

Notas sobre la institución tutelar

1. INTRODUCCION

Conforme al artículo 199 de nuestro Código civil, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que no estando bajo patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismos. La tutela (del verbo latino *tuor*, defender, proteger, cuidar) aparece concebida como un sistema de defensa de aquellas personas que por razón de una capacidad defectuosa no pueden gobernarse por sí mismas. Aparece, además, en este artículo 199 del Código civil, como un sistema de carácter supletorio, que sólo entra en funcionamiento en defecto del poder familiar tuitivo por excelencia, esto es, de la patria potestad.

La tutela viene definida doctrinalmente como una «institución»: la institución tutelar. Una institución es, según sabemos, una estructura jurídica básica. Como ha dicho DERNBURG, son instituciones las formas básicas del vivir social. No se puede poner en duda el carácter institucional de la tutela. No obstante, explica bien poco su naturaleza jurídica. Instituciones son también el dominio, el proceso, el contrato, la familia.

Desde un punto de vista puramente técnico, la tutela se presenta, ante todo, como una *situación jurídica*, es decir, un fenómeno jurídico de carácter estable, duradero. En esta situación jurídica, a unas determinadas personas se les confía un cometido de guarda y protección, y a otra o a otras se las coloca bajo esta guarda y bajo esta protección. De esta situación, de este modo de estar en la vida social—proteger, ser protegido—, derivan unas especiales *relaciones jurídicas*, que ligan a la persona tutelada con los encargados de su defensa—relación jurídica de tutela— y a estas personas entre sí.

Todo el contenido (poderes y deberes) de esta situación jurídica está dirigido a la realización de esta finalidad tuitiva y protectora, es decir, se dan no en interés de sus mismos titulares, sino en interés del prote-

gido y, en definitiva, en interés de la sociedad. Esto significa que los poderes conferidos a los componentes de la institución tutelar no son derechos subjetivos, sino *potestades*, es decir, medios instrumentales para la realización de una *función*. La tutela es, pues, una función y los encargados de ella «funcionarios». En el Código civil se habla a veces de «funciones» (cfr. 205) y en general se considera la tutela como un *cargo* (cfr. 202, 208, 243, 245, 252, 279, etc.).

La tutela es, además, una situación artificial. Frente a otras situaciones jurídicas, en que el ordenamiento se limita a regular fenómenos que se producen espontáneamente en el vivir social o en el acontecer social, aquí se enfrenta no con algo que sea un fenómeno social espontáneo, sino con algo que aparece ordenado, estructurado, fabricado por el Derecho. De aquí que la tutela se *organice*. Una organización existe cuando una serie de elementos materiales y personales se disponen para la consecución de un fin. Por esto también, porque la tutela presupone una organización para la realización de la función tuitiva, el conjunto de los elementos personales, debidamente trabado y dispuesto, puede llamarse *organismo*. Hay, pues, un organismo tutelar. Además, la estructuración de una serie de elementos personales para la realización de una función exige también una distribución de cometidos, una delimitación de competencias. La persona o grupo de personas con un cometido determinado dentro de un organismo puede llamarse *órgano*. La tutela tiene, pues, sus órganos: el tutor, el protutor, el Consejo de Familia (presidente, vocales) y la Autoridad Judicial.

Un problema conexo con el anterior, aunque de un gran interés técnico, consiste en determinar si la tutela es o no una institución familiar. Entre nosotros es tradicional atribuirle este carácter y estudiarla dentro del Derecho de familia, como última parte del mismo. Sin embargo, se ha observado justamente que la tutela no supone por sí misma un lazo o vínculo de carácter familiar. Puede ocurrir que entre el pupilo y los componentes del organismo familiar preexista una relación de parentesco. Pero preexista o no, la tutela no implica lazo familiar. Un indicio para pensar en un especial parentesco podría proporcionarlo el número 3.º del artículo 45 del Código civil, en cuanto establece un impedimento para contraer matrimonio. Pero aun así conviene tener en cuenta: que el impedimento matrimonial se establece con una sola de las personas del organismo tutelar, el tutor, y que no tiene carácter absoluto, sino temporal, hasta la aprobación de cuentas. Además, el padre puede autorizar el matrimonio, cosa que no cabría si el impedimento estuviera fundado en un lazo de parentesco.

Por ello hoy se propende a considerar a la tutela como una «institu-

ción cuasifamiliar» (CASTÁN) o como una «institución pupilar» (CAVAGNARI). Acentuando todavía más esta dirección, se ha pretendido que la tutela es en rigor una institución extraña al Derecho de familia. Debe estudiarse en el Derecho de la persona. El Derecho de la persona, al estudiar el estado y condición de ésta, se dice, debe analizar también los sistemas de protección de la persona incapaz o defectuosamente capaz. Del mismo modo que la defensa o la representación de un ausente, aunque encomendada a los parientes e inspirada en razones familiares, no es tema de Derecho de familia, sino de Derecho de la persona, lo mismo ocurre con la tutela.

2. HISTORIA DE LA TUTELA

En el Derecho romano están sometidos a tutela los impúberes *sui juris* (tutela *impuberum*) y las mujeres *sui juris* (tutela *mulierum*), cualquiera que fuese su edad. En el Derecho justiniano subsiste tan sólo la primera de estas formas de tutela. La institución tutelar sufre, a lo largo de toda la evolución histórica del Derecho romano, una radical transformación. Pasando de la edad arcaica a la época histórica y partiendo de concepciones remotas extrañas a nuestra conciencia, acaba por asumir la configuración que presenta en las modernas legislaciones.

Tradicionalmente se distinguen tres especies de tutela (testamentaria, legítima y dativa), según que el tutor sea nombrado por el disponente, por la ley o por el magistrado. En el Derecho antiguo no se trata de especies diversas de una misma institución o de diversos títulos de llamamiento, sino de instituciones distintas, cada una de las cuales tiene su propia función y su propio régimen. La evolución histórica, determinada por la legislación y por la práctica, haciendo desaparecer poco a poco las concepciones arcaicas, se va orientando hacia una progresiva unificación bajo el criterio de la protección; esto implica una marca de diferenciación entre la tutela *impuberum* y la tutela *mulierum*, a medida que, respecto a la mujer, la función protectora era difícilmente justificable en la conciencia social.

Las fases de este proceso de unificación pueden ser discutibles, pero la orientación es segura. Originariamente, la tutela no sólo de las mujeres, sino también de los impúberes, está ocasionada por el estado de incapacidad de la persona sometida, pero no tiene como función protegerla. Durante casi toda la época republicana se conocen sólo la tutela testamentaria y la legítima, y ambas, como han puesto de relieve BONFANTE y SOLAZZI, se muestran en estrecha conexión con la herencia: presu-

ponen la muerte del *pater familias* y se defieren del mismo modo como se defiere la herencia. Esta conexión entre tutela y herencia es interpretada de un modo muy distinto por los romanistas, llegando algunos a identificar heredero y tutor. La potestad sobre los impúberes y las mujeres, dice IGLESIAS, no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar. La «familia *communi jure*» no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. El tutor es, por ello, el *heres* designado en el testamento, y sólo a falta de tal designación asume la tutela el *proximus agnatus*. El *heres* ejerce la tutela porque sólo él tiene poderes familiares.

La tutela no tiene entonces una función de protección de las personas, sino de cuidado del patrimonio en interés de la familia. Las *XII Tablas* atribuyen al *pater familias* la facultad de disponer por testamento acerca del cuidado de sus cosas (tutela *rei suae*). *Uti legassit super pecunia tutelae suae rei ita ius esto*. Con ello se autoriza al disponente para proveer a la tutela de las *res suae*, o sea, según la interpretación dada por la jurisprudencia, para nombrar un tutor a la *res sua* cuando ésta, por disposición testamentaria, era asignada a un *filius* que a la muerte del padre era todavía «impúber». Esta facultad emana de la patria potestad y se conecta con la atribución de la herencia. Por tanto, ni es posible nombrar un tutor al heredero extraño ni nombrárselo al *filius* cuando no se le asigna nada en la herencia. De ahí la regla que todavía recuerda PAULO, conforme a la cual, *tutor separatum pecunia dari non potest*. La tutela tiene como función defender el patrimonio familiar, más que proteger la persona del *filius*.

Una función análoga tiene la tutela legítima; a falta de tutor testamentario, la tutela corresponde al *agnatus proximus*, que es precisamente la misma persona que sucedería al «impúber» si éste muriera en la impubertad.

Faltando tutor testamentario y legítimo, durante la época antigua el «impúber» permanece sin tutor, porque en tal caso la tutela no tiene razón de ser.

La tutela antigua no tiene función protectora. El tutor puede renunciar (*abdicated tutela*, SOLAZZI), puede ceder *in iure* su potestad a otro, y según algunos autores (PEROZZI) no se excluye que el tutor sea un «impúber».

Esta concepción arcaica se supera para dar paso a la función protectora, que, según GAYO, es una exigencia universal. Cuando esta concepción madura en la conciencia social y se considera intolerable que el «impúber» no tenga tutor, la *Lex Atilia*, del siglo II a. de C., impone al pretor el nombramiento de tutor (tutor *atillanus* o *dativo*). La *Lex Julia*

et Titia impone la obligación de hacer otro tanto en las provincias a los respectivos gobernadores. Estas disposiciones marcan ya una nueva orientación en la disciplina de la tutela, la cual pierde su primitivo carácter para asumir decididamente una función protectora; no es ya un derecho o una potestad, sino un deber, en interés del pupilo, y de contenido no exclusivamente patrimonial, de ahí el principio *tutor datur personae*.

De la tutela poseemos una definición de SERVIO, jurista del tiempo de CICERÓN, la cual, según la referencia de PAULO, decía: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permisa* (D. 26, 1, 1 pr.). No es fácil determinar en esta definición la parte que proviene de SERVIO, de PAULO o de JUSTINIANO. Generalmente se considera que la definición genuina debía mencionar también la tutela de las mujeres, en pleno vigor en tiempos de SERVIO y de PAULO, pero superada ya por JUSTINIANO; mas no se puede excluir que el jurista presentase una definición de la tutela *impuberum*, considerada la diversidad de régimen y de función de ambas tutelas. En la definición se nota, como señala BIONDI, una cierta estratificación de conceptos: uno más arcaico, y otro, más reciente. La tutela se define, ante todo, como *vis ac potestas*, y en el paso paralelo de las instituciones se habla de *ius ac potestas*. La tutela, como dice KÜBLER, es, ante todo, potestad, una *vormundschaftliche Gewalt*. Esta enunciación se corresponde exactamente con la concepción en que la tutela, del mismo modo que la patria potestad, no es otra cosa que un poder y el tutor no tiene más que derechos. En la segunda parte de la definición, en cambio, se evidencia el sentido protector de la tutela, en cuanto que el poder se concede *ad tuendum*, por lo que algunos autores consideran este párrafo interpolado.

Lo que es, sin duda, cierto es que al final de la evolución histórica del Derecho romano ha triunfado plenamente el sentido protector de la tutela, y ésta es atraída a la órbita del *ius publicum*, y el *subvenire pupillus* se considera como *cura publica*.

La actividad del tutor se realiza a través de la *auctoritatis interpositio* y de la *gestio*. Con la primera, el tutor integra o completa la capacidad imperfecta del «impúber», quien puede, de este modo, realizar actos jurídicos siempre que sea *infantia maior*. La *gestio* es idéntica a la que cualquiera puede realizar en interés de otro.

Junto a la tutela existe, en el Derecho romano, la curatela. Sus formas más antiguas son la *cura furiosi* y la *cura prodigi*. Las *XII Tablas* encomiendan la curatela del *furiosus*, siempre que carezca de *paterfamilias* y de tutor—*si custos non escit*—, a los agnados y a los gentiles. A falta del curador legal o en el caso de que éste sea inepto se provee, en la

época clásica, a su nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe; pero si a un loco le daba su padre curador en el testamento, el pretor podía confirmarlo. En el Derecho justiniano, según AUDIBERT, sólo subsisten la curatela testamentaria, en el sentido antes dicho, y la curatela dativa. El curador cuida de la persona del *furiosus* y, a la vez, administra un patrimonio. Su función a este respecto es la de un gestor y no ya la de interponer aquella *auctoritas* que es característica de la tutela.

