siempre es un organismo, sucediendo otro tanto con la tutela. A pesar de todo, el razonamiento expuesto no puede quedarse sólo en este desenvolvimiento que se le da aquí, ya que la familia y la tutela, como instituciones jurídicas con sustantividad propia, no actúan por delegación del Estado, y, por ende, a fuer de la coacción de sus normas; sino por imperativo del Derecho comunitario, cuyas normas compelen a los padres y al tutor, no buscando el exclusivo bien familiar o estatal —que incluso en algunos casos pudiera ser abusivo—, sino el bien común de todos los miembros de la sociedad. Lo mismo que hay un deber jurídico de alimentos, que no sólo debe constreñir frente a los parientes, sino frente a todos los miembros de la comunidad social. Otro problema es que aún la sociedad no está ordenada adecuadamente desde el punto de vista jurídico al respecto que analizamos, no sólo en lo que concierne a la interdependencia personal, sino menos todavía en lo que atañe a las relaciones patrimoniales, pues hora es ya que la familia disponga de un patrimonio que esté afecto a todas estas relaciones que implican un deber.

Tampoco creemos que calificando al tutor de órgano de la tutela quede resuelta la cuestión que se refiere al carácter de su representación. Hasta ahora sólo sabemos que la representación legal es muy distinta de la voluntaria, por derivar su fuerza directamente de la ley y no de la relación entre dos o más personas. De aquí, pues, que a origen diverso tienen que corresponder distintas consecuencias jurídicas. Convengamos en que al tutor no se le pueden otorgar facultades más amplias de las que

gozan los padres sobre sus hijos. Empero, su mandato legal ha de diferir del que puede ostentar un simple mandatario o representante voluntario. Por lo pronto, la revocabilidad de su poder no depende de ninguna voluntad particular, sino de la misma ley, por causas que ella misma establece taxativamente. Luego es un poder vinculado al fin para cuyo servicio se creó.

Habida cuenta de lo anterior, se advierte que el carácter de representación legal se subsume en este caso en la función que corresponde al tutor como órgano tutelar. O sea que la razón de ser tutor es el desempeño de una función representativa; mejor dicho, de administración de los bienes del tutelado y de actuación en su nombre, lo cual tiene más carácter de órgano ejecutivo. Porque la representación corresponde plenamente al consejo de familia. De donde ni existe paridad con la representación voluntaria ni unidad de persona en la actuación de la función representativa, sino completa pluralidad de ejercicio y total difuminación de la misión representativa en el concepto de órgano, aun cuando no acompañe siempre a éste una función de representación.

Precisamente el profesor MESSINEO diferencia los conceptos de representación y órgano. Claro que él parece se refiere exclusivamente al órgano de la persona jurídica, y, por consiguiente, no extiende el concepto al de cualquier agregado necesario, esté o no investido de dicha personalidad.

1º Porque como no todos los representantes son órganos, así no siempre el órgano implica representación; alguno, como la asamblea, tiene fundamentalmente funciones deliberativas y (si se quiere) directivas, pero de prevalente carácter interno; otros, como el administrador, pueden también ser privados de representación (artículos 2298, 2384 y 2613 del código italiano).

2º También porque el representante expresa la propia voluntad y presupone —o puede presuponer— una separada voluntad del representado, mientras que el órgano es siempre el depositario y el vehículo de la única voluntad, que es aquella de la persona jurídica, tanto que si a ésta le faltase aquél, no podría tener ni —por tanto— expresar una voluntad, por ser el órgano elemento intrínseco a la persona jurídica.

3º En fin, porque representante es el que actúa en nombre de otro, mientras el órgano es el medio por el cual la persona jurídica actúa directamente y en nombre propio.

Por consecuencia, se puede decir que la relación existente entre persona jurídica y órgano es de carácter orgánico, por darse entre ellos una compenetración, pues se concibe persona jurídica sin representante, pero no sin órgano.¹⁸

En nuestra patria, PORPETA, que ha distinguido la representación inorgánica o voluntaria de la orgánica o necesaria, subdivide esta última en la representación legal y en la de las personas jurídicas. Dice que les caracteriza y unifica a éstas el ser en ellas de todo punto necesario que una o varias personas físicas dotadas de poderes, cuya extensión y finalidad varían, actúen como portadores de una voluntad que jurídicamente no es la suya propia. Esto se consigue mediante la intervención de órganos designados al efecto, bien sea por ley (en la representación legal) o bien por la propia persona jurídica (si de ella se trata) dentro del margen que el Derecho objetivo les concede.

