

CAPITULO XXVIII

Tutela y curalela

§ 119.—*Instituciones de protección a los incapaces*

Brugi, *Ist.*, § 88; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 690; Chironi, *Ist.*, II, § 420; Zachariae, *Man.* III, § 544; Aubry y Rau, *Cours.*, I, § 36 bis; Planiol, *Traité.*, I, números 1.627-1.634; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 332, 526 (1).

El estudio de los institutos protectores de personas incapaces debiera hacerse en la parte relativa al *derecho de las personas*, pues dichos institutos se refieren a determinados estados personales cuyo supuesto es una incapacidad natural o legal para realizar actos jurídicos y que implican la necesidad de colocar a tales personas bajo la protección y vigilancia de otras (2); pero la exposición escolástica suele estudiar tales instituciones en el *derecho de familia*, considerándolas, no sin fundamento, como formando un complemento de este derecho, pues no sola-

(1) Magnin, *Traité des minorités tutelles et curatelles*, París, 1835 (2 vols.); Chardon, *Traité des trois puissances paternelle, maritale et tutelaire*, París, 1841 (3 vols.); Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutella*, París 1846 (2 vols.); Dufour, *Traité de la tutelle et de l'administration legale*, 1877; Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft aus dem gem. in Deutschl. gelt. Rechten entwickelt*, 1832-34 (3 vols.); Krant Die, *Vormundschaft nach den Grundsätzen dent. Rechts.*, 1835-1859 (3 vols.); Paoli, *La tutela, l'interdizione e l'inabilitazione*, Génova, 1881; Boggio, *Persone fisiche incapaci*, Torino 1889; Piola, *Persone incapaci* (en la col. *Il dir. civ. it.* de Fiori).

(2) En este criterio se inspiran algunos autores, así por ejemplo. Aubry y Rau, quienes en su tratado estudian esta materia al hablar de la capacidad de las personas. Por el contrario, Windscheid, *Pand.*, II § 432, núm. 4, aun reconociendo que por una parte (representación, potestad) la tutela corresponde al derecho de familia y a la parte general, considera más conveniente estudiar esta materia (y así lo hace) en la parte distinta a obligaciones, por las relaciones obligacionales que la gestión tutelar origina.

mente las normas que las rigen o justifican en la organización familiar, sino que en realidad los casos más importantes y frecuentes (tutela de menores, curatela de los emancipados y curatelas especiales para los casos de conflicto de intereses), crean poderes, subordinación de personas, operándose una subrogación o sustitución de poderes familiares que no existen o que cesaron, y en los demás casos, cuando no hay subrogación (tutela de los enfermos mentales y de los condenados, curatela de los inhabilitados y otras curatelas especiales), los poderes creados son una imitación de los primeros. También aquí como en los derechos de familia habrá que apreciar un doble aspecto: el de las relaciones meramente personales y el patrimonial que originan una serie de obligaciones entre la persona incapaz y aquella a quien se confíe su protección, siendo preponderante el aspecto patrimonial por la idea (quizás excesiva y exagerada en el sistema del Código) de que tales instituciones deben tender sobre todo a la defensa de los bienes y de los intereses materiales, no obstante no ser menos importantes que éstos los morales y sociales.

Distintos son los casos en que hay lugar al ejercicio de tales funciones protectoras. En cuanto a las causas de tal ejercicio pueden ser la menor edad, unida a la carencia originaria o posterior del padre que ejerza la patria potestad (en orden a los hijos legítimos) o la tutela legal (respecto a los hijos ilegítimos), o enfermedad mental grave (interdicción) o menos grave (inhabilitación, o condena penal (interdicción legal), liberación de los vínculos de la patria potestad (emancipación), o enfermedades somáticas (sordomudez o ceguera de nacimiento), o la prodigalidad, o sea todos aquellos hechos que privan al menor de la capacidad de obrar o se la disminuyen; también el hecho de darse un conflicto de intereses (conflicto entre el menor y el padre que ejerce la patria potestad entre menores sujetos a la misma patria potestad, etc.), o también la inexistencia del titular de un patrimonio o la ausencia de dicho titular u otras circunstancias que exijan la adopción de medidas cautelarias o protectoras de los bienes que no tengan propietario actual, o personas cuyo naci-

miento se espere (curatela de vientre, curatela de la herencia deferida a los concebidos y no nacidos, etc.). En cuanto a las funciones, éstas son de representación con sustitución de la voluntad inexistente de la persona protegida por la del investido con dicha representación, o de simple asistencia con integración plena de la voluntad del incapaz por la adición de la voluntad de otro; de fiscalización y autorización preventiva o de aprobación y autorización posterior; poderes de decisión, de simple ejecución; de vigilancia, de veto, de oposición; concernientes a la esfera personal y moral del incapaz (educación, instrucción, colocación del menor, protección y asistencia del enfermo mental), o a su esfera patrimonial (conservación y administración de los bienes). Por cuanto varias, todas estas figuras pueden agruparse en dos tipos fundamentales: los de *tutela* y *curatela*, los cuales responden a dos formas sustanciales de protección: *representación* y *asistencia*. Pues prescindiendo de las particularidades que ofrecen los casos singulares y de las normas especiales que representan desviaciones del tipo común, puede sentarse como principio general, que mientras la tutela es ordenada para personas absolutamente incapaces (menores de edad, enfermos mentales, interdictados, interdictados por condena penal), y como correspondiente a ella, se da un poder de representación; la curatela es ordenada para las personas parcialmente incapaces (menores emancipados, inhabilitados por enfermedad mental menos grave, sordomudos y ciegos *a natiuitate*, pródigos), y corresponde a ella una simple función de asistencia e integración de la voluntad del incapaz por el consentimiento del curador. Esto se entiende aplicable a la curatela ordinaria, porque las curatelas especiales no siempre suponen la existencia de un incapaz; tampoco es legalmente imposible que el curador ejerza funciones de representación.

Los orígenes históricos de la doble institución de la tutela y de la curatela (consideradas en su figura ordinaria de protección de menores y de enfermos mentales), se remontan al derecho estatutario italiano, y como fuente más remota al Derecho romano, al cual se añadieron elementos de derecho germánico. Pero

la ordenación moderna de estas instituciones difiere mucho de la antigua. El propio Derecho romano ofrece en su proceso histórico modificaciones tan profundas, que bien puede afirmarse que las instituciones del período justiniano apenas si son una sombra de las del período clásico y de la época antigua.

En los orígenes la *tutela impuberum* (y más aún la *tutela mulierum*, la cual cayó en desuso y desapareció más tarde), fué concebido como poder creado en ventaja de los agnados para la defensa de los intereses familiares y para asegurar el derecho hereditario del grupo agnaticio con preferencia al provecho o ventaja que tal institución pudiera reportar al pupilo. Es un derecho del tutor; por la tutela se confiere al tutor un derecho o sobre la persona del tutelado cuya personalidad queda más que absorbida, integrada con la del tutor. Este carácter refleja la definición de este instituto, dada por el jurisconsulto Servio (1): *tutela est vis ac potestas in capite libero*. Pero con el tiempo se va afirmando y va prevaleciendo la idea de que esta potestad es conferida para la protección del impúber y de la mujer incapaces por la edad y por el sexo para actuar por sí solos. La misma definición de Servio añade poniendo de relieve el fin protector la sustitución *ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit*. De este modo la tutela pasa a ser un *munus*, se convierte de derecho en deber, es un *onus*, y por la participación—mayor cada día—que el Estado toma en la organización de la tutela, asume ésta el carácter de un deber público, al cual no es lícito sustraerse sino por causas determinadas de exención (*excusationes*), debidamente comprobadas por el Magistrado.

La actividad del tutor se traduce en dos funciones distintas: integrar por un lado la capacidad del pupilo, cuya voluntad, sin estar totalmente ausente, se completa con la del tutor, quien interpone la propia *auctoritas* en los actos del pupilo; tener por otro lado a su cargo la gestión patrimonial, actuando el tutor sólo bajo su responsabilidad, sustituyendo al pupilo en los ac-

(1) Fr., 1 pr., D. 261, reproducido en las Instituciones justinianas, § 1, Inst. I, 13, en donde en lugar de *vis ac potestas* se escribe *ius ac potestas*.

tos concernientes a los bienes de éste. *Interpositio auctoritatis* y *gestio negotiorum* se desenvuelven bajo el control de la autoridad pública, dándose a ambas partes acciones judiciales para exigir la rendición de cuentas, la remoción del tutor y el reembolso de los gastos. La tutela cesa con la pubertad. La que recaía sobre las mujeres era en cambio perpetua, hasta que la institución cayó en desuso.