Semejante es la *cura prodigi*, que se remonta también a las *XII Tablas*. Recae sobre los pródigos, a quienes se declaraba incapacitados para disponer libremente de su patrimonio—*interdictio*—y se encomienda a los agnados o a los gentiles y, en su defecto, a persona designada por el magistrado, quien puede tener también en cuenta la indicación hecha en el testamento.

La *cura minorum* tiene su origen en la *Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* (191 a. de C.). Dada la inexperiencia de los jóvenes, que alcanzan la plena capacidad a los catorce años, estableció tal ley una serie de sanciones contra los que engañaban en los negocios a los mayores de esa edad y menores de veinticinco años. Aunque no se sabe si fue la propia ley la que instauró el curador o bien si la creación de éste se debió al pretor, es lo cierto que se acostumbró a requerir la asistencia de un tercero que garantizare moralmente a la otra parte contra la eventual impugnación del negocio. A la protección legal se sumó luego la del Derecho honorario. El pretor concedió al menor una *exceptio legis Plaetoria* para el caso de que la parte contraria exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio. Si éste hubiere sido llevado a ejecución y siempre que del mismo derivara para el menor algún daño o desventaja, incluso sin mediar engaño intencionado, el pretor otorgaba una *in integrum restitutio propter aetatem*. El *curator* era solicitado voluntariamente por el menor y para un negocio concreto y determinado. Tan sólo en el proceso podía exigir la parte contraria que se hiciera el nombramiento del mismo. A partir de Marco Aurelio se instaura, según parece, la figura del curador estable, que viene así a sustituir al designado para cada negocio; pero, con todo, se mantiene firme, a lo largo de la época clásica, la idea de que el menor tiene plena capacidad de obrar, considerándose al *curator* como un gestor voluntario. En la época posclásica, bajo la influencia de las costumbres del Oriente helénico, que no distinguían entre impubertad y minoría de edad, se tiende a valorar la función del *curator*, a la vez que se le otorga carácter de permanencia. Así, en el Derecho justiniano, el *curator* es un administrador estable y el menor ha de contar con él en todo caso. Cuando no es el curator quien concluye por sí mis-

mo los negocios, interpone su *auctoritas*. Se aproximan con ello curatela y tutela.

Por otra parte, la curatela no es sólo una institución del Derecho familiar. Hay muchas manifestaciones de *curatores* administrativos (*viarium, aquarium*) o civiles (*ventris, bonorum, absentis, hereditatis iacentis*, etc.).

El Derecho germánico siguió una evolución hasta cierto punto distinta. La época más antigua desarrolló ya una tutela para aquellas personas que sin estar sometidas a la potestad (*Munt*) marital o paterna no eran capaces de autodeterminación. Por tanto, estaban sujetos a tutela los menores de edad sin padre, los ancianos, las mujeres no casadas, los enfermos físicamente y los enfermos mentales. La mayor significación correspondió, en la época antigua, a la tutela por razón de edad (*Altersvormundschaft*) y a la tutela por razón del sexo (*Geschlechtsvormundschaft*).

Portadora de la tutela era la *Sippe*, que podía ejercer dicha tutela en mano común. Sin embargo, ya desde los primeros tiempos, la *Sippe* solía transmitir el ejercicio de la tutela a uno de sus miembros, que la desempeñaba como fiduciario (*Treuhänder*) de la propia *Sippe*. Por regla general, el pupilo permanecía en la comunidad doméstica del *Theuhänder* y quedaba sometido a su potestad. La tutela se encargaba al pariente más próximo del pupilo, entre los llamados parientes de espada (el abuelo, el tío, etc.). Sin embargo, en algunos casos, la madre legítima u otros parientes femeninos eran nombrados por la *Sippe* como tutores de los hijos después de la muerte del padre.

Cuanto más se debilitaba la unión de la *Sippe*, tanto más fuerte se destacaba la pretensión de los parientes de espada más próximos de asumir la tutela de quien estaba necesitado de asistencia. El pariente de espada era, pues, un tutor nato, un *geborener Vormund*. La antigua tutela común de la *Sippe* fue sustituida por una tutela individual. Con ello, la *Sippe* quedó limitada a una simple vigilancia ejercida sobre el tutor. Su actividad se transformó en supertutela, que todavía en la Edad Media se manifestaba vigorosamente en materia de matrimonio de los pupillos, administración del patrimonio de éstos e incluso en el supuesto de sustitución de un tutor no idóneo.

El contenido del poder tutelar de la *Sippe* era protección y autoridad (*Schutz und Macht*). La *Sippe* debía proteger a sus miembros frente a los ataques del exterior, ayudándoles cuando fuese necesario. La *Sippe* tenía incluso una potestad punitiva y coactiva (por ejemplo, matrimonio forzoso, etc.).

Además, cuando el tutor fortalece su posición ejercita sobre el pupilo un poder doméstico (*Munt*). El tutor tomaba bajo su *Gewere* el patrimonio del pupilo, teniendo sobre él la administración y la disposición de los bienes muebles; respecto de los inmuebles, el pupilo puede revocar los actos de disposición una vez emancipado. El patrimonio del pupilo —se dice—no debe aumentar ni disminuir: *Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden*. Los provechos del patrimonio son para el tutor. Este restituye el patrimonio.

Esta consideración de la tutela experimentó importantes transformaciones a partir del siglo XIII. Son producto, en primer lugar, de la relajación y debilitación de la unión de la *Sippe* y de la debilitación del parentesco, sobre todo en las agrupaciones urbanas, y, además, de un aumento del poder de las organizaciones políticas. El rey se declara «señor protector» de las viudas y de los huérfanos; el prestarles una asistencia general se reconoce como misión del Estado. Los Consejos de las ciudades tomaron sobre sí la supervisión de los tutores, dictaron ordenanzas sobre la tutela e instituyeron autoridades tutelares independientes, a las que se encomendó la vigilancia de las tutelas. Se llega así a una supertutela de autoridad (nombramiento del tutor, incluso de oficio, examen de la capacidad y elección del tutor nato, remoción, etc.).

La época moderna ha mantenido el carácter de tutela funcional o tutela de oficio que la institución tutelar había recibido en la Edad Media. El tutor ejerce su cargo, en general, bajo la dirección y vigilancia de un Tribunal de Tutelas.

Junto a la tutela, los Derechos germánicos desarrollaron la curatela (*Pflegschaft*). Al curador se le encomendaba el cuidado de determinados asuntos concretos, que estaban sustraídos al titular de la patria potestad o de la tutela. Al lado de ello se admite también la curatela de los ausentes, *nascituri*, enfermos e incapacitados.

3. DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

En nuestro Derecho histórico se observa en esta materia una clara diferencia entre los textos legislativos de abolengo germánico (fueros municipales) y los de carácter romano o romanizado. En los primeros se establece únicamente un principio de guarda respecto a los huérfanos menores de edad (tutela de menores), pero no existen, en cambio, antecedentes de la tutela *mulierum* ni de la curatela. Por otra parte, el llamamiento a la tutela es siempre legal (llamamiento a los más próximos parientes o parientes propincuos), y sólo en defecto de éstos se defiende la tutela por la autoridad judicial.

Así aparece claramente en cuatro leyes del título III del libro IV del *Fuero Juzgo*, que tratan de los huérfanos y de los que los defienden. La tutela de los huérfanos («mandamos—dice el *Fuero*—que los hijos que son sin padre e sin madre fasta quince años sean llamados huérfanos») se encomienda a los hermanos, siempre que sean mayores de veinte años. Estos deben «tener los otros hermanos e las sus cosas en guarda e non las dejan enajenar, ni perder a ellos ni a otro». A falta de hermanos de tal edad y discreción para tener a los demás hermanos en guarda, la ley llama al tío y al hijo del tío, y a falta de éstos, el juez a alguno de los otros parientes.

En el *Fuero Viejo* se acentúan estas notas. Cuando un hombre o una mujer mueren—dice la ley 1.^a del título IV del libro V—y deja hijos chicos que sean de edad, deben tomarlos los parientes más propincuos a ellos. Cuando los parientes cercanos no existen o no son idóneos, «la justicia débelos dar a quien guarde a ellos i a suos bienes».

El tema se repite en el *Fuero Real*: «Si algunos huérfanos que sean sin edad fincaren sin padre o sin madre, los parientes más propincuos que hay en edad o sean para ello resciban a ellos e a todos sus bienes delante el alcalde e delante homes buenos por escripto e guárdenlos fasta que los huérfanos vengan a edad.

Si no hubieren parientes que sean para ello, el alcalde delos a guardar con todos sus bienes a algún home bueno e téngalos como es sobre-dicho.»

Las Leyes de Partidas introducen el sistema romanizado: se admiten la tutela y la curatela, y dentro de la primera, tres especies distintas: testamentaria, legítima y dativa.

La tutela es, ante todo, guarda de los «impúberes», de su persona y de sus bienes (P. 6, 16, 2): «Tutela en latín tanto quiere decir como guarda en romance, que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorce años e a la huérfana menor de doce; e esta guarda se otorga sobre las cabezas de los menores, maguer no quieran e non lo demanden ellos. El guardador, además, debe ser dado para guardar la persona del mozo e sus bienes e non debe ser puesto por una cosa o un pleito señalado tan solamente.»

Se distinguen, decía, las tres clases de tutela: 1.^a Cuando el *padre* establece guardador a su hijo en testamento, al que llaman en latín tutor *testamentarius*. 2.^a Cuando el padre no deja guardador al hijo en su testamento y tiene parientes, entonces las leyes otorgan que sea guardador del huérfano el pariente más cercano, y a éste se le llama tutor *legitimus*. 3.^a La tercera manera es cuando el padre no deja guardador a su hijo ni tiene pariente, o si lo tiene, es embargado, de manera que no lo puede

o no lo quiere guardar; entonces el juez de aquel lugar le da por guardador algún hombre bueno y leal, y a éste le dicen en latín tutor *dativus*, es decir, guardador dado por albedrío del juez.

La tutela la desempeña únicamente el tutor bajo la vigilancia del juez. Los frenos del tutor son fundamentalmente las sanciones (responsabilidad, remociones, acciones contra el tutor sospechoso, etc.).

Junto a la tutela subsiste la curatela. «Curadores—dice la Ley 13—son llamados aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años y menores de veinticinco, seyendo en su acuerdo. E aun los que fuesen mayores, seyendo locos o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo no pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, sino quisiesen fueras ende, si ficiesen demanda a alguno en juicio o otro la ficiese a ellos: ca entonces los juzgadores les pueden dar tales curadores como éstos. El curador no debe ser dejado en testamento, pero si fuese puesto y el juzgador entendiere que es a pro del mozo, débese confirmar.»

La Ley de Enjuiciamiento Civil mantuvo sustancialmente este sistema, regulando (con carácter general, incluso para el Derecho foral) el procedimiento para nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de sus bienes.

Con todos estos antecedentes estamos ya en condiciones de comprender el alcance que tiene la reforma introducida por el Código civil, la cual planteó fundamentalmente dos problemas: unificación de tutela y curatela y organización conforme al sistema francés (tutor, protutor y consejo de familia). La reforma fue tan importante, que hizo necesarias *disposiciones transitorias* especiales en el Código. Sobre el juicio que merece esta reforma del Código nos remitimos a lo que a continuación diremos.

4. SISTEMAS CONTEMPORANEOS DE ORGANIZACION DE LA GUARDA LEGAL

La organización de la guarda legal se plantea hoy sobre estos dos problemas fundamentales: *a)* Unidad o pluralidad de los sistemas de guarda legal. *b)* Estructura interna y principios rectores de las instituciones de guarda (tutela judicial o tutela familiar).

a) El primero de estos problemas—es decir, unidad o pluralidad de los sistemas de guarda legal—estuvo de moda en nuestro país en la época de la codificación. Se trataba, sobre todo, de decidir si debería subsistir la distinción entre tutela y curatela o si, por el contrario, ambas figuras deberían refundirse en una sola institución. GARCÍA GOYENA de-

fendió este último criterio sobre la base de que la dualidad carecía de razón de ser. Otros autores, en cambio, defendieron el criterio contrario, más acorde para ellos con la tradición de nuestro Derecho histórico y con las necesidades de la práctica. El criterio del autor de las *Concordancias* triunfa, en definitiva, al redactarse el Código civil.