Bien es verdad —añade— que la teoría del órgano, como es notorio, se ha desenvuelto preferentemente con relación a los entes colectivos; pero nada impide referirla también a los individuos incapacitados (caso de representación legal) e incluso a ciertas situaciones jurídicas (herencia yacente, quiebra, concurso) asimilables a una incapacidad. Teniendo en cuenta que los órganos de una persona colectiva son aquellos puestos u oficios que su propio estatuto señala como jurídicamente indispensables para el funcionamiento de la entidad, y considerando que en las personas colectivas cabe una representación orgánica desligada de la calidad de miembro y actuando por yuxtaposición, también puede aplicarse así el concepto de órgano a las personas individuales incapacitadas, ya que respecto de ellas se encuentran sus representantes en esta misma postura. Si la representación ejercida, pudiéramos decir desde fuera, no choca con el concepto de órgano, con tal que se funde en un supuesto de necesidad jurídica, tampoco chocará a su vez dicho concepto con el de representación necesaria en su más amplio sentido; antes al contrario, se armonizará plenamente con ella y será aplicable lo mismo a la representación legal en sentido estricto (la de los incapaces) que a la de las personas jurídicas. Así, CARNELUTTI incluso llega a considerar trabadas las dos personas del incapaz y de su representante en un nexo de verdadera unidad orgánica; más exactamente, unidad apta para constituir una persona

18 *Manuale*, I. Milano, 1952.

jurídica *sui generis* de originales trazos, en la que un miembro sería portador del interés y el otro de la voluntad de obrar.¹⁹

Claro es que, conforme a la postura por nosotros adoptada en estas páginas, no cabe hablar de yuxtaposición a la manera que lo hace PORPETA cuando se trata de la representación del incapaz, pues otra cosa es que a ciertos órganos de una persona jurídica se les encomiende, independientemente de la misión funcional que les incumbe, una actividad representativa. Aquí sí que hay yuxtaposición de representaciones; la función representativa que puede corresponder al órgano como tal y la representación voluntaria que puede pactar la voluntad colectiva de la persona jurídica con cualesquiera de sus órganos o un tercero. Mas lo que no cabe a nuestro parecer es una representación orgánica desligada de la calidad del miembro, por cuanto las relaciones jurídicas orgánicas presuponen la existencia de un organismo, el cual actúa mediante órganos, implicando un vínculo jurídico de interdependencia personal entre los individuos que le componen, estando por ello necesariamente sometidos a las normas del estatuto legal de la institución, por lo que imperativamente se les inviste de la cualidad de hombres-miembros. Y esto mismo podemos argumentar por lo que se refiere a la representación del incapaz. Nada de yuxtaposición, sino integración, pues existe entre tutor y pupilo la misma compenetración de que hablara MESSINEO al calificar la relación que surge entre la persona jurídica y su órgano. Esto es así, porque las relaciones que se establecen entre ellos son orgánicas, desde el momento que no se operan frente a frente como las individuales, sino siempre a través del estatuto legal del organismo tutelar en su categoría de miembros del mismo. Por cuanto esta institución no es una coraza protectora que se aplica rígidamente a la persona del menor o incapaz, moviéndose éstos y el organismo citado en planos superpuestos, lo cual podría propugnarse partiendo de una concepción individualista del Derecho, siendo una de sus consecuencias la denominada teoría del tutor de hecho; pues la existencia del incapaz, al provocar la constitución de la tutela, provoca asimismo la integración de aquél en el organismo tutelar, por cuanto las legislaciones le conceden ciertas prerrogativas en orden a la administración de bienes, y, sobre todo, como ha declarado la sentencia de 5 de marzo de 1947, "resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de

19 *Sustitución de poder*, An. del Not., 1943, págs. 143-145.

retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifiesta, de análoga manera a la prevista en los supuestos de prodigalidad y sordomudez", lo cual sólo puede alcanzarse por esta integración de voluntades y capacidades que venimos defendiendo. De esta manera, el incapaz es un miembro más del organismo, con facultades restringidas a su estado mental, pero coadyuvando también en la medida de sus fuerzas al buen gobierno de su persona y bienes, pues que ello es una exigencia del bien común, ya que la tutela se instituye para defenderle a él y, como consecuencia, sus intereses, en la medida que lo impone una equitativa ordenación social. Por eso se requiere también su cooperación en el grado en que sea capaz de responsabilizar su conducta.