La curatela es una institución paralela, pero distinta. Tiene también carácter de función pública; se da para la protección de personas incapaces y requiere también la intervención de la autoridad. Sin embargo, por su esfera personal de aplicación, por las funciones propias que ejerce el investido con la curatela, se contraponen ésta en la tutela. En cuanto a las personas, se da la curatela para el loco (*cura furiosi*), para el pródigo (*cura prodigi*), para los menores, o sea para quienes habiendo salido de la pubertad no hubieren cumplido veinticinco años (*cura minorum*). En cuanto a las funciones de la curatela, diremos que recaen sobre el patrimonio, nunca sobre la persona (de aquí el proverbio *tutor personae datur, curator bonis*, el cual en cuanto al primer miembro no es exacto). Estas funciones se exteriorizan, no con la *interpositio auctoritatis*, que es un acto exclusivo del tutor, y sí solamente con la gestión patrimonial, con la administración de los bienes del furioso o del pródigo. Sólo cuando a las dos originarias y más antiguas curatelas del furioso y del pródigo, se añadió la llamada *cura minorum*, la cual desenvolvióse luego, ocurre que la actividad del curador se manifiesta mediante un *consensus* que implica una autorización por el curador del acto querido por el menor y consiguiente una integración de capacidad no distinta de la que realiza el tutor con la *interpositio auctoritatis*. Ocurrió además este fenómeno: transformada la *cura minorum*, de institución esporádica cuya creación solicitaba el propio menor para realizar un determinado negocio, en institución general y estable para todos los *minoris*, la persona del incapaz se halló primeramente sujeta a tutela por ser impúber, luego a curatela hasta haber cumplido los veinticinco años. Así, pues, la curatela apareció como una continuación de

la tutela, y poco a poco por efecto de transformaciones sucesivas y de la desaparición, en el período justiniano, de las diferencias originarias que separaban ambas instituciones, la tutela y la curatela se asemejan y casi se confunden. Tal confusión que es evidencia en la legislación de Justiniano se acentúa en el período siguiente, en el cual se atenúan o se pierden las características diferenciales de una y otra institución. Luego se injertan elementos del Derecho germánico. Surgen vivas discusiones entre los historiadores del Derecho sobre la parte de las modernas instituciones que se debe al Derecho germánico, al Derecho romano y a las costumbres locales (1). Lo cierto es que la confusión a que antes aludimos se aumenta y perpetúa; mientras algunas normas reproducen los principios romanos, otras derivan del derecho bárbaro y quizás de éstas procede la institución del Consejo de familia adicionada como órgano deliberante al tutor y al curador. Luego se abre paso el concepto de la representación, provocándose con ello una radical transformación respetivamente a la función ejercitada por el tutor. A través del Derecho municipal y del estatutario se prepara el advenimiento del Derecho moderno con las instituciones de la tutela y de la curatela.

Si comparamos el ordenamiento de nuestro Código con el Derecho romano, puede decirse que salvo algunos principios fundamentales conservados por virtud de una larga tradición, el sistema vigente nada tiene que ver con el antiguo. Nuestra tutela no se da solamente por razón de edad, si que también por causa de enfermedad mental grave que prive al enajenado de la conciencia de sus actos; para nosotros es tutela no sólo la de los menores de edad, si que también aquélla a la que los romanos llamaban *cura furiosi*. Además la tutela por razón de edad, no se aplica ya solamente en aquel primer estado de la incapacidad que los romanos llamaban *impubertas*, se extiende también (habiendo descendido el límite de la plena capacidad de los veinticinco a las veintiún años), a los que no hayan cumplido aún los veintiún años, es decir, que la tutela ha sustituido a la *cura minorum*. En

(1) Para este aspecto histórico de las Instituciones, véase Roberti, *Ricerche intorno alle tutela dei minorenni*. Padua, 1904-5.

definitiva la *cura furiosi* y la *cura minorum* se han convertido para nosotros en casos de tutela. Se ha añadido un tercer caso: el del interdictado por condena criminal. La curatela también ha experimentado mutaciones por lo que toca a la esfera personal de su aplicación. Subsiste la curatela del pródigo, pero se ha agregado por una parte, la curatela del menor emancipado, por otra, la del enfermo mental menos grave, la del ciego y sordomudo de nacimiento, es decir, las de los inhabilitados por sentencia (enfermos mentales) y las de los inhabilitados de derecho (ciego y sordomudo).

En cuanto a los poderes y funciones del investido con tales cargos, también la transformación ha sido radical. Nada existe hoy que corresponda a la *interpositio auctoritatis* del tutor romano, sin que pueda decirse tampoco que se reproduzca hoy la otra de sus funciones típicas, la *gestio negotiorum*. El tutor moderno sustituye, no integra con su propia autoridad, la voluntad del tutelado; al sustituirlo lo representa en todos los negocios (hasta donde sea admisible tal poder de representación), mientras que en la *gestio negotiorum* no se daba una gestión representativa, en cuanto que todos los efectos de los negocios realizados por el *tutor* se producían, no en cabeza del *pupillus*, sino en la persona misma del propio tutor, y del patrimonio de éste mediante los oportunos medios procesales, se transferían tales efectos al patrimonio pupilar. En cambio, es posible establecer un paralelo entre el *consensus* del *curator* y la asistencia de nuestro curador, que no ostenta por regla general la representación del incapaz, sino que se limita a integrar la voluntad menos plena de éste, aprobando el acto por él realizado. De este modo, queda restablecida la neta contraposición del tutor y del curador. Pero del Derecho romano proceden el carácter de función esencialmente gratuita y de *munus publicum* que ofrecen ambas instituciones, las causas de delación de la tutela (testamentaria, legítima y dativa), la intervención y el control de la autoridad pública (cada vez más intensa y continuada por lo menos teóricamente), el sistema de las *excusationes* y de la remoción.

La materia se halla regulada por el Código civil con numero

sas normas, a veces muy minuciosas, pero no siempre claras y bien coordinadas. Trata de esta materia el libro I del Código (*De las personas*), y conexamente con los dos estados de la menor y de la mayor edad, tomando como base los dos tipos fundamentales: para la tutela, la de los menores (artículos 241-309), para la curatela, la de los emancipados (artículos 310-322). A la tutela de los interdictados se extienden las normas propias de la tutela de los menores (art. 329), con la adición de otras especiales (artículos 330-335); a la curatela de los inhabilitados y pródigos no son extensivas de modo expreso las normas propias de la curatela de los emancipados; a éstas se puede recurrir, sin embargo, por analogía para completar las breves establecidas para los inhabilitados (artículos 339-342). Comunes a la tutela y a la curatela, son las reglas dictadas para la formación y modo de llevar los registros públicos, por los cuales resultan acreditados los elementos y cambios de la administración tutelar.

Preceptos especiales se encuentran diseminados en el Código civil y en el de comercio y en el de procedimiento civil, relativos a casos especiales de tutela y curatela o para completar las normas referentes a los casos ordinarios; así para la tutela y curatela de los hijos menores del ausente (Código civil, art. 47); al ejercicio y administración de la tutela o curatela, a los poderes, limitaciones y prohibiciones atribuidos e impuestas al tutor y a curador y a las obligaciones o a los derechos que le corresponden y que son consecuencia de la gestión (Código civil, artículos 769, 930, 1.059, 1.153, 1.457, 1.944, 1.969, 1.983, 2.035, 2.119); al procedimiento a seguir en las deliberaciones del Consejo de familia y de la tutela (Código de procedimiento civil, artículos 812-815), en la venta de bienes de menores (Código de procedimiento civil, artículos 816-835), el procedimiento de interdicción y de inhabilitación (Código de procedimiento civil, artículos 836-844), lo relativo al curador del vientre (Código civil, art. 236), y al curador de la herencia yacente (Código civil, artículos 980-983; Código de procedimiento civil, artículos 896-899), al curador del quebrado (Código de Comercio, artículos 713-867), al curador especial del demandado en juicio (Código

de procedimiento civil, art. 136), etc. Estas normas se completan en lo referente a las relaciones internacionales con las contenidas en el Convenio de la Haya de 17 de Julio de 1905, ratificado por la ley de 27 de Junio de 1909, núm. 640; respecto a los enajenados mentales, con la ley de 14 de Febrero de 1904, número 36; sobre manicomios, y con el correspondiente Reglamento de 16 de Agosto de 1909, núm. 315; respecto a los expósitos y niños abandonados, con las leyes de Beneficencia (ley de 17 de Julio de 1890, núm. 6.972), etc. (1).

(1) Pero las normas vigentes, sobre todo, las relativas a la tutela de los menores no aseguran la efectiva protección que el Estado debe a la infancia. Precisan reformas que den mayor eficacia a algunos preceptos que hasta la fecha sólo tienen el valor de una enunciación teórica; se reclama una mayor y más efectiva vigilancia por parte de la autoridad pública con objeto de que la gestión tutelar asegure al pupilo las mayores ventajas y de que la tutela se constituya siempre que proceda. Uno de los puntos capitales de la reforma es la creación del Juez de tutelas que controla todo el organismo tutelar y promueve su funcionamiento por el ejercicio del derecho de iniciativa que a dicho Juez corresponde. Un esbozo de esta reforma constituye en la legislación bélica relativa a los huérfanos de guerra, la ley de 18 de Julio de 1817, núm. 1.143, que creó para dichos huérfanos el Juez de tutelas, modificando convenientemente las disposiciones del Código civil. Dicha ley recibe una aplicación amplia; no sólo se aplica a los huérfanos menores que hubieren perdido a su padre por causa de la guerra, si que también a los hijos mayores que habiendo perdido a su padre por causa de la guerra, estén interdictados por razón de enfermedad mental, y a los hijos menores y mayores interdictados de persona inhábil para el trabajo por causa de la guerra. Organos tutelares son además: el Consejo de familia y el Juez pupilar, el Consejo o Comité nacional y el provincial para la protección de los huérfanos de guerra. Se admite el nombramiento de varios tutores, se reduce el número de miembros del Consejo de familia, se aumentan los casos en que por abuso de la patria potestad o por ineptitud se procede al nombramiento de tutor. Véase Dusi, libro *Deroghe e riforme al Cod. civ. in materia di adozione e di tutela* (en *Atti della R. Acc. di Sc. mor di Nap.*, XLVI, 1920).