Un sistema completamente distinto y muy digno de estudio ha establecido el Código civil alemán, que distingue entre tutela (*Vormundshaft*) y curatela (*Pflegschaft*). a) Dentro de la tutela se distingue: 1.º, la tutela de los menores de edad que no están bajo patria potestad (& 1.773), y 2.º, la tutela de los mayores de edad si están incapacitados (& 1.896), y se incapacita a los enfermos mentales, ebrios habituales y pródigos (& 6). b) La curatela, en cambio, se establece en los siguientes casos: 1.º, cuando alguien está bajo patria potestad o tutela, y el titular de la patria potestad o el de la tutela está impedido para actuar; 2.º, cuando se recibe, bien *mortis causa* o bien gratuitamente *inter vivos*, un patrimonio y el transmitente dispone que no sea administrado por el titular de la patria potestad o de la tutela; 3.º, cuando se dan los presupuestos de la tutela y no está, sin embargo, designado todavía el tutor (*Erganzungspfleger*); 4.º, cuando un mayor de edad no incapacitado, a consecuencia de un defecto físico (en especial: sordo, ciego o mudo) o de una enfermedad mental o física, no puede atender sus asuntos (curador por enfermedad o *Gebrechlichkeitpfleger*); 5.º, cuando una persona ha sido declarada ausente (*Abwesenheitspfleger*); 6.º, cuando hay un nasciturus (*Leibesfruchtpfleger*); 7.º, cuando hay instituido un segundo heredero o heredero sucesivo, aún no concebido o cuya personalidad sólo sea determinada mediante un acontecimiento futuro (*Pfleger für unbekannte Beteiligte*); 8.º, cuando mediante una colecta pública ha sido reunido un patrimonio para una finalidad pasajera (*Pfleger für Sammelvermögen*, curador para el patrimonio de la colecta).

El moderno Derecho italiano ha seguido en este punto una línea intermedia entre el Derecho alemán y el Derecho francés. Se distingue, desde luego, entre tutela y curatela: a) La tutela tiene lugar, respecto de los menores de edad, cuando ambos padres han muerto o por cualquier otra causa no pueden ejercer la patria potestad (art. 343), y respecto a los incapacitados, esto es, a las personas que por encontrarse en condiciones de habitual enfermedad mental son incapaces para proveer a sus propios intereses (art. 424). b) La curatela, en cambio, se prevé en los siguientes casos: 1.º, respecto del menor emancipado; 2.º, cuando surge un conflicto de intereses entre los hijos sometidos a una misma patria potestad o tutela o entre cualquiera de ellos y el padre tutelar de la misma o el tutor (art. 320-348); 3.º, para el inhabilitado, que frente al *interdetto*

no es incapaz (enfermos mentales no graves, pródigos, ebrios y toxicómanos habituales; art. 420); 4.º, para el *nasciturus* (art. 339); 5.º, el desaparecido (art. 48); 6.º, la herencia beneficiada (art. 486), y 7.º, la herencia yacente (art. 528).

Como se ve, en el Derecho moderno, la idea de la unidad de la guarda legal se encuentra en plena decadencia. Y no puede ser de otra manera, porque un principio de unidad de guarda exigiría una identidad de las situaciones protegidas, de las necesidades creadas por estas situaciones y de los intereses amparados por ellas, cuando lo cierto es que, en nuestro Derecho, estas situaciones son muchas veces radicalmente dispares. Vamos a verlo detenidamente.

a) Encontramos, en primer lugar, una diferencia entre aquellas situaciones creadas para la protección de una persona y de sus bienes, de aquellas otras en que lo protegido o cuidado es únicamente un patrimonio. En realidad, aquí es donde puede centrarse hoy la diferencia entre tutor y curador. El tutor del menor o del demente lo es de la persona y de los bienes. El tutor de un pródigo o de una persona sometida a interdicción es simple administrador de patrimonios o de masas patrimoniales, como puede serlo el representante de un ausente.

b) En segundo lugar, se encuentra una diferencia entre las situaciones de guarda y protección establecidas con carácter definitivo, estable, permanente, y aquellas otras a las que acompaña, inevitablemente, una nota de transitoriedad (por ejemplo, defensor judicial, que es un tutor ocasional, el tutor de los hijos de un desaparecido (2.034 LEC) o el tutor de los hijos de un matrimonio pendiente de separación (art. 69 del Código civil)).

c) En tercer lugar, se distingue todavía entre la tutela plena, para designar aquella que comprende el cuidado de persona y bienes o solamente la gestión del patrimonio o de una cosa patrimonial, de la tutela restringida, donde no hay cuidado de persona ni gestión patrimonial autónoma e independiente, sino sólo esporádicas y ocasionales interposiciones de autoridad (emancipados, inhabilitados de edad, etc.).

d) Finalmente, hay que tomar en consideración todavía a los administradores de masas patrimoniales independientes (por ejemplo, desheredación del padre, administrador impuesto por el donante o causante, etc.).

Todo ello ha llevado a nuestra mejor doctrina a sentar, sobre la postura de nuestro Código, las siguientes conclusiones:

1.^a Que existen grandes diferencias entre las circunstancias de los distintos casos de tutela, según que ésta sea para menores, incapacitados,

pródigos, interdictados, etc., y aún más entre estos casos y los que sólo sufren el defecto de capacidad para actos concretos y determinados.

2.^a Que, como consecuencia, en algunos casos de tutela puede llegar a ser contraproducente un mecanismo tan complicado como el del Código.

3.^a Que la pretendida unidad de las instituciones pupilares es en el Código más aparente que real, pues, huyendo de la curatela, que servía para unificar, en cierto modo, las instituciones complementarias distintas de la tutela y la potestad paterna, se ha visto obligado a crear, para situaciones de excepción o transitorias, tutelas incompletas e instituciones de variadas denominaciones y de naturaleza y función muy imprecisas.

5. EL SISTEMA DE TUTELA FAMILIAR. FAMILIA Y ESTADO EN LA ESTRUCTURA DE LA TUTELA

Nuestro Código civil, inspirándose en el modelo francés y alterando radicalmente los precedentes españoles, ha adoptado un sistema de tutela de familia. Esto quiere decir que los órganos tutelares son, ante todo, órganos familiares. En el Derecho francés anterior a la reforma de 1964, la tutela constaba de tres órganos: el *tuteur*, el *subroge tuteur* y el *conseil de famille*. Además, a algunos incapacitados podía nombrárseles un consejo judicial (*conseil judiciaire*).

La Ley número 64/1.230, de 14 de diciembre de 1964, reforma la regulación de la tutela contenida en el Código civil francés.

En opinión de CARBONNIER, el envejecimiento del capítulo de la tutela, que dicha ley trata de subsanar, se debe a una doble transformación, que ha afectado, de un lado, a la estructura de las familias, y de otro, a la gestión de los patrimonios.

Con el consejo de familia en el vértice del sistema, la tutela de 1804 aparecía como una institución de *lignage*, no de *menage*. Funcionaba por y para la familia, entendida en sentido amplio. Se estaba aún en una sociedad profundamente agraria, poco emigrante, en la que era fácil reunir a los parientes en la cabeza del Partido judicial. El Derecho tutelar, además, tenía un poco de Derecho sucesorio. El huérfano de aquel tiempo corría el riesgo estadístico de una mortandad terrible. De aquí, entre otros indicios, que el personaje del protutor apareciese como procurador de la línea de los parientes diversa de la del tutor.

Esta construcción se ha visto superada por el fenómeno designado por los sociólogos con el nombre de «resquebrajamiento» de la familia conyugal («nuclear», dicen algunos), reducida a los esposos y a los hijos

menores. Este «resquebrajamiento» lo demostraba por la profunda inoperatividad en la que habían caído las disposiciones del *Code*, salvo en algunas contadas provincias. Tan difícil era desplazar una montaña como reunir seis parientes. La familia conyugal aparece ahora como la base de la tutela, esforzándose la ley nueva en prescindir de los antecedentes sucesorios del Derecho tutelar. Gracias al cielo, son hoy los pupilos quienes entierran a sus tutores.

Por otra parte, las profundas transformaciones registradas en la economía, que han demostrado cómo, principalmente para los valores mobiliarios, la inmovilidad puede ser mortal, han influido, asimismo, en reforma de la regulación del organismo tutelar.

Estas son, para CARBONNIER, algunas de las causas que justifican la reforma. Respecto al encuadramiento del Derecho francés, a la luz de la reforma de 1964, dentro de los sistemas de tutela familiar o tutela de Estado, afirma el autor citado que permanece éste en una vía intermedia, apoyando decididamente el papel de la familia conyugal e introduciendo en su ayuda al juez tutelar.

El legislador ha querido así simplificar y agilizar el régimen de la tutela, pero el conjunto de las reglas sigue siendo complejo y bastante rígido. Esto puede constatarse examinando las reglas sobre apertura, régimen de los órganos tutelares y funcionamiento de la institución.

a) Apertura. Se produce de pleno derecho (art. 390), pero depende de una decisión del juez.

b) Organos. En el Derecho francés, la tutela es tradicionalmente familiar y la Ley del 64 ha mantenido esta concepción. No obstante, deja un puesto a la tutela judicial, instituyendo el juez de las tutelas, sistema inspirado en el Derecho alemán, si bien el papel que se le confiere es de vigilancia de los organismos familiares (tutor, protutor y consejo de familia), que constituyen todavía los pilares fundamentales de la tutela.

Excepcionalmente, la tutela puede ser deferida al Estado. El tutor es, entonces, una autoridad administrativa. No hay protutor y el control de la gestión del tutor es paralelamente confiado a un órgano administrativo. Así sucede en dos casos: tutela vacante y tutela de expósitos.

En el Derecho alemán, la tutela la desempeña el tutor, bajo la vigilancia y dirección del Tribunal de Tutelas (*Vormundschaftsgericht*), cuyas facultades son amplísimas. Junto al tutor puede ser nombrado un protutor (*Gegenvormund*), y debe ser nombrado siempre que con la tutela vaya unida una administración patrimonial, a no ser que sea de escasa importancia o que para gestionarla se hayan nombrado varios tutores. Además, el Tribunal de Tutelas puede constituir un consejo de familia

(*Familienrat*) si el padre o la madre lo han ordenado o si lo pide un pariente del pupilo, el tutor o el protutor, y el Tribunal lo estima conveniente en interés del pupilo.

El Derecho español, lo hemos dicho ya, aceptó, en líneas generales, el sistema francés de tutela familiar, si bien en algunos casos ha vuelto al sistema de tutela judicial (matrimonio separado, ausencia, etc.). En general, el juicio que ha merecido a la crítica nuestro sistema tutelar es sumamente adverso.

1.º El sistema funciona mal. De hecho son muy pocas las tutelas regularmente organizadas. Los tutores legales se cuidan poco de organizar la tutela y a menudo, sobre todo cuando la fortuna del menor no es cuantiosa, se huye del aparato demasiado complicado de la tutela.

2.º El mecanismo de la tutela es demasiado complicado. Las formalidades requeridas señaladamente para las ventas y demás negocios jurídicos del menor son numerosas y onerosas. Si se las respeta, se producen gastos excesivos, y para evitarlas, se llega a menudo a situaciones en que se las descuida completamente, quedando el menor muchas veces sin protección eficaz.

3.º La protección de los intereses del menor es insuficiente. Los órganos de control del tutor no son eficaces. El protutor cumple de hecho muy raramente su función y dispone, además, de pocos medios para ello, sobre todo cuando el padre, la madre o el cónyuge son tutores legales. El consejo de familia tampoco es útil: su función no es permanente ni tiene muchas veces interés en su cometido.

La tutela es, pues, una institución necesitada hoy de una reforma profunda. Para ello se podría pensar en el abandono del sistema de tutela familiar y en la implantación de otro de tutela estatal o pública, atribuyendo las funciones de inspección, vigilancia y dirección a los Tribunales Tutelares de Menores, organismos administrativos que entre nosotros se hallan ya en funcionamiento, aunque con un cometido distinto y desigual.

Manteniéndose el sistema de tutela familiar habría que pensar en mejorar su organización y su eficacia, sobre todo a través de medidas legislativas que hicieran más sencillo y más eficaz su funcionamiento. Habría, ante todo, que asegurar una regular constitución de la tutela, para lo cual sería necesario imponer esta obligación al juez municipal, siempre que en el Registro civil que él mismo lleva conste el hecho causante de la tutela. Habría, además, que aumentar las facultades del tutor —el sistema liberal de la desconfianza, *qui custodes custodem*, es absurdo—y aumentar al mismo tiempo la responsabilidad por abuso de facultades (represión penal, etc.) y disminuir el número de vocales del

consejo (tres parientes con firma mancomunada o acaso dos serían suficientes para toda la tutela).