Y esta postura nuestra está lejos de la mantenida por CARNELUTTI cuando trata de ver en la relación constituida entre tutor y pupilo una especie de persona jurídica en la que los miembros tienen funciones diversas en gradación, porque también son distintas sus capacidades. Ya sobre esta ordenación jerárquica de las capacidades hemos hablado más arriba. Aquí sólo resta por añadir que en la persona jurídica sus miembros actúan en una pluralidad de funciones que no se diversifican por los distintos grados de capacidad que posea, sino por las necesidades de acción de la misma, pero operando todos bajo una base de igualdad y con plena capacidad institucional. Si la persona jurídica posee una exclusiva capacidad y voluntad e incluso un patrimonio autónomo, distinto todo ello, por ende, del que ostentan sus miembros componentes, ello no quiere decir que su estructura jurídica no sea reflejo de la capacidad, voluntad y patrimonio del de éstos.

Mas al reflexionar sobre los problemas que presentan los agregados necesarios y, concretamente, el organismo tutelar, nunca debemos olvidar el plano de actuación en que nos estamos moviendo. Hemos superado el ámbito de lo subjetivo para entrar de lleno en el terreno de lo objetivo. Aquí no contemplamos individualidades, sino *hombres-miembros*. Luego el tutor, protutor, miembros del consejo de familia y tutelado se hallan ocupando una posición de *status*. Esto es, están vinculados por relaciones jurídicas de tipo orgánico, según acabamos de indicar, lo que quiere decir, que sólo les corresponde el ejercicio de los derechos de índole institucional. De consiguiente, otro límite a la actividad del tutor es la propia naturaleza de los derechos que ejercita, que le impide subrogarse en las atribuciones que corresponderían al pupilo si fuera ser capaz y que, por tanto, dimanen de su esfera individual. Es decir,

son derechos que no pueden ser ejercitados por los órganos de una institución, por cuanto no hay posibilidad de objetivarlos. Corresponden al individuo como hombre y no como miembro social.

Todo esto hace relación al problema de la incapacidad. Precisamente la institución tutelar viene a suplir la falta de una capacidad de obrar. El tutelado sólo tiene capacidad de goce. O sea que ni aun posee la capacidad individual plena, mientras el tutelante está inclusive en posesión de un estado superior de capacidad: la capacidad representativa, que corresponde a un estado de conciencia: la institucional. Y como resulta que ello dimana de la investidura de una cualidad jurídica determinada, sólo a quien la ley defiere ésta puede actuar como tal órgano. Es por lo que aquí no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 1721 del código civil español, que autoriza al mandatario el nombramiento de sustituto para la realización de sus gestiones cuando —como muy bien dicen los profesores PÉREZ y ALGUER— quienes actúan ocupando una posición jurídica de *status* se basan en deberes personalísimos, por lo que sería contrario a la finalidad que la ley les otorga e impone, admitir la delegación de estos derechos-deberes. En igual sentido de limitación se inspira, sin duda, la sentencia de 4 de noviembre de 1925, al declarar que se infringe el artículo 317 de dicho código, si en vez de otorgar el padre su consentimiento para el caso de que se trate, confiere un poder general en unión del hijo emancipado, autorizando a un tercero para la enajenación en las condiciones que quiera contratar. Asimismo, según la resolución de 24 de enero de 1898, la facultad de otorgar la licencia marital para contratar no puede ser conferida por el marido a un apoderado.²⁰

También se observa aquí que así como la representación voluntaria responde a una realidad jurídica, pues el representante actúa con arreglo a las instrucciones dadas por el mandante, la representación legal del tutor responde a una ficción jurídica, porque su actividad se concreta a cumplir lo ordenado por la ley, que le deja cierto campo a su libre iniciativa. De otro modo dicho, la actuación del tutor responde asimismo a una realidad jurídica si la enfocamos desde el ángulo de la institución tutelar, con la desventaja de que entonces no le contemplamos como representante, sino como órgano encargado de unas funciones de representación. Por eso, cuando traspase los límites de su mandato con la holgura que le concede el artículo 1715, creemos está incurriendo en un

20 *Notas al Derecho civil de Enneccerus*, t. I, vol. II, pág. 239. Barcelona, 1944.

acto de nulidad de los sancionados en el artículo 4º del código civil español, por ir contra lo preceptuado por la ley.

