

¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?

¿Puede una persona designar para el futuro su propio tutor? Ya veíamos al examinar la legislación inglesa (1), que ello le está permitido al pupilo. De todos modos, este principio doctrinal no ha sido recogido, generalmente, por las legislaciones, porque inclusive no ha recibido el adecuado desarrollo por parte de la doctrina.

Se ha dicho, sin embargo, que este principio doctrinal de la autotutela, puede ser manifestación práctica de la concepción jurídica de los derechos sobre la propia persona. Así, el acto de exteriorizar la voluntad reflejándola sobre sí, vertiéndola sobre uno mismo, debe considerarse, por lo que afecta al organismo tutelar, perfectamente válido.

Se ha tratado de buscar un precedente legislativo de esta cuestión, en la regulación que hacen los Códigos civiles de la herencia hecha al favor del alma, que se considera como verter en sí mismo el contenido económico de una transmisión. Con todo, del examen del artículo 204 de nuestro Código civil, que es el que puede tener más relación directa con esta materia, se infiere que no pasó por la mente del legislador la regulación de la cuestión aquí planteada; pues aunque se arguya por los partidarios de dar validez a los actos de autotutela, que antes que el cariño o afecto de los demás (tutelas testamentaria, legítima o dativa), está el propio cariño, más egoísta y previsor; no obstante, dicho argumento, lo cierto es que

(1) Este trabajo es un epígrafe de mi libro «La Tutela», próximo a publicarse.

no encontramos en el articulado de nuestro Código civil un precepto sobre el cual levantar una posición afirmativa respecto a la cuestión que se debate (Sánchez Torres, «Una nueva modalidad tutelar», Rev. Crít. Derecho Inmobiliario, 1928, IV, páginas 345 y siguientes).

En nuestra Patria, planteó esta cuestión doctrinal don Diego María Crehuet del Amo, en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1921), bajo la denominación de «Tutela Fiduciaria», por la particular confianza que le merece la persona designada al posible tutelado; pues aunque en Roma se empleó esta denominación para denotar la que correspondía al hijo del emancipante, según describió la «Instituta», ello hoy no es óbice para darle este nuevo significado, por las razones siguientes: 1.^a Porque aquélla es una institución que murió para no resucitar. 2.^a Porque dicha calificación encaja primorosamente en el fundamento de esta clase de potestad deferida, que, cual en la institución de los fideicomisos, es irremplazable; y 3.^a Porque del mismo modo hoy la expresión «arras», se utiliza para dos conceptos distintos, en el de parte anticipada del precio en la compra-venta y en el de donación nupcial especial, bastando saber, a fin de no incurrir en confusión, con qué acto se le relaciona.

Justifica, además, la admisión de este instituto —al parecer de Crehuet—, el criterio que inspira toda la institución tutelar, de que siempre debe de ser apreciado el interés del tutelado; y así, puede nombrar tutor al menor o incapacitado, el extraño que le deje herencia o legado de importancia (art. 207), bastando la capacidad para testar. De donde resulta, que el menor de edad y mayor de catorce años (art. 663, 1.º), el demente en el caso y con las formalidades que exige el artículo 665, y el pródigo (art. 221, 2.º), tienen la posibilidad de hacer esta designación. Por consiguiente, con mayor razón la persona plenamente capaz ha de poder nombrárselo así misma, antes de ser incapaz.

Pues bien, examinando los supuestos recogidos en el artículo 200 del Código civil, se obtienen las siguientes conclusiones:

a) Que debe rechazarse la Tutela Fiduciaria para los menores (núm. 1.º), pues dado el carácter público de la institución tutelar, iría contra el fin de la institución entregarle la facultad de nombrarse su tutor a quien se presume que no ha alcanzado la necesaria plenitud y razón de juicio y entendimiento.

b) Alterando el orden del artículo comentado y fijándonos ahora en el número 3.º, debe también negársele a los pródigos, puesto que no pueden prever la situación de su estado, por cuanto en esa falta de previsión descansan los pilares del instituto, ya que de ser de otra manera se moverían en las zonas de la inmoralidad y la delincuencia.

c) Tampoco debe conferirse por consecuencia de imposición de la pena de interdicción civil (núm. 4.º), en razón que implicaría un absurdo moral; ni a los sordomudos que no sepan leer y escribir, en cuanto carecen de medios de expresión de su voluntad.

d) Luego de lo dicho se desprende, que sólo a los locos o dementes puede concedérseles esta facultad, siempre que lo efectúen en momento que tengan plena su capacidad.

Empero, ¿basta que un mayor de edad manifieste, por medio de instrumento público, que defiende la tutela para sí en el caso que se torne incapaz? ¿No sería un mandato «sui generis» que, en cuanto tal, no se extinguiría, a tenor del artículo 1.732 del Código civil, por la declaración de loco, demente o imbecil del mandante? Bien es verdad que, por la fuerza de la tradición, la tutela —aparte las deferidas por la Ley y el Consejo de Familia—, ha de serlo por testamento, cuyo instrumento no puede ser aplicable para la Tutela Fiduciaria, porque no podría discernirse sino después de haber muerto el otorgante.

No siendo la tutela una consecuencia de la patria potestad, sino de hallarse el tutelado en una situación de desamparo familiar en «sentido estricto», constituyendo un ministerio social, no se alcanza por qué únicamente por disposición de última voluntad haya de poder hacerse el nombramiento del tutor. Antes se explicaba esta forma solemne, puesto que se discernía por la muerte del padre, y era, además, el testamento la forma por excelencia solemne y trascendental de los actos jurídicos. Hoy, confundidas la tutela y la curatela en su fundamento jurídico, el incapaz puede tener necesidad de protección en vida del padre y no ser conveniente aguardar a que fallezca el progenitor para que recaiga la tutela en quien él designe. Además, el testamento es en la actualidad un acto igualmente solemne como cualquiera otro y hasta hay formas de alguno, como la del ológrafo, desprovisto de toda solemnidad, no siendo autenticado sino después de la muerte del testador.