6. LA TUTELA DE HECHO

Hay tutela de hecho siempre que una persona ejerce las funciones de tutor sin tener derecho a ello. No hay que confundir esta hipótesis con la de tutela irregularmente constituida u organizada (por ejemplo, no se ha producido el hecho causante, no se ha nombrado protutor, etc.) ni con el supuesto de tutela putativa ejercida por una persona que aun equivocadamente, pero de buena fe, esté regularmente investida de las funciones de tutor ignorando el vicio de su título (por ejemplo, otro pariente preferente, nulidad del testamento en que se le designa, etc.).

El tutor de hecho es aquel que ejerce unas funciones tutelares sin haberle sido legalmente confiadas o el que continúa en el ejercicio de la tutela después de haber perdido su cargo (por ejemplo, tutor removido) o terminado la tutela (por ejemplo, mayor edad o muerte del pupilo).

El interés de la noción de la tutela de hecho, tal como hoy se la concibe, consiste en permitir al menor beneficiarse de las ventajas de una tutela regular, evitando que jueguen los principios menos ventajosos para él, de la gestión de negocios o del mandato, sin tener, por otra parte, que sufrir los efectos de la gestión del tutor de hecho. En las relaciones entre el tutor de hecho y el menor, aquél no puede prevalerse de las ventajas que tendría un tutor regular (por ejemplo, prescripción de cinco años), pero, en cambio, pesan sobre él todas las obligaciones que incumben a un tutor. Esta es la consecuencia de la falta por él cometida actuando antijurídicamente; la jurisprudencia francesa admite incluso que los bienes de un tutor de hecho están sometidos a la hipoteca legal a favor del menor.

Si el menor puede beneficiarse de las reglas protectoras de la tutela, no tiene, en cambio, que sufrir la gestión regular del tutor de hecho, pues todos los actos realizados por éste, a excepción de los actos meramente conservativos, son nulos por defecto de poder y no le pueden obligar. Esta nulidad es, evidentemente, perjudicial para los terceros de buena fe. Pero estos terceros podrán únicamente hacer desempeñar la responsabilidad del tutor de hecho y reclamarle indemnización de daños y perjuicios.

7. LOS SUJETOS DE LA TUTELA

La tutela, como institución compleja, está constituida por dos clases de sujetos: de una parte, las personas sometidas a tutela, y de otra, las personas que componen o constituyen el organismo tutelar.

A) *Personas sometidas a tutela*.—Es norma fundamental en el Código, según su artículo 199, que están sometidos a tutela los que reúnen dos condiciones: no estar bajo la patria potestad y tener restringida su capacidad de obrar, que esto es lo que el Código quiere decir con su poco técnica frase de ser «incapaces de gobernarse por sí mismos». Ahora bien, a pesar de esta expresión, la tutela no se extiende a todas las personas que de algún modo tienen limitada su capacidad de obrar. No hay, por ejemplo, tutela de las mujeres (tutela *mulierum*) ni de los quebrados o concursados no rehabilitados. La tutela se aplica a los menores y a las personas que, en virtud de causas especialmente previstas por la ley, han sido oficialmente declaradas como incapacitadas. No basta, como ahora veremos con mayor detenimiento, la existencia de una causa legal de incapacitación. Es menester, además, que la incapacitación haya sido judicialmente declarada. En segundo lugar, es menester, para que la tutela entre en juego, la inexistencia de patria potestad. La tutela es, desde este punto de vista, una institución supletoria de la patria potestad. Hay, pues, lugar a la tutela: *a)* cuando han muerto ambos padres; *b)* cuando ambos padres han perdido la patria potestad por incapacidad, ausencia, sentencia firme o providencia decretada en causa de divorcio; *c)* cuando la patria potestad se ha extinguido por disposición de la ley (v.gr., por tener veintiún años el incapacitado).

Desenvolviendo estos principios, el artículo 200 señala las personas que están sometidas a tutela:

1.º «Los menores de edad no emancipados legalmente», siempre que no estén bajo patria potestad, habría que añadir, concordando con el artículo 199. Sin embargo, aun después de esta concordancia tampoco resulta enteramente exacto el párrafo primero del artículo 200, porque respecto de los menores emancipados legalmente, sea por matrimonio (artículo 59), por concesión del padre o de la madre (art. 317), por concesión de la Patria (D. L. de 7 de marzo de 1937) o por habilitación de edad, subsiste una tutela, que se puede calificar de restringida o menos plena y también de transitoria o intermitente (porque sólo funciona para autorizar determinados actos) y de unipersonal o simple (porque, según ha declarado el Tribunal Supremo, no requiere la constitución de todo el organismo tutelar).

2.º «Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos». Como antes decíamos, pese a la dicción del texto legal, no basta la demencia o la locura para que se constituya la tutela. Es, además, necesario que haya recaído, con base en la enfermedad mental, una declaración judicial de incapacitación. Algunos autores pretenden también que hay que entender comprendidos en este precepto a los idiotas o imbeciles (ya que el art. 32 menciona la imbecilidad entre las causas restrictivas de la capacidad) y, en general, toda clase de personas que padezcan una perturbación o decadencia de sus facultades mentales, siempre que, conforme a la fórmula del artículo 199, les incapacite para regirse por sí mismos, ya que, en este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que «en este número de halla también comprendida la tutela del retrasado mental» (sentencia de 5 de marzo de 1947).

3.º «Los sordomudos que no sepan leer ni escribir.»

4.º «Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.»

5.º «Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.»

Desde el punto de vista de la persona sometida a tutela, se plantea el problema de si una *pluralidad de tutelados* puede estar sometida a una única tutela. Nuestro Código no ha contemplado de una manera directa este problema. El segundo párrafo del artículo 208, al decir que «en caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento», parece permitir la pluralidad de tutelados en una misma y exclusiva tutela. Esto resulta evidente cuando la tutela ha sido organizada por el padre o por la madre mediante una disposición por causa de muerte. El padre y la madre pueden nombrar un tutor distinto a cada uno de sus hijos o pueden también nombrar un único tutor y un solo organismo tutelar para todos ellos. Cuando la constitución de la tutela se haga en virtud de la ley, parece posible también una pluralidad de tutelados, siempre y cuando los diversos tutelados sean entre sí hermanos de doble vínculo, pues en este caso los parientes llamados al ejercicio de la tutela serán para todos ellos los mismos. Pueden, en cambio, ser distintos cuando se trate de medio hermanos, por ejemplo, por ser diferente el abuelo paterno (art. 211). Lo que no parece existir de ninguna manera son términos hábiles para que se produzca una pluralidad de tutelados dentro de una única tutela, cuando los diversos tutelados no sean hermanos.

B) *Organos de la tutela*.—La tutela, como institución compleja, está constituida por dos clases de personas: las sometidas a ella y las que componen o constituyen el organismo tutelar. La tutela es, ante todo, un organismo, una organización. Por ello, las personas que la componen

pueden ser, con arreglo a las funciones específicas que a cada una de ellas se señalan, calificadas como «órganos». La idea de órgano, recibida del Derecho público, tiene una amplia aplicación dentro del campo del Derecho de familia.

Los órganos de la tutela están enumerados en el artículo 201 del Código civil. La tutela—dice—se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia. Los órganos de la tutela son, por tanto:

1.º El tutor es un órgano unipersonal: un solo tutor, dice categóricamente el artículo 201, que, según se ha dicho (R. D. G. R., 18-XII-1900), ha venido a derogar la antigua doctrina legal, según la cual, la tutela podía ser ejercida por varios tutores conjuntamente (OSORIO). Sin embargo, ni este artículo ni ningún otro se oponen a que el tutor confiera poder a terceras personas para que realicen actos jurídicos concretos en nombre y por cuenta del menor. El tutor es, como digo, un órgano de carácter unipersonal, a quien se encomienda la representación legal de tutelado y la gestión y administración de su patrimonio.

2.º El protutor es un órgano de carácter unipersonal también, a quien se encomiendan funciones de vigilancia y de alta inspección de la tutela.

3.º El Consejo de Familia es un órgano pluripersonal o colegiado, a quien se confía la dirección del funcionamiento del organismo tutelar.

4.º Además de los enumerados en el artículo 201, es también un órgano de la tutela la autoridad judicial. A pesar del espíritu del Código, que desarrollando la base 7.ª e inspirándose en el sistema francés trató de sustituir el principio de tutela judicial, que había inspirado nuestro antiguo Derecho, por el principio de tutela familiar, atribuyendo al consejo de familia todas las facultades que la antigua legislación atribuía al poder judicial, continúa éste desempeñando en el ejercicio de la tutela importantes funciones.

a) Según lo dispuesto en el artículo 203, los jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otros encargados de esta obligación, y si no lo hicieren serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados.

b) Conforme al artículo 293, si el Ministerio Público o el Juez Municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a que se refiere el artículo 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio o a excitación fiscal, según los

casos, la constitución del Consejo de Familia. El Juez Municipal—dice el último párrafo de este artículo—citará a las personas que deseen formar el Consejo de Familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión y el día, hora y sitio en que ha de tener lugar. La junta para la formación del Consejo de Familia será presidida por el Juez Municipal (art. 300).

El Consejo de Familia de los hijos ilegítimos lo preside el Fiscal Municipal (art. 302).

c) A la autoridad judicial corresponde la decisión definitiva en todas las materias de la tutela. De las decisiones del Consejo de Familia—dice el artículo 310—pueden recurrir ante el Juez de Primera Instancia los vocales que hayan discutido de la mayoría al votarse el acuerdo.

d) Al Presidente de la Audiencia Territorial, previa audiencia del Fiscal, corresponde dar su aprobación al beneficio de la mayor edad concedido por el Consejo de Familia (art. 322).

e) Una intervención importante y eficaz de la autoridad judicial y administrativa en el ámbito de la tutela es la confiada a los Tribunales Tutelares de Menores en la ley especial de esta materia.

A estos Tribunales se les ha encomendado, entre otras funciones, «la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación».

En el ejercicio de esta facultad protectora, el Tribunal puede adoptar medidas de requerimiento, de imposición de vigilancia o de suspensión del derecho de los padres o *tutores* a la guarda y educación del menor, ordenando incluso que éste sea confiado a otras personas o entidades.

Estos acuerdos se refieren sólo a la guarda y educación de la persona del menor y no producen, en principio, ningún efecto en cuanto a los bienes. No obstante, si el Tribunal adquiere el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, debe participar los hechos al Ministerio Fiscal, al efecto de que éste promueva el procedimiento que corresponde ante el Tribunal civil.

8. LA CONSTITUCION DE LA TUTELA

La constitución de la tutela comprende una serie compleja de hechos y de operaciones jurídicas destinadas a dar nacimiento al organismo tutelar. Hay una serie de hechos y de operaciones complejas, que el análisis debe distinguir cuidadosamente: a) el hecho causante de la tutela; b) la entrada en vigor de un negocio jurídico de ordenación de la tutela; c) la delación de la tutela y designación de sus componentes;

d) la formación de la tutela en sentido estricto; e) la inscripción de la tutela; f) el comienzo del funcionamiento de la tutela.

A) *El hecho causante de la tutela*.—El primer supuesto necesario para la constitución de la tutela es la producción de alguno de los hechos jurídicos que la causan. A este «hecho jurídico» se refiere el artículo 293, cuando habla del «hecho que da lugar a la tutela». Este acontecimiento funciona como *conditio juris* de la tutela, hasta el punto de que la tutela no puede constituirse sino cuando este hecho se ha producido. Una tutela constituida sin haberse producido el hecho causante o sobre una errónea apariencia del hecho causante sería ineficaz y jurídicamente nula. Su régimen jurídico habría que llevarlo a la tutela de hecho, que ya hemos estudiado. El hecho causante es tomado, desde el punto de vista de la tutela, como un simple hecho jurídico, independientemente de que, desde otro punto de vista, merezca otra calificación (acto jurídico, resolución judicial, etc.).

El hecho causante de la tutela puede ser:

1.º La orfandad de un menor de edad. La orfandad ha de ser completa cuando sobre el menor tuvieran potestad ambos padres. Basta, en cambio, la orfandad respecto del titular de la patria potestad cuando sólo uno de los padres la ostentara. Por ejemplo: hijo natural reconocido sólo por uno; hijo legítimo, cuando uno de los padres había sido con anterioridad privado de la potestad o incapacitado, etc.