Además, mientras la representación voluntaria abarca generalmente sólo una parcela de la vida del representado, incluso la concebida al amparo del artículo 1713, la representación legal del tutor se extiende a todos los actos civiles del incapacitado que no pueda realizar por sí solo (artículo 262). Luego observamos que el concepto de esta representación sobrepasa el jurídico-formal con que calificó HUPKA a todas las clases de representaciones, pues si la representación legal del tutor no se constriñe exclusivamente a la representación del menor en juicio, sino que abarca también a los demás actos de la vida civil que no vayan acompañados de una representación judicial, fácil es inferir de ello que no estamos en presencia de un concepto jurídico-formal exclusivo de la representación, sino que, por el contrario, al ser la representación del tutor consecuencia de la función orgánica que le compete como miembro del organismo tutelar, requiere un concepto más amplio que comprenda también la realización de actos no jurídicos formales. Por tanto, no nos sirve el concepto de la representación de HUPKA vertido en su interesante libro traducido al español por el profesor SANCHO SERAL, intitulado *La representación voluntaria*, Madrid, 1930, página 11; pues aquí no contemplamos un caso puro de representación, sino de investidura orgánica con función representativa, y, por lo tanto, abarca este concepto, según acabamos de decir, tanto el ámbito de lo material como de lo jurídico-formal, por darse integración de capacidades y voluntades humanas en distintos estados de gradación.

Precisamente por rebasar el concepto de la representación que compete al tutor el ámbito de lo jurídico-formal con que se califica éste, hay autores que han tratado de calificar a su función representativa de meros actos de administración legal. De todos modos, si no hay duda que la función del tutor es administrar el patrimonio del pupilo bajo la vigilancia del protutor y el control del consejo de familia, sin embargo esta denominación no resuelve las cuestiones que se plantean en torno a esta figura jurídica, por cuanto que sin duda alguna se trata de un caso de administración legal, ya que administra el patrimonio del pupilo por disposición *ex lege*. Mas lo importante aquí es constatar la especialidad que reviste esta administración, que es notorio se diferencia de la del simple administrador de que nos habla el artículo 1713 del código civil español y de la que, por otra parte, corresponde a los padres sobre el patrimonio

de sus hijos sometidos a la patria potestad, pues sin duda alguna esta última comprende poderes más extensos a favor de los padres, por ofrecerles mayor confianza a la ley, que presupone han de mirar siempre por el bien de sus hijos. Además, mientras la administración corresponde a los padres como consecuencia de la patria potestad que ejercen sobre los hijos, la que atañe al tutor dimana del poder tutelar que se le encomienda sobre el pupilo.²¹ Es decir, que así como el legislador al configurar la familia ha tenido sobre todo en cuenta la función de patria potestad sobre la cual ha construido el concepto, al ordenar jurídicamente la tutela ha seguido el procedimiento inverso, que en parte está siendo rectificado acertadamente por la legislación dictada con posterioridad al código civil, consistente en atender especialmente a la administración de los bienes del pupilo, siendo la guarda o cuidado del mismo una consecuencia de la administración legal que se le encomienda.

7) CARACTERES DE ESTA INSTITUCION.—De todo lo anteriormente expuesto se deducen las siguientes notas de la tutela:

1º Es permanente, porque subsiste durante todo el tiempo que la hacen necesaria las condiciones que dan origen a su constitución; es decir, dura mientras persiste la incapacidad del tutelado o mientras no se produzca alguna causa especial que motive la cesación de la tutela en la persona que la ejercita.

2º Es general, en el sentido de afectar a la persona y a los bienes del tutelado.

3º Es retribuida, configurándose como un mandato legal, y siendo algunas veces gratuita, v. gr., en Cataluña.

4º Es obligatoria, no permitiéndose a quien es llamado a su desempeño negarse a asumirla o, asumida, renunciarla de no concurrir causas legítimas de excusa, que se hallan taxativamente determinadas en la ley; pues ya dijo don Antonio MAURA —y nosotros hemos repetido aquí muchísimas veces— que la tutela está ordenada con carácter preceptivo como de público interés y no subordinada al albedrío individual, salvo la parte que la misma ley le reserva al padre, al testador, al pariente o al bienhechor del sujeto cuya capacidad civil necesita complementar.²²

²¹ AUBRY y RAU, *Droit Civil*, I, págs. 582 y 583, París, 1897.

²² Dictamen número 18. "Tutela: Cuidado del menor", en *Dictámenes*, Madrid (Saturnino Calleja), 1929, pág. 405.

5º Y es un cargo público para unos,²³ puesto que la función del tutor no es más que una manera que el Estado tiene de otorgar la protección a la infancia; deber éste que constituye uno de los más importantes del Poder público, y que más directamente se relaciona con la vida social, ya que sólo así —añade VALVERDE— se explica que sea un cargo obligatorio y que el Estado reglamente la tutela de modo que en su organización y funcionamiento no pueda ser modificada por la voluntad de los particulares. Abunda también en este criterio RUGGIERO.²⁴

En cambio, otros autores, entre los que cabe citar a SANCHEZ ROMAN, DE DIEGO Y ESCOBAR, suelen calificarle de cargo privado, porque más bien que una función y una carga pública, aparece la tutela entre nosotros como un ministerio de Derecho privado, es decir, un ejercicio que éste otorga y a la vez impone, en cuanto lo declara obligatorio para las personas llamadas a su desempeño con vistas a un fin que por concretarse en la persona y en el patrimonio de aquel para quien se da, se considera como de Derecho privado,²⁵ pues su misión es puramente privada: auxiliar al incapaz, defenderle en su persona y bienes.²⁶

Por nuestra parte no terciamos en esta discusión en torno al carácter público o privado de la función del tutor, por cuanto que ya han quedado más arriba expuestos nuestros puntos de vista acerca de la tradicional distinción del Derecho.