Por todo esto, no vemos inconveniente alguno para que la de-

signación del tutor pueda hacerse por actos intervivos, mediante lo que pudiéramos calificar mandato tutelar, que no sería contractual, sino unilateral, porque siendo la tutela institución obligatoria y de orden público, la designación se impondría sin necesidad de aceptación del llamado, salvo las causas de excusa señaladas por la ley; pues, independientemente de que dicho acto no podría ser otorgado más que por personas mayores de edad y de que surtiría efectos jurídicos en vida del que lo realizó, por lo demás guardaría grandes similitudes con la designación testamentaria del tutor, por lo que también se le podría denominar «cuasi-testamento». De este modo, sería factible de renovación, ínterin no se iniciase el procedimiento para pronunciar la incapacidad del otorgante, ya que, si la voluntad humana es mudable hasta la muerte, no hay razón para que no tengan eficacia las mudanzas expresadas en acto unilateral que no afecta en cada una de sus manifestaciones a tercero, sino que sólo, en la última manifestación ha de existir con éste por el nexo obligatorio de la tutela.

Lo que quizá no ofrezca lugar a dudas en nuestra legislación —y este problema no se lo plantea Diego María Crehuet—, es que le esté permitido al presunto incapaz, formular por actos intervivos, su oposición a que determinada persona desempeñe la tutela en el supuesto de su futura incapacidad. Ello no exigiría forzar la interpretación de ningún precepto del articulado de nuestro Código civil, pues constituye el ejercicio de una facultad potestativa por parte de la persona individual, que no está en contradicción con el carácter social de la institución tutelar, en cuanto ésta tiene como finalidad principal, la protección de la persona e intereses del incapaz. Luego la sociedad, por su propio bien, no puede imponerle a una persona, el que sufra la potestad de un tutor que él ha reprobado de antemano, porque ello significaría una coacción moral intolerable en el ámbito inviolable de la libertad individual.

En cuanto al supuesto de la admisión de la autotutela, ya indicamos al principio del epígrafe, que el artículo 204 del Código civil nos da base para una construcción de la figura jurídica dentro de las normas reguladoras del instituto. Acaso pudiera ser que, partiendo de la elasticidad que se propugna por la doctrina moderna para el nombramiento del tutor, cupiera esta designación tutelar intervivos, amparada en la solemnidad que hoy rodea al documento público y en la semejanza que se ha querido ver por algunos autores

entre las instituciones del tutor y el albaceazgo; si bien existe entre ellos la diferencia esencial —hecha notar por la S. de 4 de febrero de 1902—, de que mientras la primera comprende un conjunto de derechos con relación a las personas, el albacea los posee sobre el patrimonio del difunto; pero uno y otro tienen su razón de existencia, en el respeto que merece siempre la voluntad del designante por lo que se refiere a la salvaguarda y destino de sus intereses.

Fué Windscheid quien vió esta analogía entre la posición del ejecutor testamentario y el tutor en el Derecho romano, no siendo óbice para admitirla el que el cargo de tutor sea establecido en interés público, y, por el contrario, el albaceazgo suponga una función privada del testador, no hallándose constreñido a la aceptación del puesto para que se le llama («Diritto delle pandette», traduc. Fadda y Bensa, Torino, 1925, vol. III, págs. 213 y 214).

En nuestra patria, últimamente, ha sido acogida de lleno la posición del insigne pandectista alemán, por el profesor Royo Martínez. Para él, el albaceazgo es una posición o situación jurídica conferida por voluntad unilateral «mortis causa», que inviste a quien la acepta de facultades (a las que van anejos deberes) para realizar determinadas funciones o, genéricamente, para velar por la conservación del patrimonio hereditario y para cumplir o ejecutar la última voluntad del «de ciutis», con sujeción a dicha voluntad y a la ley, a través de las incidencias que la sucesión suscite («Derecho Sucesorio», Sevilla, 1951, pág. 315).

De otra parte, el moderno Código civil italiano ha venido a encontrar también las diferencias entrambos institutos, al emplear el mismo vocablo —«ufficio»—, cuando se refiere a los cargos de tutor (artículo 248) y albacea (art. 700), por lo que considera la doctrina, rechazadas las posiciones expuestas bajo el abrogado Código de 1865, y limitadas las diferencias entre ellos, a no ser el tutor un cargo público, mientras lo es de carácter privado el albaceazgo. MESSINEO: «Manuale...», Milano, 1951, vol. III, parte 2.^a, págs. 193 a 195).

Luego, salvando las peculiaridades propias de cada una de estas instituciones, cabe que nos sean útiles sus semejanzas para afirmar que con ellas el legislador ha querido dejar patente cómo, más allá de la muerte del causante o de la incapacidad del tutelado, hay que respetar en lo posible la voluntad de lo que dispusieran en vida o siendo capaz, pues ante y sobre todo se trata en ambos casos de cumplir su postrero mandato, siendo fieles al destino que imprimieron a

su patrimonio. También, en uno y otro supuesto, se da un evento fatal para el libre ejercicio de sus libertades: la muerte y la incapacidad. Pasa por ello a segundo plano la trascendencia que pudiera tener el instrumento en que se hiciera el nombramiento del cargo, pues lo importante es el contenido de la voluntad y no el vehículo que se utiliza para darla a conocer, siempre que la forma usada ofrezca las garantías mínimas de autenticidad a los terceros.

DR. LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE

Ex Profesor A. de la Universidad Central