2.º La declaración de ausencia o de fallecimiento del titular de la patria potestad. Es ésta una tutela de características muy especiales, en la cual parece nuestro Derecho positivo volver al sistema de tutela judicial por el carácter interino. Efectivamente, conforme al artículo 2.034 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el padre *desaparecido* tuviere hijos menores de edad, recaerá en la madre el ejercicio de la patria potestad, a no ser que el Juzgado aprecie la concurrencia de razones graves para no acceder a dicha solicitud. Según el artículo 2.035, si el desaparecido fuese viudo y tuviere hijos menores, el Juzgado, a instancia de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, proveerá a aquéllos de un tutor, que actuará por sí solo, sin necesidad de protutor ni de Consejo de Familia, supliendo la licencia judicial las autorizaciones que en sus casos respectivos correspondieran a dicho Consejo.

3.º Hechos causantes de la tutela pueden ser también los supuestos previstos en los artículos 169 y 170 como causas de privación o de suspensión de la patria potestad, y en el caso de matrimonio separado, la hipótesis prevista en el artículo 73.

4.º Un hecho causante de la tutela es, finalmente, la resolución judicial constitutiva del estado civil de incapacidad.

La producción del hecho causante de la tutela origina un deber de comunicación. «Están obligados—dice el párrafo segundo del artículo 293—a poner en conocimiento del juez municipal el hecho que da lugar a la tutela en el momento en que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados a la tutela legítima y los que por ley son vocales del consejo, quedando responsables, si no lo hicieren, de la indemnización de daños y perjuicios.» Se trata de un deber jurídico de carácter público: efectuar una denuncia a la autoridad estatal. Por ello, el deber no existe cuando la autoridad estatal tenga ya conocimiento del hecho por otro conducto (v.gr., en la tutela de incapacitados; cfr. art. 228 del Código civil).

Es, además, un deber jurídico de urgente cumplimiento («en el momento en que lo supieren»). Esta urgencia debe entenderse de arreglo con la buena fe y con la diligencia media. Así, se ha dicho que «ya se atienda al sentido gramatical de la frase adverbial que usa la ley, ya al fundamento legal que la dictó, el espacio de tiempo que medie entre la noticia del hecho que determina la tutela y el en que se cumple el precepto de la ley ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones» (sentencia de 1 de mayo de 1894). Pero—se ha dicho también—«debe armonizarse la urgencia con que el legislador quiere que se provea a la protección de la persona y bienes del menor o incapacitado, con la realidad de las cosas y con la práctica de aquellas diligencias previas que sean necesarias para saber las disposiciones del testador en orden a la tutela, y para conocer los parientes llamados a constituir el consejo de familia y cuantos otros antecedentes sean indispensables para que el organismo tutelar quede formado, según las circunstancias de cada caso» (sentencia de 18 de junio de 1923). La sanción por el incumplimiento de este deber de notificación es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan seguido como consecuencia de la falta de constitución de la tutela. Además, el infractor queda inhabilitado para ser tutor (art. 237, 11) o protutor y vocal del consejo de familia.

B) *El negocio jurídico de ordenación de la tutela.*—El segundo ingrediente importante para comprender el proceso de constitución de la tutela es el negocio jurídico de ordenación de la misma. El régimen jurídico de la tutela aparece ordenado no sólo por las normas legales, sino también por una serie de disposiciones negociales. Se habla, para referirse a este fenómeno, de «tutela testamentaria». El tema ha sido insuficientemente estudiado, porque sólo es contemplado desde el punto de

vista de la designación de tutor (art. 206), cuando su contenido es en rigor mucho más amplio, pues abarca, por de pronto, el nombramiento de protutor (art. 206), el nombramiento de los vocales del consejo de familia (art. 294), las disposiciones necesarias sobre habilidad del tutor cuando tenga un litigio pendiente o adeude sumas de consideración (artículo 237, 9 y 10), la exención o la limitación en la prestación de fianza (art. 260), las disposiciones sobre alimentos y educación del tutelado (art. 264, 1), pensión alimenticia (art. 268), determinación de la carrera u oficio del menor (art. 269, 2) y de la remuneración del tutor (artículo 276), etc. Además, sólo ha sido contemplado desde el punto de vista testamentario, cuando es posible admitir su estructuración como negocio jurídico de carácter autónomo.

El negocio jurídico de ordenación de la tutela es una declaración de voluntad, en virtud de la cual, la ley permite a determinadas personas un poder de configuración de la tutela de otras.

¿Cuál es el ámbito o la esfera de aplicación de este negocio jurídico de ordenación de la tutela? No cabe duda que es admisible su aplicabilidad respecto de la tutela de los menores de edad causada por la orfandad completa de éstos. Mayores dudas suscita su aplicación a la tutela de los incapacitados y menores cuando su constitución obedezca a una causa distinta del fallecimiento de los padres.

En favor de una aplicación extensiva de la tutela testamentaria se encuentra el tenor literal de los artículos 206 y 207. Efectivamente, el primero de los preceptos citados dice que «el padre puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los *mayores incapacitados*», y el artículo 207 señala que «también puede nombrar tutor a los *menores o incapacitados* el que les deje herencia o legado de importancia». Todavía en el artículo 209 se habla del tutor «nombrado por el extraño que hubiere instituido heredero al *menor o incapaz*».

En contra, en cambio, se ha observado: 1.º, que la ampliación del poder de nombrar tutor en el caso de los incapacitados supone atribuir al padre un poder excesivo, derogando una orden legal imperativa y burlando los derechos del cónyuge como tutor nato (arts. 220 y 230); efectivamente, si el cónyuge es tutor nato (prescindiendo de los pródigos), con preferencia el padre, no se comprende bien que éste, pospuesto en el ejercicio de la tutela, pueda, sin embargo, atribuírla a una persona extraña; 2.º, que respecto de los menores, si la tutela se constituye por privación de la patria potestad, es incongruente que el privado de la patria potestad pueda, sin embargo, configurar la ordenación de la tutela; 3.º, que el negocio de ordenación de la tutela está configurado en nuestro Derecho positivo como un negocio *mortis causa*, lo cual se con-

cilia bastante mal con la eficacia de este negocio jurídico durante la vida de su autor.

Por todas estas razones, un sector de la doctrina propende hoy a limitar el ámbito de actuación de la tutela testamentaria a la de los menores originada por el fallecimiento de los padres.

Esta solución es, sin embargo, a nuestro juicio, demasiado estrecha: 1.º, porque nada obsta que a la misma solución pueda llegarse en los casos de ausencia y declaración de fallecimiento, tanto más cuanto que en este último supuesto se abre la herencia del declarado fallecido; 2.º, porque si bien es cierta la observación de que el padre no puede impedir mediante una disposición testamentaria la tutela del cónyuge del incapacitado; o la madre, la tutela del padre, o un extraño, la tutela de un pariente legítimo, no se ve, en cambio, inconveniente para que el padre, llamado por la ley al ejercicio de la tutela legítima de un incapaz soltero, designe a su fallecimiento el sucesor en dicha tutela.

El ámbito de aplicación de la tutela testamentaria podría quedar circunscrito así:

a) *Los padres pueden ordenar la tutela de sus hijos menores únicamente para el caso de muerte y, por extensión, de declaración de su fallecimiento.*

b) *Respecto de sus hijos incapacitados, los padres pueden designar un sucesor en la tutela que ellos hubieren efectivamente ejercido como tutores legítimos.*

Al extraño le son, *pari passu*, aplicables las mismas ideas.

Un segundo problema, importante también y profundamente sugestivo, es el de la naturaleza jurídica de este negocio. Sin haberse planteado el problema de una manera decidida, la mayor parte de la doctrina parece inclinarse por un carácter testamentario. Otros autores, por el contrario, lo conceptúan como un acto de última voluntad distinto del testamento: lo que se ha llamado contenido extrapatrimonial o contenido atípico del testamento (GIAMPICOLO). En realidad, el problema es, más que nada, terminológico. Si llamamos testamento a todo negocio de última voluntad, no cabe duda que la designación de tutor y la ordenación de la tutela es un negocio testamentario. En cambio, si reservamos la calificación de testamento únicamente para los actos de disposición de bienes por causa de muerte, en la ordenación de la tutela habrá un negocio de última voluntad, pero no un testamento.

En cualquier caso, lo que parece claro es que a este negocio jurídico pueden señalársele tres caracteres fundamentales:

1.º Es un negocio jurídico unilateral, porque está formado por una sola declaración de voluntad. No es admisible un convenio sobre ordenación de la tutela. El negocio tiene, además, carácter no recepticio. La declaración de voluntad gana sustantividad e independencia sin necesidad de ser recibida por un especial destinatario.

2.º Es un negocio jurídico *mortis causa*, en el sentido de que es la *contemplatio mortis* su principal motivación y que debe surtir sus efectos después de la muerte del declarante. No es admisible, por ello, lo vimos ya, un negocio de ordenación de la tutela que surta sus efectos durante la vida del disponente.

3.º Se encuadra, en general, dentro del ámbito de los negocios jurídicos del Derecho de familia, y esto le imprime una peculiar configuración (ámbito de autonomía de la voluntad, capacidad, legitimación, forma, determinaciones accesorias de la voluntad, etc.).

El problema más importante es, sin embargo, la aplicación extensiva de los principios y normas que componen el régimen jurídico del testamento (por ejemplo, carácter personalísimo, forma, interpretación, etc.). Se trata de un problema delicadísimo, que, a mi juicio, hay que resolver en favor de la interpretación extensiva.

La ley no pone ningún límite a la legitimación para ordenar la tutela. Pueden hacerlo el padre o la madre del tutelado o un extraño. La legitimación del extraño se hace depender de una condición: que se deje al tutelado «herencia o legado de importancia». La apreciación de esta importancia es cuestión que queda en cada caso al prudente arbitrio judicial. El Tribunal Supremo ha dicho varias veces que la estimación de si una manda reviste o no importancia es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora. En este sentido se ha declarado también que «puede el abuelo nombrar tutor por testamento a sus nietos huérfanos, aunque sólo les deje la legítima estricta y ésta sea bastante inferior a la fortuna de los menores».

En cuanto a la facultad del padre y de la madre, aparece en nuestro Derecho como incondicionada. En rigor, sólo debiera admitirse la legitimación de aquel de ellos que últimamente falleciera, pues a la muerte del primero no hay en realidad apertura de la tutela, sino ejercicio por el viudo de la patria potestad. Sin embargo, esta solución—el tutor lo nombra el último que fallece—no tiene apoyo en nuestro Derecho, como lo tiene, por ejemplo, en el Derecho italiano. Se planteará, como luego veremos, un problema de eficacia de la disposición negocial: no es inmediatamente eficaz, porque a la muerte del disponente no hay todavía tutela. Pero esto no tiene nada que ver con la legitimación.

En cuanto a la capacidad, creemos aplicables las normas del testa-

mento. Para el documento privado sólo son capaces los mayores de edad. En cambio, en documento público basta la edad de catorce años.

De la misma manera debe entenderse que son aplicables las normas sobre carácter personalísimo del testamento e imposibilidad de representación.

También en materia de forma son aplicables las normas testamentarias: ológrafo, con todos sus requisitos, o testamento notarial, con todas sus solemnidades (testigos, etc.). Esta exigencia resulta indudable cuando el negocio contiene disposiciones de carácter patrimonial, pero resulta un tanto extraña cuando el disponente se limita a ordenar la tutela (por ejemplo, en un documento privado que no reúne los requisitos del ológrafo, en una escritura pública sin testigos, etc.).

Contenido.—Ya con anterioridad hemos visto aquellos puntos de que el Código civil declara decisiva la voluntad del disponente (206; 237, 9 y 10; 260; 264; 269, 2; 276; 294; 298, etc.). Lo que tenemos que preguntarnos ahora es si el poder de ordenación del disponente de la tutela se limita a estos puntos en que la ley permite su decisión o si, por el contrario, puede extenderse a otros casos, ampliando o reduciendo el campo de aplicación de las normas legales sobre tutela. En otras palabras, esto equivale a preguntarse si la ordenación legal de la tutela tiene carácter imperativo o dispositivo. Se trata de un problema que habrá que decidir en cada caso concreto teniendo en cuenta el sentido y la finalidad que las normas pongan y el interés preponderante de la protección del tutelado, inclinándose en caso de duda por la imperatividad de las normas legales que están más en consonancia con las características generales del Derecho de familia, según hemos visto en otro lugar.