NOTA DEL TRADUCTOR. — Las instituciones de protección de los incapaces aceptadas en nuestro Código civil no responden en modo alguno ni a los precedentes históricos - aunque en ellos pretendieran inspirarse los autores del Código - ni al sentido moderno de las instituciones de guardaduría

Nuestros viejos fueros (Juzgo, Municipales, Viejo y Real) admitieron

§ 120.—*La tutela.—Concepto y especies*

Brugi, *Ist.*, § 88; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 691, 839 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 420, 429; Zachariae, *Man.*, III, §§ 545, 555-560, 581-584; Aubry y Rau., *Cours.*, I, §§ 89, 98-103, 124-126; Planiol, *Traité*, I, números 1.750-1.769, 1.802-1.835; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 432-433.

I. *Definición y caracteres.*—La tutela es un poder que imita, en gran parte, a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad, puesto que sólo funciona cuando ésta cesa por muerte de los padres o por perder éstos la patria potestad.

No sin razón puede decirse que el pupilo tiene en el tutor un segundo padre. Como la patria potestad, así también la tutela afecta a todas las relaciones personales y patrimoniales del incapaz; como aquélla, es un poder (constituye uno de los poderes familiares típicos), pero tal poder es conferido como un oficio público, que implica cargas y deberes que se asumen y cumplen en provecho del incapaz; como aquélla también, la tutela está sujeta a numerosas limitaciones. Pero así como en la patria potestad la ley, por cuanto a los deberes que la misma implica, podía basarse en los naturales sentimientos de afecto que ligan al padre y al hijo y limitarse a castigar los abusos con la pérdida de tal potestad y con otras sanciones represivas, en lo concerniente a la tutela la condición de extraño del tutor o el menos

una sola institución con el nombre de *guarda*. El Código de las Partidas introdujo las dos instituciones romanas—Tutela y Curatela—rigiendo sus normas con las de la ley de Enjuiciamiento civil, hasta la publicación del Código civil en el que, si bien se volvió a la institución de la guardaduría única—tutela—, se hizo modificando el precedente que se invocaba tanto cual significa la creación del Consejo de familia; el establecimiento de una tutela orgánica, desconocida en nuestro Derecho; la disminución de la autoridad del tutor, al menos en la ley y la relegación de la actuación judicial a función subsidiaria e incidental.

Tampoco responde nuestra legislación a la concepción más moderna de estas instituciones que vuelve a la distinción romana entre tutela y curatela y al tipo de tutela de autoridad extremando la vigilancia e inspección del tutor, sobre todo en cuanto concierne a la persona del pupilo.

intenso vínculo familiar de éste con el pupilo exige que se fijen con mayor rigor los límites de la actividad tutelar y que se constituya un control de la misma por la autoridad pública; este control se verifica por la Autoridad judicial mediante el pretor, que preside los Consejos de familia, y se tutela dirigiendo y regulando su actuación.

Aun hoy puede definirse la tutela con el jurisconsulto Servio (fr. I. pr. D. 26. I): *Vis ac potestas ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*, y decir de los tutores lo que decía Justiniano (párr. 2, *Inst.* I. 13): *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores*. Sus caracteres son:

a) La naturaleza pública del oficio *munus publicum* (*Inst.* I, 25: *Nam et tutelam et curam placuit munus publicum esse*); de aquí deriva la necesidad de que la ley determine las causas de incapacidad, de exclusión, de remoción de los oficios tutelares (artículos 268-271) y de que sujete éstos a la vigilancia de la Autoridad judicial.

b) La *obligatoriedad* de la función, no permitiéndose a quien es el llamado a su desempeño negarse a asumirla, o, asumida, renunciarla, de no concurrir causas legítimas de dispensa (*excusationes tutorum*); estas causas se hallan taxativamente determinadas en la ley (artículos 272-276).

c) La *gratuidad*, no pareciendo conforme a la dignidad del oficio y a la pureza con que debe ejercitarse éste, el poner precio a la actividad tutelar; la gratuidad establecida por el art. 268 relativamente a los miembros del Consejo de familia o de tutela, se aplica, en primer término, al tutor, que participa en el Consejo (art. 251) (1).

d) La *generalidad* del poder conferido al tutor; tiene carácter general en el sentido de afectar a la persona y a los bienes del tutelado. El antiguo axioma *tutor datur personae, curator bonis* es consecuencia de un error, pues para poner de relieve el

(1) Contra la atribución de honorarios excepcionalmente admitida por Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 691; véase Venzi en dicha obra, pág. 795, n. a.

carácter estrictamente patrimonial de la curatela, se ha contrapuesto a ésta lo que en tutela es más característico, la intervención en las relaciones personales. Aún hoy se puede admitir con una condición: la de que el cuidado de los bienes es en el tutor una consecuencia de la representación del tutelado que a aquél corresponde. Se establece esto claramente por el art. 277: «El tutor cuida de la persona del menor, representa a éste en los actos civiles y administra sus bienes». La potestad, que en las relaciones personales es amplia cuando se trata de tutela de menores, no lo es menos cuando se trata de interdictado por enfermedad mental o por condena criminal, salvo la diversa exteriorización de las correspondientes particiones protectoras.

e) La *indivisibilidad y unidad* del poder; éste es atribuído a una sola persona (y salvo la distribución de funciones entre los distintos órganos de la administración tutelar: tutor, protutor, Consejo de familia o Conséjo de tutela), no puede fraccionarse entre varios titulares, por lo que una persona sólo puede tener un tutor. Esto se explica teniendo en cuenta la inseparabilidad de las relaciones jurídicas de un individuo, ya sean personales o patrimoniales, y unidad del patrimonio de las personas. Este carácter ha sido llevado hasta el extremo en la tutela de los menores, disponiendo el Código (art. 246) que en el caso de varios hijos y de tutela testamentaria, no puede el padre nombrar más que un solo tutor para todos, lo cual es excesivo y deberá ser objeto de modificación en la próxima reforma.

II. *Especies*.—Tres son las especies de tutela, si se tienen en cuenta las personas sobre que se constituye (otra clasificación toma por base la forma de delación, distinguiendo la tutela testamentaria, legítima y dativa); una, y la más importante, es la tutela de los menores; la otra, que se refiere a los mayores de edad, se da a los enfermos mentales interdictados (*interdictados judiciales*) y para los condenados a pena que lleve consigo la interdicción (*interdictados legales*).

a) *Tutela de los menores*.—El principio fundamental del Código es que ésta no se difiere mientras viva uno solo de los padres y entanto éste no haya perdido la patria potestad o no

esté ausente. Mientras haya patria potestad y ésta se ejerza, no es posible la tutela, que es un subrogado de aquélla (1). El artículo 241 dispone, en efecto, que la tutela de los menores se abre cuando mueran ambos padres o cuando éstos sean declarados ausentes (art. 47) o cuando por efecto de condena penal pierdan tales padres la patria potestad (Código penal, artículos 33, 349, 392). Esta norma es completada por otra del art. 233, según la cual, si el padre abusa de la patria potestad infringiendo los deberes anejos a ella o administrando mal los bienes del hijo, los parientes más próximos o el Ministerio fiscal pueden solicitar del Tribunal el nombramiento de un tutor (o de un curador de bienes (2). Y lo mismo ocurre cuando cese o se haga imposible el ejercicio del poder que el padre natural tiene sobre

(1) No se debe estimar un caso excepcional de tutela deferida viviendo el padre y no habiendo perdido éste la patria potestad, la que corresponde al padre sobre el hijo natural (*tutela legal*); ésta no es verdadera tutela, sino que con nombre diverso designa el poder paterno en la filiación natural para reservar el nombre de patria potestad a la filiación legítima. Diverso es—en parte—el sistema del Código francés según el cual hay una verdadera tutela paterna producida al morir uno de los padres, en cuyo caso la patria potestad del supérstite se transforma en tutela sobre los propios hijos (art. 390 del Código francés) con diferencias (en cuanto a la obligación de asumirla), según que el supérstite sea el padre o la madre. De este precedente histórico que se reproduce también en alguno de los Códigos de los ex-Estados italianos (y el Código napolitano, art. 294) deriva la práctica incorrecta (que aún se repite en algunas fórmulas notariales) de llamar a la madre viuda *tutora* de sus propios hijos.