Refiriéndose al Derecho francés, los profesores AUBRY y RAU asignan a la institución tutelar los caracteres siguientes:

1º Es una carga pública (en el sentido de *munus publicum*) y gratuita.

2º Es establecida en interés del menor.

3º Sus disposiciones legislativas son leyes de policía y de orden público, las cuales no es permitido derogar.

4º El tutor no puede, en general, ser nombrado ni a término ni bajo condición.

5º La tutela debe ser, en principio y salvo los casos indicados en los artículos 396 y 417 del código civil francés, confiada a una sola persona.

23 VALVERDE, *Derecho civil*, IV, pág. 537, 1938.

24 *Op. cit.*, pág. 256.

25 ESCOBAR DE LA RIBA, *La Tutela*, Ed. Derecho Privado, 1943, pág. 4.

26 DE DIEGO, *Estudios de Derecho civil*, t. VII, pág. 383, 1927.

6º El tutor está colocado bajo la vigilancia del protutor y sometido al control del consejo de familia.

7º El tutor está, en general, encargado de representar al menor en los diversos actos de la vida civil.²⁷

8) SUS FINES.—Podemos adelantar los siguientes:

1º En el Derecho romano y en el germánico se atendió principalmente a proteger el interés del grupo.

2º Con la transformación de la contextura familiar, la tutela pasó a ser una carga para el tutor, con el deber de proteger al menor o incapaz.

3º Se le asigna también una triple finalidad, puesto que en ella están representados y protegidos los intereses del individuo, la familia y la sociedad.²⁸

4º Para nosotros, la tutela debe tender a la protección de la persona e intereses del incapaz, porque con ello coadyuva a la consecución del bien común social.

5º Así como el contenido de la patria potestad se modifica con las necesidades de los hijos, el de la tutela varía en razón del grado de incapacidad del tutelado, haciéndose por ello necesario buscar en ella la realización de dos propósitos: una protección personal y otra patrimonial. Esto nos lleva a admitir la clasificación racional de los romanos, que distinguían entre tutela y curatela.

6º Por la protección del menor que aquí se defiende es menester a veces abrir un resquicio en el poder cuasi absoluto que en las legislaciones positivas se concede a los padres sobre sus hijos, permitiéndose que en el supuesto determinado por el artículo 207 del código civil español la persona que deje manda o legado de importancia al menor o incapacitado, pueda designarle un tutor testamentario. De la misma forma que el artículo 162 del código civil español concede a la persona que deja legado o donación al hijo sometido a la patria potestad para sufragar los gastos de su instrucción y educación, la facultad de hacer recaer la administración de dichos bienes en persona distinta de la de los padres si así lo considera oportuno. En estos casos, al tiempo que se protege al menor se evita que entren en la administración de unos bienes que no han sido adquiridos u otorgados en consideración a los padres, quienes a lo mejor carecen de capacidad suficiente para emplearlos. Con todo, el profesor

27 *Op. cit.*, págs. 589 a 592.

28 ESCOBAR, *op. cit.*, pág. 10.

CICU, al comentar el artículo correspondiente del código italiano, se inclina porque ha de interpretarse restrictivamente. Esto es: *a)* sólo será aplicable al caso de transmisión de bienes a título hereditario; *b)* inaplicable al artículo 843, párrafo 1º de dicho código; *c)* la expresión “cualquiera” no comprende a los padres como tales; *d)* el curador así nombrado, además de no tener los poderes que corresponderían a los padres, no tienen tampoco los propios del tutor, por tanto carece de la representación del menor, salvo cuando ésta sea preciso ostentarla por exigencia de la administración de bienes que realiza; *e)* el curador no podrá subrogar a otros en su lugar; es decir, se le prohíbe el nombramiento de un sustituto, que en el código español se concede al simple mandatario; *f)* si por cualquier razón dicho curador cesa en sus funciones, le sustituirá en las mismas *ipso iure* quien ejerza la patria potestad sobre dicho hijo.²⁹

29 *Op. cit.*, págs. 209 y 210.