Eficacia.—Según hemos apuntado ya, la eficacia de este negocio jurídico está condicionada por la suma de dos condiciones (muerte del disponente, apertura de la tutela). No basta la concurrencia aislada de alguna de ellas. No basta sólo la muerte del disponente si al ocurrir esto hay personas llamadas a ejercer la patria potestad. Así, por ejemplo, la sentencia de 9 de junio de 1916 dijo que «no pueden tener efecto los nombramientos del tutor y protutor designados en testamento habiendo padre que tenga la patria potestad sobre los menores». De la misma manera, no basta la apertura de la tutela si en esta fecha el disponente no ha fallecido todavía (v.gr., el causante extraño), pues el artículo 207 lo hace depender de la aceptación de la herencia (v.gr., el padre privado de la patria potestad).

El artículo 209 resuelve la hipótesis de que por varias personas se hayan designado tutores y protutores estableciendo un sencillo orden de

preferencia. Son preferidos por este orden: el padre, la madre o el extraño. La preferencia entre extraños se decide según que haya dejado al menor herencia o legado, siempre que ambos sean de importancia. Si varios se hallaren en el mismo caso, decide el consejo de familia.

c) *La delación de la tutela y la designación efectiva de sus componentes.*—La delación de la tutela es el efectivo llamamiento a determinadas personas para ocupar sus cargos en el organismo tutelar. Esta delación, dice el artículo 204, se produce de tres maneras: por testamento, por la ley y por el consejo de familia. Se distinguen tres tipos de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa. Las relaciones entre tutela testamentaria y tutela legítima, que no significa absoluta preferencia de la primera, han quedado ya estudiadas.

Los llamamientos legales a la tutela están establecidos en los artículos 211, 220, 227, 230, 233 y 294. Normas especiales se dictan respecto a los acogidos en instituciones benéficas (arts. 212 y 303).

d) *La formación de la tutela en sentido estricto.*—En nuestro antiguo Derecho, la constitución de la tutela era un acto eminentemente judicial. Consistía en una o varias disposiciones o providencias adoptadas por los órganos jurisdiccionales. Todavía en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se conserva entre los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1.833 y sigs.) el procedimiento de conferir estos cargos. Estos artículos 1.833 y siguientes se estiman derogados por el Código civil, que suprimió la curatela como institución específica, dejando, por tanto, sin contenido las secciones que trataban del nombramiento de curadores para los bienes, de curadores ejemplares, de curadores para pleitos, etc., e introdujo en la reglamentación de la tutela radicales innovaciones (protutor, consejo de familia, principio de tutela de familia, etc.).

Sin embargo, subsiste el carácter judicial del acto de la constitución de la tutela como organismo. La tutela se forma en virtud de una diligencia judicial, que merece ser encuadrada dentro de los actos de jurisdicción voluntaria.

El acto definitivo de constitución de la tutela es la junta para la formación del consejo de familia. Se trata de una junta celebrada ante la presencia judicial y bajo la presidencia del juez municipal. Es, pues, un acto de carácter netamente procesal con apelación ante juez de Primera Instancia. Celebrada regularmente esta junta, el consejo de familia entra en funcionamiento (art. 301), nombra al protutor y, en su caso, al tutor, y les da posesión de sus cargos (art. 261).

Según la jurisprudencia (cfr. sentencia de 6 de abril de 1916), si en la celebración de la junta se hubiere incurrido en alguna irregularidad,

los interesados pueden demandar la nulidad de lo actuado. Sin embargo, el artículo 296 dispone que los Tribunales subsanan la nulidad que resulte de la inobservancia de los preceptos legales, si no se debiera a dolo, sin causarle perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela, pero reparando el error cometido en la formación del consejo.

Interpretando el precepto legal mencionado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dicho que este artículo autoriza a los Tribunales, de la manera más absoluta, para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiera incurrido (17 de junio de 1943), y que la nulidad del nombramiento de un vocal del consejo no lleva necesariamente consigo la de éste ni la de todos los acuerdos en que dicho vocal intervino (1 de octubre de 1903, 6 de abril de 1916).

e) *La inscripción de la tutela.*—El Código civil, en sus artículos 288-292, preveía la creación en los Juzgados de Primera Instancia de un registro de tutelas, donde se contuviera: 1.º, el nombre, apellidos, edad y domicilio del menor o incapaz y la extensión y límite de la tutela cuando haya sido judicialmente declarado incapaz; 2.º, el nombre, apellidos, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario legítimo o dativo; 3.º, el día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituido, y 4.º, la pensión alimenticia que se haya asignado al menor o incapaz o la declaración de que se han compensado frutos por alimentos.

¿Qué eficacia producía esta inscripción en el Registro de Tutelas? Es un asunto sumamente dudoso. El Código la miraba, más que nada, como una condición de la entrada del tutor en el desempeño de sus funciones. El tutor—dice el artículo 205—no entrará en el desempeño de sus funciones sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de Tutelas. Las inscripciones se limitaban, como se ve, al cargo de tutor, sin alcanzar a los demás componentes del organismo familiar, y no tenían en ningún caso carácter constitutivo. Sin embargo, parece la inscripción como un título de legitimación, en el sentido de que el tutor inscrito representa legalmente al tutelado frente a los terceros que pueden confiarse en la inscripción, y que el tutor no inscrito no puede alegar su cualidad frente a estos mismos terceros. Por otra parte, al suponer un obstáculo al comienzo del desempeño de la tutela (art. 205), la actuación del tutor no inscrito es irregular, pero la ley no lo considera causa bastante de remoción (cfr. art. 238, 2.º).

La Ley de 8 de junio de 1957 ha orientado la inscripción de la tutela en un sentido distinto. La tutela tiene ahora acceso al Registro Civil (artículos 1, 8.º, y 88). En este sentido, la disposición final primera de la

ley determina de una manera categórica la incorporación del Registro de Tutelas al Registro Civil.

Conforme a los artículos 88 y 89 de la Ley de Registro Civil, en la sección 4.^a del Registro Civil del domicilio de la persona sometida a tutela se inscribe el organismo tutelar. La ley no atribuye a esta inscripción carácter constitutivo, aunque acaso hubiera sido conveniente. Por ello hay, más que nada, un deber jurídico de carácter público de promover la inscripción (art. 24), y un título probatorio que, en ocasiones, funciona como título de legitimación. En este sentido, el artículo 1 de la L. R. C. se limita a decir que las inscripciones relativas a tutelas producen los efectos establecidos en esta ley y los que el Código civil señala para la toma de razón en el Registro de Tutelas.

Sobre lo que es objeto de anotación, *vid.* artículo 283 del R. R. C., y sobre los títulos inscribibles, *vid.* artículo 286 del R. R. C.

f) *El comienzo del funcionamiento de la tutela.*—En realidad, la tutela comienza a funcionar desde el momento mismo de la constitución del consejo de familia (cfr. art. 301). Sin embargo, el funcionamiento normal de la tutela presupone, además, el discernimiento del cargo al tutor y al protutor y el cumplimiento por el primero de una serie de condiciones: inscripción (art. 205), nombramiento de protutor (art. 234) y prestación de fianza (art. 252).

Durante este período provisional, la gestión de la tutela puede llevarla por sí mismo el consejo de familia o el protutor, en el caso de que el tutor no esté todavía en condiciones de comenzar su desempeño.

9. MODIFICACIONES DE LA TUTELA. SUPUESTOS DE MODIFICACION

La tutela queda modificada normalmente por los cambios de las personas que integran el organismo tutelar.

Como causas de esta modificación pueden tomarse en consideración:

a) El fallecimiento, la incapacidad sobrevenida o la remoción del tutor (art. 238). En estos casos queda la «tutela vacante». Sobre tutela vacante, confróntese artículos 240 y 236, 4.º Se debe entonces proceder al nombramiento de un nuevo tutor siguiendo las mismas normas de la delación (testamentario si hubiese sustituto, cfr. art. 208; legítimo, o dativo).

b) La renuncia al cargo de tutor en virtud de causa legítima y debidamente justificada (cfr. 202).

c) La aparición de un tutor con preferente derecho (cfr. art. 210) para el caso de tutela testamentaria.

d) La nulidad del nombramiento.

Las mismas causas son aplicables al protutor.

De los cambios que pueda experimentar el consejo de familia en las personas de sus miembros durante el funcionamiento nada dice el Código civil. Sabemos que las causas de inhabilidad y de remoción son aplicables (art. 298), pero nada se dice respecto del modo de cubrir las vacantes. Parece por ello que deberá seguirse el mismo criterio que para la constitución del consejo, esto es, el nombramiento judicial.

Como vicisitudes de la tutela pueden citarse también el tránsito de tutela plena a tutela restringida (v.gr., en emancipación o habilitación de edad), y el tránsito de una tutela especial a la tutela normal (v.gr., en caso de desaparición del padre y en el de separación de los cónyuges).

Por último, en los supuestos de tutela graduable por incapacitación, queda modificada la tutela al ampliarse o restringirse el ámbito de poder del incapacitado.

10. LA EXTINCION DE LA TUTELA

Nuestro Código civil dedica a este tema los artículos 278 y 313. Con arreglo al primero, «concluye la tutela: 1.º, por llegar el menor a la edad de veintinueve años, por la habilitación de edad y por la adopción; 2.º, por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos». Por su parte, el artículo 313 señala que el consejo de familia se disolverá en los mismos casos en que se extingue la tutela.

Sistematizando las causas de extinción, podríamos establecer:

a) La mayoría de edad plena. En este caso, la tutela queda plenamente extinguida. Una tácita continuación sólo tendría sentido como contrato de mandato o como gestión de negocios.

b) La habilitación de edad, el matrimonio del menor y la emancipación por concesión de la patria potestad (tránsito de tutela plena a tutela restringida).

c) La adopción del menor, desde el momento en que entraña su sumisión a la patria potestad del padre adoptante.

d) Aunque el Código no los menciona de una manera expresa, hay que incluir también aquí los casos de reaparición del ausente o del de-

clarado fallecido y las demás hipótesis de recuperación de la patria potestad por el padre privado de ella (extinción de la incapacitación, reconciliación de cónyuges separados, levantamiento de penas, etc.), así como la terminación de la quiebra.

e) Finalmente, la desaparición de la incapacitación del tutelado, declarada por resolución judicial firme.

En todos estos casos cesa el estado civil de persona tutelada. El tutelado se gobierna por sí mismo o pasa de nuevo a patria potestad. Los órganos de la tutela deben rendir cuentas de su gestión y responden de las irregularidades y de los daños y perjuicios. Al pupilo le asisten, además, especiales acciones rescisorias (art. 1.291, 1.º). Las inscripciones registrales deben cancelarse, aunque sobre esto nada diga la Ley de Registro Civil.

Lo realizado por los órganos de la tutela después de la extinción constituye extralimitación.

11. EL CONSEJO DE FAMILIA. CONCEPTO. NATURALEZA JURIDICA

Un estudio detenido del consejo de familia no ha sido todavía realizado en el Derecho español. Y, sin embargo, pocas instituciones presentan un interés, teórico, sobre todo, cuando se las somete a un estudio crítico detenido y metódico.

Ante todo, sabemos ya que el consejo de familia es en nuestro Derecho uno de los órganos de la tutela, no ciertamente de toda especie de tutela, pero sí de la tutela en general. Funcionan, por ejemplo, sin consejo de familia la tutela de los menores cuyos padres tienen pendiente un procedimiento de separación (art. 69 del Código civil); la de los menores cuyo único padre se encuentra desaparecido en ignorado paradero, cuando se adoptan las llamadas medidas provisionales en caso de ausencia o defensa del desaparecido (arts. 181 C. d., y 2.034 E. C.). Tampoco funciona el consejo de familia en la tutela de los emancipados (artículo 317, etc.).