(2) La ley no prevé el caso del padre único (supérstite, presente del ausente o investido de la patria potestad por haberla perdido el otro) afecto de enfermedad mental y consiguientemente interdictado. En este caso habrá lugar a la tutela. Según unos, el tutor nombrado a dicho padre, no es tutor de los hijos de éste; según otros, sí lo es porque la patria potestad ha cesado o por lo menos se ha suspendido. Según otros, procede el nombramiento de un tutor temporal, algunos creen que el de un curador. La resolución de esta cuestión requiere la dilucidación previa de esta otra: si la interdicción del padre hace o no cesar la patria potestad. Yo estimo que no se puede dudar de la solución afirmativa. En sentido contrario, Dusi, *Ist.*, I pág. 299 núm. 1, y Ascoli en *Riv. dir. civ.*, 1914, pág. 95.

el hijo reconocido o declarado (tutela legal). Evidentemente, cuando desde el principio no hay poder paterno, como sucede en el caso de hijos de padres desconocidos, habrá lugar a la apertura inmediata de la tutela, sin que se requiera condición alguna; sólo hay diferencias respecto al nombramiento y al órgano tutelar que entra en funciones entre el caso de hijos de padres desconocidos asilados en un hospicio (para ellos la administración del hospicio hace las veces del Consejo de tutela, artículo 262) y el de hijos de desconocidos no asilados (para ellos se constituye un Consejo de tutela, art. 261, que provee al nombramiento de tutor, art. 248).

b) *Tutela de los mayores (interdicción)*.—La pérdida de capacidad en quien la adquirió ya sólo puede producirse por enfermedad mental grave, comprobada en juicio civil y declarada en sentencia o por condena criminal, como agravación de las penas restrictivas de la libertad personal. Una y otra implican interdicción de la persona: *judicial*, en el caso de enfermedad; *legal*, en el de condena; la persona interdictada es equiparada al menor y se halla sujeta a tutela. Todo acto jurídico referente a su persona, familia o patrimonio puede realizarse solamente por el tutor, siempre que dicho acto sea de los que admiten representación.

Por admitirse la subsistencia íntegra de la capacidad natural en el interdictado legal, éste puede realizar por sí aquellos actos (por ejemplo, matrimonio, reconocimiento del hijo natural, testamento), que no serían permitidos al interdicto judicial, por razón de la enfermedad misma que padece.

La tutela se abre tan pronto se dicte la sentencia civil declarativa de la enfermedad (art. 328), o la penal, que impone la pena.

La interdicción judicial no tiene lugar, naturalmente, más que para los mayores de edad o menores emancipados; el menor, aunque esté afecto de enfermedad mental, se halla protegido ya como menor. No puede declararse dicha interdicción sino cuando la enfermedad mental es habitual y tan grave que prive totalmente a la persona que la padece de la consciencia de sus actos (artículo 324).

La determinación de la concurrencia o no concurrencia de estos requisitos corresponde al Tribunal civil, y es indiferente distinguir entre las distintas especies de dicha enfermedad (idiotía, locura, paranoia, imbecilidad); lo que importa es que la enfermedad haga al enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses. Se comprende que por la gravedad de esta declaración, que priva a la persona del ejercicio de todos sus derechos, la prueba de dicha enfermedad deba ser rigurosa y el procedimiento hallarse rodeado de las mayores garantías.

Pueden promover tal juicio los parientes todos del enfermo, su cónyuge, el Ministerio fiscal (art. 326); no pueden promoverlo los extraños. Se discute si pueden promoverlo los afines (el Código habla de «parientes», y la discusión se origina en la ambigüedad de este término). Se requieren de modo esencial dos actos para que pueda haber lugar a la declaración: de una parte, el interrogatorio del interdictando para que el Tribunal pueda comprobar directamente sus condiciones mentales (art. 327); de otra, la constitución de un Consejo de familia o de tutela (según se trate de un hijo legítimo o ilegítimo), el cual emitirá parecer respecto a la interdicción y sin que pueda tomar parte en él el cónyuge, los descendientes o parientes que hubiesen pedido la interdicción.

Además, verificado el interrogatorio, puede, antes de dictar sentencia definitiva, nombrar al interdictando un *administrador provisional* (en el Código de Procedimiento civil es llamado *curador temporal* (art. 839), que cuide de la persona y bienes del interdictando (1). Lo cual pone de relieve que en el período de instrucción se opera ya la organización de la gestión tutelar, organización que se completará al dictarse la sentencia. El Consejo

(1) Este curador o administrador temporal no es un tutor; tiene a su cargo el cuidado de la persona del sujeto a interdicción y administra sus bienes, pero no creo que sea un verdadero representante de aquél ni que en cuanto a sus bienes tenga poderes que excedan de la simple administración. Por no estar comprobada la incapacidad del interdictado no puede éste ser privado del derecho a manifestar su voluntad respecto a los actos concernientes a su patrimonio, y por esto el curador le *asiste*, no le *sustituye*; véase Piola, *Persone incapaci*, II, pág. 424.

de familia provisional, el curador o administrador temporal, serán sustituidos luego por el Consejo y tutor definitivos, si el Tribunal resuelve en sentido afirmativo (1).

Los efectos de la sentencia de interdicción son la sujeción del interdicto al poder del tutor (art. 329), la nulidad de los actos ejecutados por el interdicto después de la sentencia de interdicción. Esta nulidad es *de derecho*, dice el art. 335, y con ello quiere significar que afecta ineludiblemente al acto, sin que sea posible demostrar que, no obstante la sentencia, el interdicto tuvo plena consciencia del acto realizado y de lo que con él se pretendía. Sólo mediante la revocación cesa la sanción de la nulidad, y tal revocación no es eficaz sino desde la fecha de tal sentencia que la declara. Esta nulidad es, sin embargo, relativa, es decir, no puede ser invocada más que por el tutor, por el interdicto y sus sucesores, a título universal o particular (art. 335, párrafo 1.º).

En cuanto a los actos realizados con anterioridad a la interdicción, la ley distingue el testamento y la donación (artículos

(1) No se debe creer, sin embargo, que esta provisional y anticipada constitución de alguno de los órganos tutelares prejuzguen la declaración; deducida la demanda, verificado el interrogatorio, hay una *posibilidad* de que el juicio concluya con la interdicción; es natural que desde entonces la ley ordene la protección de la persona. Pero nada más hay una posibilidad, porque el Tribunal puede rechazar la demanda y declarar a la persona plenamente capaz de proveer a sus intereses. Lo cual sirve también para la interpretación del art. 335: pues cuando en éste se dice que los actos realizados por el interdicto posteriormente a la sentencia de interdicción y los realizados después del *nombramiento de administrador provisional* son nulos de derecho, esta nulidad que nada presupone en orden a la primera categoría de actos, presupone en cambio, respectivamente, a los de la segunda, que al nombramiento de administrador provisional subsiga efectivamente la sentencia de interdicción; y de aquí la consecuencia de que mientras ésta no se declare, tales actos del segundo grupo no se pueden impugnar, y si en la sentencia se niega la enfermedad, quedan definitivamente válidos. En definitiva, el estado del interdictando (y el del inhabilitando), es un estado personal transitorio e intermedio entre la capacidad y la incapacidad. Véase de Ruggiero, *Gli atti compiuti dall'interdicendo* en *Riv. dir. Comm.*, 1922, II, páginas 444 y siguientes.

cuida de la persona y debe por ello—si se trata de menor—pro-
veer a su educación e instrucción conformemente a la condición
social del pupilo y adecuadamente a su posición económica,
vigilar su conducta (art. 277), debiendo oír al Consejo de fami-
lia (siempre que no sea tutor el abuelo paterno o el materno)
relativamente al lugar en que el menor ha de ser educado y a la
educación que se le debe dar (art. 278), pudiendo recurrir a
dicho Consejo y aun al propio Presidente del Tribunal para los
acuerdos más graves que tengan por objeto reprimir la mala
conducta del pupilo (art. 279) o la no prestación por éste del
respeto y obediencia debidos al tutor (art. 280). Si se trata de
interdictado por enfermedad mental, este cuidado personal es
desenvuelto en su regulación de diverso modo, ya que precisan
vigilancia, custodia, asistencia moral y médica y ello indepen-
dientemente de la acción curativa y de custodia que puedan
ejercitar (si está el interdicto internado en un manicomio) los
empleados del establecimiento.

El oficio es individual, es decir, se halla constituído por una
sola persona; la función tutelar no es delegable; el investido con
ella debe ejercitarla personalmente (1); puede, sin embargo,
cambiar de titular cuando el investido con esta función incurra
en uno de los casos que dan lugar a la remoción o a la dispensa.
El ejercicio de los poderes y obligaciones comienzan para el
tutor apenas éste tenga noticia de su nombramiento (art. 281).

En cuanto al nombramiento, ya se vió que puede dimanar
de la ley, del testamento o de decisión del Consejo de familia.