Nuestro Código civil, sin embargo, considera al consejo de familia como un instrumento general a toda tutela. «La tutela—dice el artículo 201—se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del *consejo de familia*.» Consejo de familia es, pues, un cierto número de personas a quienes la ley coloca en una determinada situación, concediéndoles unas atribuciones e imponiéndoles unos deberes y una conjunta actuación, respecto a la tutela de otra.

a) Consejo de familia son, por tanto, varias personas. Podemos decir, desde este punto de vista, que el consejo de familia es una situación jurídica plurilateral. Lo llamamos situación jurídica porque el consejo de familia no da lugar a especiales vínculos de derecho entre las personas que se encuentran en esta dada situación, que coinciden de ella. En cuanto a estas personas, dentro de esta situación tienen asignado un cometido idéntico, podemos decir que forman un grupo o una agrupación.

b) Todo el contenido—poderes y deberes—que confluye en esta situación jurídica está dirigido a la realización de la finalidad tuitiva y protectora que es propia de la tutela, es decir, se dan o se atribuyen no en interés de sus propios titulares, sino en interés del protegido fundamentalmente y, en definitiva, en interés de la sociedad. Esto significa que los poderes conferidos a los componentes del consejo de familia no son derechos subjetivos, sino potestades familiares, es decir, medios instrumentales para la realización de una función. La tutela es, como ya habíamos visto, ante todo, una función, y los encargados de ella, «funcionarios». El consejo de familia es, pues, desde este punto de vista, una parcela de la función tutelar. Sus componentes son funcionarios, personas que desempeñan un «cargo». Se llega por este camino a la idea del «oficio» o «cargo de Derecho privado», que apuntó MESSINEO en 1923, al estudiar la figura del albacea en su *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, y que más recientemente ha recogido BETTI en varios de sus estudios. Un cargo consiste en una suma de atribuciones y de deberes jurídicos que se conceden a una o a varias personas en orden al interés ajeno, como antes hemos dicho, ya que contrasta con la idea de derecho subjetivo privado, entendida en su tradicional sentido de poder conferido al individuo en orden a sus típicos y propios intereses. En el oficio de derecho privado se ejerce, aunque sea en nombre propio, una función en interés ajeno, conforme a un deber jurídico y en virtud de un poder atribuido para ello.

c) Ahora bien, la realización de una función es, en general, algo bastante complicado. Es necesaria la creación de una estructura formal de carácter estable y, por tanto, de una organización. Una organización existe siempre que una serie de elementos materiales y corporales se disponen adecuadamente para la consecución de un fin. Esta estructuración y disposición de elementos materiales y personales para la realización de una función hace necesaria una distribución de competencias, una delimitación de cometidos. La persona o personas con un cometido determinado dentro de una organización pueden sin dificultad llamarse «órganos». El consejo de familia es, pues, un órgano familiar y un órgano tutelar.

d) La reunión de las dos notas hasta ahora estudiadas—pluricidad organizada—nos llevaría inmediatamente a la conclusión de que el consejo de familia es un órgano colegiado, un *collegium*. Es quizá una de las pocas formas claras de *collegium* dentro del Derecho privado. Por esto, el consejo de familia recuerda siempre un poco, salvadas, naturalmente, las distancias, al Consejo de Administración de una sociedad mercantil. La idea de *collegium* nos lleva, en cambio, en seguida al Derecho público, que conoce una floración inmensa de formas colegiales. La colegialidad ha hecho, desde luego, a algunos autores pensar en el Derecho público y pretender que el consejo de familia debe ser llevado a este campo. Esta idea, que se encuentra ya en CÍCU, ha sido posteriormente muy desarrollada. Efectivamente, aquí nos encontramos frente a un fenómeno de carácter transindividual, que desborda el Derecho privado. En este último se toma en consideración de una manera estricta la ordenación de relaciones interindividuales, mientras que el fenómeno colegial es transindividual y aparece para realizar un fin supraindividual, un fin social y colectivo.

12. ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DEL CONSEJO DE FAMILIA

Aunque la Ley de Bases habló de resucitar en nuestro Derecho la institución histórica del consejo de familia, siguiendo las directrices de GARCÍA GOYENA y del proyecto de 1851, que, sin embargo, en este punto se inspiraron en el Derecho francés, parece hoy unánime la doctrina en entender que el consejo de familia no tenía antecedentes históricos en nuestro Derecho hasta la publicación del Código civil. En nuestro Derecho histórico hay, según sabemos, un largo sistema de tutela individual bajo la supervisión de la autoridad judicial: la justicia, los alcaldes, según expresan nuestros fueros. Lo único que en ocasiones hay en nuestras antiguas leyes (*Fuero Juzgo*, *Fuero Viejo*, *Fuero Real*) es un llamamiento indiferenciado para ejercer la tutela a los «parientes», a los «propincuos», a los «hermanos», pero no existe ni rastro en nuestro Derecho histórico de que estos parientes constituyeran una asamblea tutelar. El autor de las *Concordancias* quiso, sin embargo, entrever en las leyes puramente españolas lo que él llamaba rasgos informes y, aun si se quiere, groseros del consejo de familia. Se citan en este sentido una ley visigoda, conforme a la cual el tutor *ab aliis parentitur*, y una ley del *Fuero Real*, que dice que «el alcalde con los parientes más próximos del muerto dan los huérfanos y sus bienes a quien los haya en guarda»;

pero lo cierto es que el consejo de familia es una institución de inspiración francesa. Tiene su origen en la asamblea de parientes del antiguo sistema de *Droit coutumier*, y todavía hoy subsiste como uno de los pilares básicos del sistema de tutela familiar. En el antiguo Derecho germánico se siguió primeramente el sistema de tutela colectiva de la *Sippe*, que era la verdadera portadora del poder tutelar y que podía ejercerlo en mano común. Más tarde, cuando el ejercicio concreto se confía a una persona como *Treuhänder*, la *Sippe* ejerce una especie de supertutela. En el actual Derecho alemán y suizo se admite la figura del *Familienrat*, pero con un carácter meramente facultativo.

13. SIGNIFICACION DEL CONSEJO DE FAMILIA EN EL DERECHO MODERNO

En el Derecho moderno, la ley atribuye al consejo de familia un papel muy importante dentro de la organización de la tutela.

1.º El consejo de familia desempeña un papel decisivo en la formación del organismo tutelar: nombra al tutor dativo y al protutor (artículos 204, 3.º, y 233); decide sobre las incapacidades o excusas (arts. 239 y 247) y sobre la remoción y destitución de los tutores.

2.º El consejo de familia desempeña igualmente un importante cometido en todo lo que se refiere a la dirección y gobierno de la persona del tutelado; el tutor se encuentra siempre bajo la vigilancia y el control del consejo de familia, cuya intervención es necesaria en los actos más importantes de la vida del menor o del emancipado: consentimiento o licencia para el matrimonio (art. 46), autorización para ser adoptado, concesión del beneficio de la mayor edad (art. 322), ejercicio del derecho de corrección (art. 269, 1.º), resolución sobre la carrera u oficio del menor (art. 269, 2.º), internamiento en un establecimiento sanitario, etc.

3.º Finalmente, el consejo de familia interviene de una manera decisiva en el funcionamiento de la tutela. Está encargado legalmente de controlar y fiscalizar la gestión del tutor. Comparada la tutela con una empresa financiera, el consejo de familia sería, ya lo hemos dicho, el Consejo de Administración, mientras que el tutor sería un director-gerente; el protutor, en cambio, es un director-adjunto, con firma mancomunada en algunos asuntos. El consejo de familia supervisa la gestión del tutor, recibe las rendiciones periódicas de cuentas y su intervención es siempre necesaria para autorizar los negocios patrimoniales más graves e importantes.

La función tutelar del consejo de familia reviste caracteres de dirección y gobierno. Como toda función directiva, se realiza siempre a través de mandatos. Es muy curioso observar que los actos del consejo de familia son siempre mandatos u órdenes. El consejo de familia termina su misión en lo puramente ordenador. La ejecución del mandato compete a los órganos gestores. El consejo de familia decidirá, por ejemplo, si se debe o no aceptar una herencia deferida al menor o entablar o no una demanda; pero, en cambio, no será él quien acepte la herencia o comparezca en el pleito. Sería de sumo interés intentar un estudio de la naturaleza jurídica de los dictados y mandatos familiares, entre los cuales se encuentran las órdenes del padre o del marido, a las que se debe jurídicamente obediencia.

El consejo de familia actúa siempre a través de mandatos, que sus actos son siempre mandatos. Estos mandatos podrían estructurarse en:

a) Ordenes de carácter general: se suministran criterios rectores de imperativo cumplimiento (carrera del menor, reclusión, alimentos, continuación de la industria, etc.).

b) Decisiones: se resuelven puntos controvertidos dentro del propio organismo familiar; el consejo de familia enjuicia y falla el caso (capacidad del tutor, excusas, destituciones, etc., calificación de fianzas).

c) Autorizaciones: son órdenes concretas de carácter permisivo; la consulta al consejo de familia es obligatoria; la autorización es contestación afirmativa a una consulta (por ejemplo, vender, dividir cosas comunes, etc.).

d) Prohibiciones: la prohibición es la cara posterior de la autorización. Cuando el consejo de familia deniega una autorización, en realidad prohíbe la ejecución de un determinado acto, negocio, conducta, etc.

El hecho de que los actos del consejo de familia sean órdenes explica el que contra ellas quepa normalmente recurso (art. 310). Si se tratara de simples declaraciones de voluntad, de carácter negocial (acuerdos), no se comprende bien su recurribilidad. Un recurso cabe solamente contra un mandato, contra una decisión.

Hemos visto hasta ahora el papel, lleno de sentido, que desempeña el consejo de familia dentro de la organización de la tutela. Debemos ahora encararnos con el cariz crítico de la institución. Cuando GARCÍA GOYENA trató de introducirla entre nosotros, su propósito tuvo en general una buena acogida, como lo demuestra el hecho de que el legislador de 1889 hiciera suya aquella iniciativa. BENITO GUTIÉRREZ, por ejemplo, era todavía más radical que GARCÍA GOYENA, pues donde éste encontraba sólo un rastro histórico informe y aun grosero, aquél encontraba un evi-

dente y notorio antecedente. La utilidad de la reforma se consideraba inmensa, por los requisitos con que se establece, las precauciones con que se rodea y las personas llamadas a componerlo. Como *desideratum*, se decía: la novedad es aceptable, y el pensamiento del legislador, plausible. Parecía mucho más conveniente fiar la dirección general de la tutela a personas unidas al pupilo por lazos de familia y de afecto, que a los funcionarios de la Administración del Estado, alejados de la preocupación vital y de los problemas íntimos de una situación familiar.

Con todo, en la actualidad, la institución es duramente criticada. De hecho, funciona mal. Muy pocos son estadísticamente los consejos de familia que llegan a constituirse de una manera regular, y menos aún, los que funcionan de una manera estable y constante, como requieren los desvelos y atenciones que han de tenerse con un menor o con un incapaz. La composición del consejo es, por otra parte, demasiado numerosa, lo que obliga en ocasiones para formarlo a echar mano de personas que guardan con el pupilo un parentesco lejano, que carecen de interés por sus asuntos y para quienes el consejo es sólo una fuente de molestias o de preocupaciones, que no ofrece, en cambio, ninguna compensación de tipo material.

Todo ello lleva, además, envuelta la discusión en torno a los dos grandes sistemas de tutela (judicial, familiar), de que ya hemos hablado.

La raíz de una solución de estos problemas quizá pueda encontrarse pensando en que no todas las tutelas ofrecen las mismas características ni presentan iguales dificultades. No es lo mismo, por ejemplo, la tutela de un incapaz ejercida por su cónyuge o por su padre, que la tutela de un menor por un extraño. No es lo mismo tampoco la tutela de un menor que ha heredado una fortuna cuantiosa, que la de aquel que ha recibido unos escasos bienes o quizá ninguno, y, sin embargo, exigimos para todos formalidades idénticas. Por ello acaso la solución se encuentre en dar carácter facultativo a estas organizaciones tutelares superiores, en que la gestión patrimonial es amplia y existen intereses familiares encontrados (constitución del consejo de familia a solicitud del tutor o por una orden de oficio del Tribunal de Tutelas).