2. *Protutor*.—No debe creerse que el protutor—el nombre
lo induciría tal vez a creerlo—sea un vicesutor, un sustituto
que se subrogue en el lugar del tutor cuando éste no pueda o no
quiera ejercer su poder. Tampoco sería exacto afirmar, como
hace algún autor, que el protutor tenga la misión de vigilar y de

(1) Sólo excepcionalmente, por la importancia y complejidad de la
gestión patrimonial, por la necesidad de un auxilio técnico puede, el
tutor asociar a sí a otras personas; para esto se requiere la autorización
del Consejo de familia y no hay en tal caso una delegación de poderes,
los cuales subsisten íntegros en el tutor, quien responde exclusivamente
de la actuación de las personas que le auxilian.

La interdicción puede ser revocada, pero la revocación sólo puede ser pronunciada en otra sentencia dictada en un procedimiento y con las garantías exigidas para interdicar (art. 338). Con la revocación cesa, naturalmente, la tutela, y el tutelado readquiere la plenitud de sus derechos.

III. *Delación de la tutela.*—Las causas por las que la tutela es conferida a una persona pueden ser: la disposición testamentaria, la ley o el nombramiento hecho por el Consejo de familia. De aquí la distinción de las tres especies de tutela testamentaria, legítima y dativa.

a) Por *testamento* (1) puede el padre o madre supérstites nombrar tutor al hijo menor (art. 242); se requiere que el supérstite ejerza, efectivamente, la patria potestad, ya que tal nombramiento es un atributo y una forma de manifestarse dicha potestad; por consiguiente, el nombramiento será nulo si el padre, al morir, no ejercía de modo efectivo la patria potestad (artículo 243) (2). La designación es libre, pudiendo recaer en un pariente o en un extraño (art. 242); pero por acatamiento al principio de la indivisibilidad y unidad del poder, en el caso de ser varios los hijos, solamente podrá nombrarse un tutor para todos ellos (art. 246). El nombramiento sólo vale para después de la muerte (es inadmisibile su eficacia en vida del padre que hizo el

(1) La ley (art. 242), dice que el nombramiento «debe ser hecho en documento notarial o en testamento»: se admite, pues, además de todas las formas de testamentos ordinarios y especiales, el simple documento público autorizado por Notario o sea un documento que no tenga el contenido normal de un testamento. Sea cualquiera la forma adoptada, tiene siempre el valor de un acto de última voluntad, y si por testamento entendemos toda disposición hecha para después de la muerte, se debe estimar que el añadir el documento notarial al testamento, es algo redundante y científicamente inexacto.

(2) El tercero que no sea padre, aunque sí pariente del menor, no puede nombrar tutor; puede, si le instituye heredero o legatario, nombrarle un curador especial encargado solamente de la administración de los bienes que le deja (art. 247); es indudable que a este carácter le incumbe la representación en juicio del menor en todas las relaciones jurídicas concernientes a la administración de tales bienes. Véase Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 799, n. d.

nombramiento por la irrenunciabilidad del poder familiar), es revocable, como todas las disposiciones de última voluntad, y no está sujeto a términos o condiciones (1). Lo mismo puede decirse del protutor, que puede ser nombrado en testamento (artículo 264).

Esta causa de delación se aplica a la tutela de los menores y a la de los interdictos por enfermedad mental (art. 339, párrafo 2.º).

Esta tutela se da, sin embargo, solamente para los hijos legítimos o legitimados; están excluidos los adoptivos (cuyo padre de sangre es el investido con la patria potestad), también lo están los hijos naturales reconocidos o declarados, porque la facultad de nombrar tutor no se otorga al investido con la tutela legal, y careciendo estos hijos, como carecen, de vínculos familiares, tampoco les será aplicable la tutela legítima; así que la única forma posible para ellos será la tutela dativa (art. 248). Respecto a los interdictados, el nombramiento de tutor testamentario es posible al padre, en el caso de que, previendo éste la interdicción del hijo, le designe tutor en testamento (o en documento notarial) para después de la muerte de dicho padre (porque mientras viva será el mismo tutor) y siempre que el hijo no tenga cónyuge (porque, en este caso, el cónyuge sería el tutor de derecho).

b) *Legítima* es la tutela deferida por la ley. Esta tutela es aplicable a los menores e interdictos. En orden a los menores, la tutela legítima funciona en defecto de la testamentaria (art. 244). Cuando la falta de ésta se deba a omisión del padre, que podía hacerla, no a la imposibilidad jurídica de hacerla (por ejemplo, si el padre había perdido la patria potestad), porque, en este caso, procede la tutela dativa (2), la tutela corresponde de dere-

(1) Esta no posibilidad de fijar términos o condiciones es discutida en la doctrina.

(2) La cuestión es discutida; algunos autores piensan que en tal caso procede la tutela legítima. Se discute además si nombrado un tutor por el padre y no queriendo o no pudiendo el nombrado asumir la tutela, deba funcionar la tutela legítima, o saltando por ésta, la dativa. Según los más, procede esta última solución, porque con nombrar testamentario el padre ha manifestado querer excluir al tutor legítimo.

cho al abuelo paterno, y, en defecto de éste, al abuelo materno (artículo 244). Respecto a los mayores sujetos a interdicción, las relaciones entre las dos especies de tutela son diversas. En primer término, funciona la tutela legítima, porque el testamento no puede excluir al tutor designado por la ley, y el nombramiento testamentario es admitido solamente cuando no pueda haber lugar a la tutela legítima por inexistencia o incapacidad de las personas designadas por la ley (art. 330).

Tutor del interdicto es, en primer término, su cónyuge (marido o mujer), con tal de que sea mayor de edad y no se halle separado legalmente. En defecto de cónyuge o si éste es incapaz, subentra el padre del interdicto, y, a falta de éste, la madre (artículo 330).

La delación legítima de protutor no está admitida; el protutor sólo puede ser testamentario o dativo.

c) La tutela *dativa* es aquella en que el nombramiento del tutor (y también el del protutor) es hecho por el Consejo de familia o por el de tutela. Esta tutela es subsidiaria de las anteriores. Cuando falta la tutela testamentaria o la legítima, ya faltan inicialmente, ya posteriormente, por muerte, remoción, dispensa, etc., del tutor, tendrá lugar la dativa, tanto para los menores como para los interdictos. El art. 245 establece: «Cuando un hijo menor quede huérfano de padre y madre sin tutor nombrado por éstos y sin abuelo paterno ni materno, o cuando el tutor que tuviere alguna de las condiciones indicadas fuese excluido o adujere legal excusa, el Consejo de familia procederá al nombramiento de un tutor» (respecto a los hijos naturales, el art. 248 dice que «el Consejo de tutela les nombrará tutor»). Análogamente respecto al mayor interdicto por enfermedad mental, el artículo 330, párr. 2.º, dice: «Faltando la tutela del cónyuge, del padre y de la madre, el tutor es nombrado por el Consejo de familia o de tutela, a no ser que el padre que sobreviviese, previendo la interdicción del hijo, hubiese nombrado a éste tutor en testamento o en documento notarial» (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - En nuestro Código—al que lo mismo que al italiano no es exactamente aplicable la definición de Servio, que no comprende las formas tutelares referentes a mayores incapacitados—no

existe una definición de tutela, pero puede deducirse del art. 199 que señala su objeto: «la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos», y del 200 que indica las personas a quienes alcanza.

Las características que a la tutela, según el Código italiano, señala Ruggiero, pueden aplicarse a la institución similar española excepto la gratuidad (art. 276) y la absoluta indivisibilidad (art. 210; tampoco la unidad se lleva al extremo de que el padre sólo pueda nombrar un tutor para todos sus hijos (art. 246 del Código civil italiano), sino que puede nombrar uno para cada uno y varios que se sustituyan (art. 208 del Código civil español).

Especies de tutela. - a) Tutela de menores no emancipados determinada por la cesación de la patria potestad. Es la tutela típica romana en la que el tutor concluye los actos jurídicos en representación del tutelado, y afecta tanto a la persona como a los bienes de éste. Es la aplicable en primer término cuando concurren en una persona varias causas de incapacidad; por ejemplo, que el menor sea a la vez sordomudo o loco.

b) Tutela de mayores incapacitados que se aplica al loco, demente, sordomudo, pródigo o condenado a pena de interdicción. Todas tienen de común la necesidad de una declaración judicial previa, en juicio civil o penal (artículos 213, 221, 228), diferenciándose en que la del loco o demente se extiende a todos los actos de su vida, la del sordomudo y pródigo se limitará a lo acordado por el Tribunal, no quedando el pródigo privado del poder marital ni paterno y careciendo el tutor de autoridad sobre su persona y en la de condenado a pena de interdicción civil sólo se referirá a la administración de sus bienes y a representarlo en juicio debiendo también, el tutor, proveer al cuidado de la persona y bienes de sus hijos hasta que se los provea de otro tutor (artículos 218, 221, 224, 225 y 229).

El procedimiento puede ser instado por el cónyuge, los parientes a quienes corresponda la herencia abintestato (artículos 214 y 228 loco sordomudo y condenado a interdicción), o por el cónyuge y los herederos forzosos (art. 222, pródigo), o por el Ministerio fiscal quien ha de deducirlo obligatoriamente en ciertos casos (artículos 212, 222 y 225). La declaración de incapacidad se obtendrá en procedimiento sumarísimo, para locos y sordomudos en el que será oído el Consejo de familia y examinado el presunto incapaz que es parte y en su nombre el Ministerio fiscal o un defensor si aquél hubiese solicitado la incapacidad; la resolución dictada es revisable en juicio de mayor cuantía (artículos 216 y 219). La declaración de prodigalidad se obtendrá en juicio contradictorio, también de mayor cuantía (art. 221).