14. COMPOSICION DEL CONSEJO DE FAMILIA

El estudio de la composición del consejo de familia presupone tres distintos grupos de cuestiones: *a)* el relativo al número de personas que deben componerlo; *b)* el referente al modo de designación de los miembros, y *c)* por último, todo lo que se refiere a la idoneidad y capacidad

para la ocupación del cargo. A continuación vamos a ir estudiando cada uno de estos problemas, advirtiendo que los elementos que han de componer el consejo son distintos, según que se trate de consejo constituido para hijos legítimos y personas acogidas en establecimientos de beneficencia.

a) *Número de miembros*.—Es normal entre nosotros afirmar que el consejo de familia se compone siempre de cinco personas. Efectivamente, cinco es el número que tiene la ley presente (cfr. art. 294, «si no llegaren a cinco se completará»; *ibid.*, «los cinco más próximos parientes»; art. 302, «presidente y cuatro vecinos»).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el padre y la madre tienen un amplio poder, por lo que se refiere a la formación del consejo de familia, y que, por tanto, pueden aumentar o disminuir este número. La doctrina, por lo general, entiende que cinco es un mínimo legal, y que el padre, si bien puede ampliar este número, no puede, en cambio, reducirlo. A mi juicio, los términos del artículo 296 son claros, en el sentido de las amplias facultades del padre sobre este número de vocales.

b) *Designación de vocales*.—La doctrina entiende que hay tres modos de designación de miembros de un consejo de familia, como hay, en general, tres modos de tutela: testamentaria, legítima y dativa. Testamentario es el consejo cuando se forma o lo componen las personas designadas por el padre o la madre en su testamento (art. 294, 1.º). Legítimo, cuando se forma con las personas llamadas por la ley. Dativo, cuando es el juez quien los designa. Se admite, por último, una cuarta forma o mixta de las anteriores (por ejemplo, parte testamentario y parte legítimo).

A mi juicio, no hay más que dos formas de designación de los miembros de un consejo de familia, que podemos llamar designación negocial y designación judicial.

α) *La designación negocial*.—Los vocales de un consejo de familia pueden ser, en primer lugar, nombrados en virtud de una declaración de voluntad del padre o de la madre, es decir, en virtud de un negocio jurídico de Derecho de familia.

β) *La designación judicial*.—En defecto de una designación de los miembros del consejo de familia por vía judicial, la designación se realiza en virtud de una decisión del poder judicial. La ley se limita a establecer una serie de preferencias, que son de imperativa observancia por el juez. Esta preferencia se establece así:

1.º Hay, en primer lugar, un grupo de lo que podríamos llamar los «parientes inmediatos» del tutelado. En este grupo se encuentran los

ascendientes, descendientes y hermanos del tutelado (art. 294, 1.º y 2.º). La Ley de 24 de abril de 1958 ha modificado en este punto la redacción anterior del Código civil. En la redacción anterior se llamaba a los «ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de hermanas vivas». Se ha suprimido la diferencia injustificada por razón de sexo, pero al darse entrada a las hermanas han quedado excluidos los maridos de éstas.

La preferencia dentro de este grupo se establece atendiendo, por este orden: a la proximidad de grado, al sexo y a la edad (art. 295). También en este punto se ha reformado el criterio anterior, donde se atendía únicamente al grado y a la edad.

2.º El segundo grupo está formado por los demás parientes. El Código civil ahora no puntualiza, por lo cual el llamamiento se extiende a todos los parientes, lo mismo consanguíneos que afines, como había dicho ya el Tribunal Supremo en dos sentencias (23 de abril de 1914 y 24 de junio de 1905).

Se suprime con buen derecho el requisito de masculinidad («parientes varones») y, además, la pertenencia a las líneas paterna y materna.

Entre ellos se da preferencia al grado, «como garantía—había dicho el Tribunal Supremo (17 de junio de 1893)—de mayor afecto, cualquiera que sea la línea de ellos, no siendo preciso que ambas líneas estén representadas en el consejo». En igualdad de grado funcionan el sexo y la edad.

3.º En el tercer grupo se encuentran las «personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres». Tanto la honradez como la amistad se toman aquí en su puro valor y contenido social. Habrá únicamente un deber del juez de informarse respecto a la concurrencia de estos datos. Es notable la valoración jurídica que aquí recibe la amistad, siempre considerada como fenómeno extrajurídico. Por otra parte, vale la pena observar que esta amistad es con los padres, lo que está justificado en la tutela de los menores, en la que acaso se ha pensado. En la tutela de incapaces quizá debiera haberse valorado de una manera preferente la amistad con el propio incapacitado.

4.º Existen reglas especiales tratándose de hijos naturales y de ilegítimos no naturales (arts. 302 y 303). Respecto a los hijos naturales, la especialidad consiste en que el llamamiento se hace exclusivamente a los parientes del padre o madre que los hubiese reconocido, por lo cual el sistema no cambia cuando hay un reconocimiento bilateral. Es curioso observar, sin embargo, que estos parientes del padre o madre que reconoce no se hallan ligados al tutelado por vínculos de parentesco (sucesión, alimentos, etc.).

En el caso de hijos ilegítimos no naturales, el consejo lo componen

el fiscal municipal y cuatro vecinos honrados. A la honradez se une aquí la vecindad, que no estaba en el 294 («personas honradas»). La vecindad parece que se entiende con domicilio o residencia (cfr. art. 297). Una observación a este último párrafo del artículo 302. El ilegítimo, aun careciendo en rigor de padre y, por tanto, de parientes por estas líneas, puede, si es incapaz, no si es menor, tener parientes (su descendencia legítima, los afines).

Tampoco se ha mencionado aquí a los hijos adoptivos (cfr., sin embargo, art. 174, 6.º y 7.º).

5.º Por último, el artículo 303 contiene una norma de índole especialísima: «La administración de cada establecimiento de beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden a los tutores y al consejo de familia.» También la interpretación de este artículo suscita dificultades. Primero, en su concordancia con el artículo 212. Allí se habla de expósitos y de casas de expósitos, mientras que aquí es sólo de huérfanos menores acogidos. Allí tutor es el jefe de la casa, mientras que aquí las funciones de tutor y consejo de familia competen a la Administración.

En segundo lugar, y siguiendo el hilo de este razonamiento, mientras el expósito carece en absoluto de familia, el huérfano no tiene por qué carecer de ella, lo cual nos plantea todavía el problema de la preferencia entre un consejo familiar y un consejo administrativo.

En tercer lugar, la norma presupone un «acogimiento», es decir, no sólo una residencia en el establecimiento—que no es necesaria: menor a quien el establecimiento envía a estudiar a una universidad—, sino una subsistencia a costa de él, lo que excluye a las personas simplemente educadas o protegidas.

Para la idea de establecimiento benéfico hay que acudir a la legislación administrativa.

Finalmente, entendemos que hay aquí tutela de persona jurídica (no de las personas, sino de la institución), importante a efectos de responsabilidad.

γ) *La idoneidad de los miembros.*—Un estudio de la idoneidad personal para ser miembro de un consejo de familia comprende dos grupos de problemas: capacidad y excusa. En realidad, no todas las llamadas incapacidades lo son en rigor. Hay dentro de ellas incapacidades y prohibiciones. Se aplican por remisión las causas de incapacidad de la tutela (artículo 238). El problema consiste en averiguar si en el juicio de incapacidad se siguen también aquellas normas (arts. 239 y sigs.), siendo el propio consejo quien enjuicia la capacidad de sus componentes o se acude al juez.

El código conoce dos causas especiales: la exclusión del oficio por el padre o por la madre en su testamento. Tienen aquí el padre y la madre un claro derecho de veto. Lo curioso de este derecho al veto es que sólo parece poder ejercitarse *postmortem* y no, en cambio, en vida (por ejemplo, padre del incapacitado). Este derecho de veto, que se ejercita en el negocio jurídico de ordenación de la tutela, tiene entre nosotros carácter incondicionado y absoluto. No necesita expresión de causa ni concurrencia de una justa causa. El problema radica en averiguar si la expresión de una causa falsa hace ineficaz el veto. Habría que distinguir el error en la causa y la mera alegación de una causa falsa a sabiendas de su falsedad. Sólo en el primer caso—voluntad viciada—podría sostenerse la ineficacia del veto. También error en el nombre. La segunda circunstancia de inidoneidad viene establecida por el artículo 299. El tutor y el protutor no podrán ser a la vez vocales del consejo de familia. Con ello parece dar a entender la ley que hay una preferencia entre el llamamiento para el cargo de tutor o de protutor y el llamamiento para formar parte del consejo de familia. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que «si el tutor o el protutor es llamado por ministerio de la ley para el consejo familiar, no es posible privarle de la facultad de optar por cualquiera de los dos cargos».

En cuanto a excusas, rigen también las normas del tutor (art. 298), con idéntico problema en cuanto a competencia para el juicio de excusa. Como excusa especial, ver artículo 297, residencia fuera del lugar. Este lugar es aquel donde está el Juzgado en que «radicare la tutela» (no del Juzgado constituyente del consejo). Ahora bien, ¿dónde radica la tutela? Parece, en principio, que en el domicilio del tutor, que es también el legal del pupilo (cfr. art. 244, al tutor no se le admite esta excusa), y, sin embargo, la tutela se constituye en el lugar de domicilio del padre o madre cuya muerte ocasione la tutela, en el domicilio del propio menor o incapacitado o en cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles (artículo 63, 17, L. E. C.).

δ) *Las sanciones de la irregularidad de la composición del consejo de familia.*—La ley no ha previsto de una manera categórica la sanción para las reglas relativas a la composición del consejo de familia. Esta sanción puede ser únicamente la nulidad del acto jurídico de constitución del consejo y, por tanto, la invalidez de la actuación (deliberaciones, acuerdos, etc., del propio consejo). Sin embargo, unas consecuencias tan drásticas pugnan muchas veces con la finalidad perseguida, que no es otra que la protección de los intereses del menor.

La jurisprudencia francesa, en este sentido, concede al juez un am-

plio poder de apreciación y pronuncia la nulidad únicamente en los tres casos siguientes:

1.º Cuando la irregularidad es consecuencia de un fraude dirigido a eliminar sin razón a una persona que hubiera debido ser normalmente llamada.

2.º Cuando la irregularidad, aunque haya sido cometida sin fraude, ha ocasionado un perjuicio a los intereses del menor o del incapaz.

3.º Cuando la irregularidad aparece como sustancial; para definir esta irregularidad sustancial, la jurisprudencia francesa considera que la hay cuando la asamblea no tiene la apariencia exterior de un verdadero consejo de familia, por ejemplo, por no haber sido presidido por el juez de paz o estar compuesto por menos de seis miembros; pero, en cambio, el hecho de no haber sido seguido exactamente el orden legal en la elección de los miembros del consejo de familia no puede motivar por sí solo la nulidad.

Nuestro Derecho ha seguido muy de cerca estas orientaciones. El artículo 296 parece dar a entender que la nulidad debe sólo declararse en aquellos casos en que sea absolutamente irremediable, en que sea el único medio para corregir un daño ya producido. Se distinguen así dos supuestos, que conducen a la nulidad del consejo y de toda su actuación: dolo y perjuicio.

1.º Dolo debe entenderse aquí como engaño y como maquinación fraudulenta, es decir, designio de hacer ingresar en el consejo a personas que no debían formar parte de él o, al revés, impedir o eliminar la entrada de una persona con derecho a ello. Por ejemplo, se presenta un testamento a sabiendas de su nulidad o de su revocación para que se defiera el cargo a los allí designados; se oculta la existencia de un pariente próximo con derecho preferente; se hace aparecer como parientes a personas que no lo son.

Este dolo no presupone la complicitad o cooperación de varias personas ni mucho menos la intervención en el mismo del juez. Es preciso, sin embargo, que haya sido decisivo.

2.º El segundo elemento que valora la ley es la producción de un perjuicio a la persona o bienes del sujeto o tutela. Para valorar debidamente esa circunstancia hay que examinar detenidamente la relación de causalidad en que debe hallarse este perjuicio con la actuación del consejo de familia y, ante todo, responde a esta cuestión: si el perjuicio basta que esté causado por la actuación del consejo (por ejemplo, ordenó la continuación del comercio del padre, y este comercio quiebra después),

aunque esta actuación haya sido diligente y el perjuicio fortuito, o si, al contrario, el perjuicio debe venir producido por la irregular constitución del consejo, de tal manera que de haberse constituido regularmente no se hubiera producido. Una interpretación literal y racional lleva a este último.

En los demás casos—fundamentalmente errores no maliciosos—, la irregularidad no daña la actuación anterior, pero es corregida *a posteriori*.

Por otra parte, en la irregular composición hay que medir la trascendencia. El Tribunal Supremo ha dicho que la nulidad del nombramiento de un vocal del consejo de familia no lleva necesariamente consigo la de todos los acuerdos en que el mismo intervenga, a no ser que conste que su voto decidiera la adopción de estos acuerdos (sentencia de 6 de abril de 1916).

LUIS DíEZ PICAZO