Delación de la tutela.— El art. 204 de nuestro Código dice que «la tutela se defiere: 1.º, por testamento; 2.º, por la ley, y 3.º, por el Consejo de familia».

La tutela testamentaria puede darse para menores y para mayores incapacitados (artículos 206 del Código civil español y 330 del Código civil italiano), confiriéndose la facultad de nombrar tutor y protutor al padre y a la madre no binuba, y tanto respecto a los hijos legítimos, como a los naturales reconocidos o ilegítimos a quienes tenga obligación de alimentar (art. 206 del Código civil español que difiere del 248 del Código civil italiano) Igual facultad corresponde a la madre binuba y a quien instituyó heredero a un menor o le dejó legado de importancia; mas en estos casos se requiere aprobación del Consejo de familia si se refiere a hijos del primer matrimonio, o la aceptación de la herencia o legado (ar-

títulos 206 y 207). Se admite el nombramiento de un tutor para cada hijo y la designación de varios con carácter de sustitutos unos de otros (artículo 208) y caso de coexistir varios tutores tendrá preferencia el designado por el padre o madre, y luego el que nombró quien instituyó heredero o legatario al menor a elección del Consejo de familia (art. 209).

Tutela legítima. A falta de tutor testamentario la ley llama al cargo de tutor a ciertas personas ligadas con el menor o incapaz por parentesco. Estas personas son: *a)* para *el menor emancipado*: 1.º, el abuelo paterno; 2.º, el abuelo materno; 3.º, las abuelas paterna y materna por el mismo orden mientras se conserven viudas; 4.º, el mayor de los hermanos de doble vínculo, y a falta de éstos, el mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos (art. 211); *b)* para *los locos, sordomudos y condenados a interdicción*: 1.º, El cónyuge no separado legalmente; 2.º, el padre y en su caso la madre; 3.º, los hijos; 4.º, los abuelos, y 5.º, los hermanos varones y las hermanas que no estuviesen casadas, con preferencia para los de doble vínculo (artículos 220 y 230), y *c)*, para *los pródigos*: 1.º, el padre y en su caso la madre; 2.º, los abuelos paterno y materno, y 3.º, el mayor de los hijos varones emancipados (art. 227).

Tutela dativa.—No habiendo tutor testamentario ni persona llamada por la ley a ejercer la tutela, corresponde al Consejo de familia la elección de tutor (art. 231).

§ 121.—*Organos y constitución de la tutela*

Brugi, *Ist.*, § 88; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 693 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 420-422; Zachariae, *Man.*, III, §§ 546-554; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 90-97, 104-108; Flaniol, *Traité*, I, números 1.770, 1.801, 1.836-1.875; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 434-436, 440.

El poder tutelar se distribuye según el sistema del Código entre tres órganos que lo ejercen con funciones coordinadas entre sí. Estos órganos son: el tutor, el protutor y el Consejo de familia, y si se trata de hijos ilegítimos, el Consejo de tutela. En la curatela hay solamente dos órganos: el curador y el Consejo de familia o de tutela.

El organismo tutelar se basa en la idea de que los poderes no deben atribuirse a una sola persona y de que tampoco deben atribuirse a uno solo todas las responsabilidades que en ocasiones son bastante graves; aquéllos y éstas deben distribuirse entre los distintos órganos, cada uno de los cuales ejerce una función distinta. Así a un órgano se atribuye la gestión patrimonial y el cuidado de la persona, así como los poderes anejos de representación y administración; a otro corresponde la vigilancia, el control y el poder de deliberar, decidir y autorizar; a un tercer órgano la facultad de interponerse entre tutor y tutelado cuando surja conflicto entre ellos, y la de suplir las funciones tutelares cuando la tutela se halle vacante. Sobre todos estos órganos está el Magistrado que de modo permanente y en funciones de Presidente del Consejo de familia y de tutela dirige la acción de estos órganos (pretor) o que tiene intervención ocasional para autorizar las decisiones más importantes (Tribunal), o que de modo independiente y con libre iniciativa cuida de que las leyes se observen e insta las providencias necesarias para la protección del incapaz (Ministerio fiscal).

Indicaremos brevemente los caracteres y las atribuciones de estos órganos, el modo de ser llamadas las personas investigadas con el poder tutelar; finalmente, las incapacidades, exclusiones y dispensas, merced a las cuales la ley asegura de una parte

la obligatoriedad de los oficios tutelares y evita de otra los peligros de contaminación de dichos oficios.

1. *Tutor*.—Es este el órgano *ejecutivo* del poder tutelar, el centro de la acción tutelar. Al decir ejecutivo no queremos significar que no tenga más atribuciones que las de ejecutar los acuerdos del Consejo de familia (o de tutela), pues aunque depende de estos órganos, posee facultades independientes de iniciativa y decisión; se quiere expresar con aquella palabra que al tutor corresponde solamente el actuar, mientras que al Consejo incumbe la facultad de deliberar y decidir. Como órgano de acción, ostenta el tutor la representación del incapaz (art. 277) y como representante realiza en nombre y en interés del representado los actos jurídicos que a éste afectan, administra su patrimonio, le representa en juicio y ejercita las acciones todas que competen al menor o interdictado. Es natural que esta sustitución del incapaz por el tutor no pueda tener lugar en todo caso; conforme a los principios generales de la representación, no se da tal sustitución relativamente a actos que ofrezcan un carácter marcadamente personal o que precisen, por exigirlo la ley, de una determinación y de una declaración de voluntad personales (testamento, matrimonio, reconocimiento de hijos, contrato de empleo, etc.). Todos los demás actos realizados por el tutor en nombre y en interés del incapaz valen como realizados por el propio interesado y son válidos como si éste fuese capaz a condición de que el tutor se mantenga siempre dentro de los límites legales y haya, en los casos en que procede, obtenido la autorización del Consejo de familia (art. 1.304). No habiendo guardado dichos límites o no habiendo observado las formalidades prescritas, son tales actos anulables (art. 1.303).

Esta representación alcanza, sobre todo en la esfera patrimonial, mucha importancia, porque al tutor se confía la gestión de todo el patrimonio; la realización no solamente de actos de administración, si que también (con las oportunas garantías, aprobaciones y autorizaciones) de actos de administración extraordinaria o dispositivos.

En cuanto a las relaciones personales y morales, el tutor

cuida de la persona y debe por ello—si se trata de menor—pro-veer a su educación e instrucción conformemente a la condición social del pupilo y adecuadamente a su posición económica, vigilar su conducta (art. 277), debiendo oír al Consejo de familia (siempre que no sea tutor el abuelo paterno o el materno) relativamente al lugar en que el menor ha de ser educado y a la educación que se le debe dar (art. 278), pudiendo recurrir a dicho Consejo y aun al propio Presidente del Tribunal para los acuerdos más graves que tengan por objeto reprimir la mala conducta del pupilo (art. 279) o la no prestación por éste del respeto y obediencia debidos al tutor (art. 280). Si se trata de interdictado por enfermedad mental, este cuidado personal es desenvuelto en su regulación de diverso modo, ya que precisan vigilancia, custodia, asistencia moral y médica y ello independientemente de la acción curativa y de custodia que puedan ejercitar (si está el interdicto internado en un manicomio) los empleados del establecimiento.

El oficio es individual, es decir, se halla constituido por una sola persona; la función tutelar no es delegable; el investido con ella debe ejercitarla personalmente (1); puede, sin embargo, cambiar de titular cuando el investido con esta función incurra en uno de los casos que dan lugar a la remoción o a la dispensa. El ejercicio de los poderes y obligaciones comienzan para el tutor apenas éste tenga noticia de su nombramiento (art. 281).

En cuanto al nombramiento, ya se vió que puede dimanar de la ley, del testamento o de decisión del Consejo de familia.

2. *Protutor*.—No debe creerse que el protutor—el nombre lo induciría tal vez a creerlo—sea un vicietutor, un sustituto que se subroga en el lugar del tutor cuando éste no pueda o no quiera ejercer su poder. Tampoco sería exacto afirmar, como hace algún autor, que el protutor tenga la misión de vigilar y de

(1) Sólo excepcionalmente, por la importancia y complejidad de la gestión patrimonial, por la necesidad de un auxilio técnico puede, el tutor asociar a sí a otras personas; para esto se requiere la autorización del Consejo de familia y no hay en tal caso una delegación de poderes, los cuales subsisten íntegros en el tutor, quien responde exclusivamente de la actuación de las personas que le auxilian.

controlar la administración del tutor; el Código no quiso deliberadamente atribuirle este carácter para no crear un peligroso antagonismo entre tutor y protutor. Su función en vía principa, es muy otra, porque sólo excepcionalmente en el caso de tutela vacante o abandonada es llamado a sustituir al tutor (art. 266) y sólo vigila a éste cuando al comenzar la tutela se deba proceder a la formación del inventario de bienes del tutelado (artículos 282 y 284) y cuando al terminar aquélla deba el tutor rendir cuentas (art. 307). Es un órgano *ejecutivo*, no deliberante y tan esencial como el tutor y no subsidiario (tanto, que no puede comenzar la gestión tutelar sin haber protutor, y cuando no lo haya, el tutor debe pedir su nombramiento sin demora, artículo 265). Corresponden al protutor las funciones: *a*), de intervenir en los casos en que haya conflicto de intereses entre tutor y pupilo, asumiendo la representación de éste y actuando en su nombre; *b*), de sustituir al tutor cuando la tutela se halle vacante o abandonada (art. 266). Representa también, pues, al menor o al interdicto y obra en nombre de éstos, pero su representación se limita a la relación en que ha surgido el conflicto, y si se trata de tutela vacante o abandonada, la representación es más limitada que la correspondiente al tutor, pues sólo puede realizar actos conservativos del patrimonio y de los de administración sólo aquellos que no toleren aplazamiento; le corresponde, en cambio, el deber de promover sin dilación alguna el nombramiento de un nuevo tutor (art. 266, párrafo 1.º).

Dependiente también como el tutor del Consejo de familia es, en cambio, independiente del tutor, y para mantener esta independencia la ley priva al tutor de voto en el Consejo de familia cuando se trata de nombramiento, dispensa o remoción del protutor y a éste también del mismo derecho cuando se trata de nombramiento, dispensa o remoción del tutor (art. 259). No responde, en cambio, a esta idea la norma del art. 267, según la cual, nombrado el nuevo tutor cesa el protutor en su oficio salvo la facultad del Consejo de familia de reelegirlo (art. 267).

También el cargo de protutor ofrece los caracteres antes indicados (individual, indelegable, susceptible de cambio en su

titular). En cuanto al nombramiento, se vió ya que la protutela sólo puede ser testamentaria o dativa, nunca legítima.

3. *Consejo de familia (o de tutela)* (1).—Es este el órgano deliberante del poder familiar, porque a él corresponde deliberar y decidir sobre las materias más trascendentales concernientes a la persona o los bienes del incapaz (artículos 291, 296, 297, 298 y 299), a su matrimonio (art. 65), a su emancipación (artículo 311), a su interdicción o inhabilitación (artículos 327 y 339), al nombramiento, remoción y dispensa del tutor y del protutor (artículos 245, 246, 265, 275, etc.), a la determinación de la caución tutelar, a la dispensa de dicha caución, a las demás garantías que aseguren la integridad del patrimonio (artículos 292, 293 y 294), etc. Como órgano deliberante y directivo está sobre el tutor y el protutor cuya actuación dirige y regula; es como un poder superior del que dependen los demás órganos individuales; la participación del Magistrado que lo preside (pretor) le presta aún mayor autoridad. Sus decisiones tienen unas veces el valor de autorizaciones previas, otras el de aprobaciones sucesivas; la autorización no puede ser dada en general, esto es, sin determinar de modo específico los actos para los cuales se otorga (porque de este modo disminuiría la función de control y se otorgaría al tutor un poder demasiado amplio); debe ser otorgada caso por caso de modo específico (art. 297). A veces tampoco es suficiente la autorización del Consejo, y para conseguir una más eficaz protección del pupilo se requiere que la autorización sea aprobada por el Tribunal; requieren dicha aprobación las autorizaciones que recaigan sobre actos de enajenación, de constitución de prenda o de hipoteca de bienes pertenecientes al incapaz, o sobre transacciones, compromisos, particiones en que esté interesado el incapaz y las autorizaciones para contraer mutuos pasivos en nombre del incapaz (artículos 276, 292, 293, 299 y 301).

Este Consejo es órgano *permanente*, ya que funciona mientras dura la tutela; en esto se distingue de los Consejos extratu-

(1) Véase Gatti, *Le disposizioni nei consigli di famiglia e di tutela*, 2.^a ed., Milán, 1903; Michel, *Conseils de famille*, París, 1891.

telares que se constituyen en casos especiales, coexistiendo con la patria potestad (como, por ejemplo, para decidir sobre las condiciones impuestas a la viuda en orden a la educación de los hijos y a la administración de sus bienes, art. 235 y en el caso de la viuda que contrae segundas nupcias, art. 237), que se disuelven una vez ejercida la función para que se crearon. Se constituye, pues, dicho Consejo normal, para todo el tiempo que dura la tutela y funciona en la pretura, donde tiene la sede principal de sus negocios el tutelado, y excepcionalmente y previa la autorización del Tribunal, en el distrito en que resida el tutor. El pretor provee a su constitución, y para garantizarla se impone al tutor testamentario o legítimo, a los parientes que por ley integran el Consejo, al Oficial del estado civil que reciba una declaración de defunción, el deber de poner en conocimiento del pretor el hecho que da lugar a la tutela (art. 250).

Para garantizar su normal funcionamiento se otorga al tutor, al protutor, a los miembros del Consejo y a quienes tengan interés legítimo, el derecho de promover su convocatoria (art. 257), correspondiendo al pretor el derecho de convocar el Consejo de oficio, y al Ministerio fiscal el de ordenar dicha convocatoria (artículo 257, párrafos 2.º y 3.º).

Finalmente es un órgano *colegiado* y fué justamente definido como Tribunal doméstico. La ley establece su composición de un modo riguroso, distinguiendo dos clases de consejos: el de *familia*, para los hijos legítimos; el de *tutela*, para los nacidos fuera del matrimonio. Pero salvo en lo relativo a la estructuración, las normas son comunes a ambos (art. 261, párrafo 1.º).

El Consejo de familia se compone de siete miembros: el pretor que lo constituye y preside, cuatro vocales, el tutor y el protutor. Los vocales son designados por la ley, que determina por razón del parentesco, quiénes deben ser llamados a formar parte del Consejo como vocales (*vocales de derecho*), fijando también el orden de preferencia; sólo en defecto de las personas que carezcan del vínculo parental previsto en la ley, se acudirá a otros de libre elección del pretor. Son vocales de derecho (artículo

lo 252) (1): en primer lugar, los ascendientes del incapaz; en segundo, las hermanas y hermanos germanos, y en tercero, los tíos y las tías (2), advirtiendo que no se pasa al orden sucesivo sino cuando está agotado el anterior (3); concurriendo parientes del mismo grado y orden, son preferidos los de más edad (artículo 252, párrafo 1.º). Cuando estos parientes falten o sean insuficientes, el pretor designa para vocales del Consejo a otras personas, eligiéndolas en cuanto sea posible y conveniente, entre los parientes próximos y los afines, y si tampoco los hubiere, entre las personas que mantuvieron relaciones habituales de amistad con el padre (art. 253). El tutor y el protutor forman parte del Consejo (en el caso de curatela, el curador también forma parte del Consejo) (art. 251), siendo incompatibles la condición de tutor o protutor con la de vocal (art. 255). Todos tienen la obligación de intervenir personalmente en sus reuniones (artículo 255), salvo causas especiales de dispensa del oficio de vocal (artículo 254); la ausencia prolongada e injustificada, se castiga con multas (art. 255, párrafo 1.º). Tiene derecho de asistencia al Consejo, el tutelado, con tal, si es menor, de que tenga diez y seis años; no tiene voto decisivo sin embargo (art. 251, párrafo 2.º). Constituido el Consejo y transcurridos seis meses desde su primera convocatoria, no estará ya su constitución sujeta a impugnación y las decisiones por el Consejo tomadas, serán inatacables (art. 256).

El Consejo de tutela se estructura de modo diverso en lo con-

(1) Adviértase que el art. 252 habla de ascendientes *varones*, de hermanos *germanos*, de *tíos*, pero la exclusión de la mujer (resultante de este artículo) de los oficios tutelares quedó abolida por la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176, que modificó el art. 252 en el sentido indicado.

(2) La palabra tío se usa aquí en sentido genérico; comprende también los tíos o tías del padre o de la madre.

(3) Es errónea la opinión expuesta por Pacifici *Ist.*, VII, pág. 708, de que los parientes próximos de un orden son excluidos por los parientes más próximos de otro orden, que, por ejemplo, habiendo hermanos germanos éstos excluyen como más próximos a los bisabuelos. Mientras en el orden precedente haya personas idóneas para desempeñar el oficio, son éstas las que lo asumen. Por tanto, la opinión anterior es inexacta.

cerniente a sus vocales, pues faltando, como faltan en el caso de hijos reconocidos, relaciones de parentesco con otras personas, solamente se puede recurrir a las que tuvieron amistad con el padre o padres, eligiendo el pretor de entre ellas, cuatro que serán los vocales. Si se trata de hijos no reconocidos y no declarados, como, ni siquiera a las relaciones de amistad puede recurrirse, no queda otro medio que el consistente en la libre elección por el pretor, quien eligirá de entre los consejeros municipales u otras personas probas, reduciéndose en tal hipótesis, a dos el número de vocales (art. 261). Este Consejo es también presidido por el pretor e integrado por el tutor y el protutor. Excepcionalmente, cuando el menor se halle aislado en un hospicio, la administración de éste oficiará de Consejo de tutela, sin que precise la intervención ni la presencia del pretor (art. 262).

Incapacidad, exclusión, dispensa.—Dado el principio de obligatoriedad de los oficios tutelares, la ley precisaba tener en cuenta algunas causas legítimas que justificasen la exención de esta obligación. De aquí el sistema de las *excusationes*, conocido ya del Derecho romano, con el que se relaciona la dispensa de nuestro Derecho (artículos 272-276).

Por otra parte, el propio interés del incapaz y la pureza del oficio, exigían la exclusión de las personas incapaces o de las que por causas distintas, como la condena criminal, la conducta dudosa, la infidelidad, la ineptitud para administrar, no ofreciesen suficiente garantía, de que habrían de proteger bien los intereses morales y materiales del tutelado. De aquí las causas de *incapacidad*, de *exclusión* y de *remoción* (artículos 268-271).

a) *Dispensa.*—Al hablar de dispensa, la ley se limita a los oficios de tutor y protutor, omitiendo el de vocal del Consejo, y se limita a aquéllos, por ser los más gravosos e implicar una actividad concreta; la función del miembro del Consejo no requiere el desenvolvimiento de una actividad especial, ni impone cargas tan onerosas como las que recaen sobre los dos órganos ejecutivos (sin embargo el pretor, por razón de la distancia o por concurrencia de otras causas puede dispensar del oficio de vocal, artículo 254). Los altos dignatarios del Estado y las personas

cuya atención es absorbida por oficios públicos u otras misiones graves, las de edad muy avanzada o los padres de prole numerosa, no deben ser gravados con este oficio. El sistema seguido por el Código se basa en la distinción de dispensa de derecho y dispensa impetrada y concedida. Hay personas que están dispensadas de pleno derecho y otras que deben hacer valer (mediante demanda al Consejo) la causa de exención.

Están *dispensados de derecho* de los oficios de tutor y de protutor: los Príncipes de la Familia real (a no ser que se trate de otros Príncipes de la misma Familia), los Presidentes de ambas Cámaras, los Ministros, los Presidentes del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas, de las Cortes judiciales, los Jefes del Ministerio fiscal, los Secretarios y Directores generales de la Administración central, los Jefes de la Administración provincial (artículo 272).

Tienen *facultad de pedir dispensa* de dichos oficios (la demanda o solicitud es resuelta por el Consejo de familia, art. 275): las mujeres, los que tengan más de sesenta y cinco años, los afectos de enfermedad grave o crónica, el padre de cinco hijos vivos, quien se halla investido de otra tutela, los militares en activo servicio, los que desempeñen misiones fuera del reino o residan por razones de servicio fuera del territorio del Tribunal en donde la tutela esté constituida (art. 273), y quien, sin ser pariente o afín, desempeñe el oficio, habiendo un pariente o afín capaz y no legítimamente dispensado (art. 274).

b) *Incapacidades, exclusión y remoción.*—Las normas que aquí se dan se refieren a los oficios de tutor, de protutor y de vocal del Consejo. La ley distingue la *incapacidad* de la *exclusión* por no haber querido agrupar en una misma categoría las personas que sin culpa carecen de las cualidades necesarias para ejercer las funciones tutelares y aquéllas que por motivos deshonorables son reputadas indignas de desempeñar misión tan elevada. Distingue también la ley la incapacidad y la exclusión de la *remoción*, previendo en esta última el caso de oficio ya asumido, que el investido debe dimitir.

Son por tanto *incapaces*, los que no tengan la libre adminis-

ción de su patrimonio, quienes mantengan o hayan de mantener o cuyo padre, madre, descendientes o cónyuge, mantengan o hayan de mantener con el incapaz litigio sobre el estado civil de éste o sobre una cantidad considerable de sus bienes (artículo 268) (1).

Están *excluidos* como indignos: los condenados a pena criminal, los condenados a la pena de cárcel (2) por hurto, fraude, falsedad o delito contra las buenas costumbres, las personas de mala conducta notoria, las notoriamente incapaces de administrar, las de probada infidelidad o negligencia, las culpables de abusos de autoridad en el ejercicio de la tutela, los quebrados no rehabilitados (artículos 266 y 270).

Deben ser *removidos* si hubieren asumido ya el oficio, los que sean incapaces o estén excluidos (artículos 269 y 271). Así, pues el tutor que no hubiere prestado fianza o no hubiere sido debidamente dispensado de prestarla (art. 292), el tutor o el protutor que no inscriban la hipoteca legal en favor del incapaz (artículo 1.984), el tutor o protutor que no formen el inventario en el tiempo y modo legales (art. 288), el tutor que no pida el nombramiento del protutor (art. 265), el tutor que no haga constar en el inventario sus débitos en favor del menor (art. 286) (3).

(1) El art. 268, núm. 1, indicaba en primer lugar las mujeres; pero la incapacidad de éstas ha cesado por efecto de la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176.

(2) Vieja terminología del Código penal anterior (véanse artículos 20 y 26 del Real decreto de 1.º de Diciembre de 1889, núm. 6.509).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Admitido por nuestro Código el sistema de tutela de familia, la función tutelar está atribuida a una Asamblea deliberante (Consejo de familia), a un órgano ejecutivo (Tutor) y a otro fiscalizador (Protutor). En segundo plano, con funcionea inspectoras, actúa la autoridad judicial

El *Tutor* es el órgano más importante de la tutela, pues aun cuando los otros dos han de concurrir necesariamente a su funcionamiento se duda fundamentalmente de su eficacia. Le están atribuidas funciones de representación del menor y debe atender al cuidado de su persona y bienes, recabando las oportunas autorizaciones del Consejo de familia, actuando siempre bajo la vigilancia del protutor. El tutor ha de ser único y el cargo es retribuido. En orden a la persona del menor, ha de alimentarlo y educarlo (art. 264), puede corregirlo con autorización del Consejo de familia, de quien también ha de obtenerla para dar al menor una carrera u oficio (art. 269). Si se tratara de un loco, demente, o sordomudo, ha de procurar el restablecimiento de su salud pudiendo recabar

del Consejo de familia autorización para recluirlo en un establecimiento adecuado (artículos 264 y 269). En todo caso, le corresponde la representación del menor o incapaz en los actos que éste no pueda ejercitar por sí mismo (art. 262).

El *Protutor*, órgano desconocido en las legislaciones que siguen el sistema de tutela de autoridad, carece de precedentes en nuestra legislación; su intervención es necesaria (art. 234) y es cargo gratuito que no se difiere en ningún caso por la ley (art. 233). Las funciones que preferentemente le están encomendadas son de fiscalización y vigilancia, teniendo que intervenir en la formación del inventario, constitución de fianza, rendición de cuentas del tutor, en los pagos que se hagan a éste de ciertos créditos y de los que tenga contra el tutelado, debiendo llamar la atención del Consejo de familia sobre la gestión del tutor si la estima perjudicial a los intereses del menor, a quien representará en los conflictos de intereses con los de su tutor (artículos 236, 279, 280 y 275).

El *Consejo de familia*: Asamblea deliberante a quien le están atribuidos los más importantes acuerdos sobre la persona y bienes del menor. Carece de precedentes—tal como el Código lo entiende—en la legislación patria y está tomado de la francesa. Su diferencia con el Consejo de familia italiano está en que la autoridad judicial (Juez municipal) no lo preside más que en su constitución, encargándose luego de la presidencia el Vocal que los designados para integrarlo elijan. También se diferencian ambas legislaciones en que en el Consejo de familia se da en nuestro Derecho para los hijos naturales reconocidos. Se distinguen el Consejo de familia testamentario del legítimo, del dativo y del mixto, según la forma de delación. Lo integran los parientes o personas que el padre o madre indicó en su testamento, y a falta de ellas, para los hijos legítimos los parientes más próximos de ambas líneas (art. 294). Si se trata de hijos naturales reconocidos, sólo serán de la línea del padre que reconoció. Si fuese el de un hijo ilegítimo, lo preside el Fiscal municipal e intervienen cuatro vecinos honrados, y si se refiriera a acogido en un establecimiento benéfico, está constituido por la Administración del establecimiento (artículos 302 y 303).

El número de miembros es cinco y lo preside el que éstos determinen, que tendrá las atribuciones que le señala el Código (art. 334). A las reuniones del Consejo de familia deberán concurrir si fueran llamados el tutor y el protutor o si hubieren instado la reunión, y podrá acudir el menor si tiene más de catorce años. Las funciones que le están atribuidas son las más importantes en cuanto a la persona del pupilo (artículos 46, 322) en orden a sus bienes (artículos 269 y 272) y respecto al nombramiento, excusas, incapacidad y remoción del tutor y protutor y rendición de cuentas, etc. (artículos 231, 233, 239 y siguientes, y 279, etcétera).

La función pública atribuida a cuantos integran el organismo tutelar (tutor, protutor, vocales del Consejo de familia), determina la existencia de incapacidades (art. 237) y causas de remoción (art. 238). Así como determinadas circunstancias personales pueden servir de excusa (artículo 244) de la obligación legal de intervenir en las instituciones de guardaduría.