REDC 44 (1987) 139-48

ASPECTOS RELIGIOSOS DE LA NUEVA LEY DE TUTELA *

SUMARIO:

1. *Líneas generales de la reforma de las instituciones de guarda y protección operada por la Ley 13/ 1983 de 24 de Octubre.* a) Ampliación del concepto de tutela; b) Pluralidad de instituciones tutelares; c) Instauración del sistema de tutela de autoridad; d) Los cargos tutelares son oficios de Derecho privado.

2. *Innovaciones en el ámbito religioso.*

3. *Supresión de causas de incapacidad y remoción.* a) La incapacidad de los religiosos profesos; b) La excusa de los eclesiásticos; c) La cualidad sobrevenida de religioso profeso como causa de remoción de un cargo tutelar; d) La Ley de 1983 prescinde del estado religioso o eclesiástico de ciertos sujetos.

4. *La educación religiosa del tutelado.*

5. *La tutela ejercida por personas jurídicas.*

6. *A modo de conclusiones.*

* *Indicación Bibliográfica sobre la tutela.*

Pienso que al lector de esta revista puede interesarle una información bibliográfica sobre la tutela en el Derecho español.

Para el derecho anterior a la reforma de 1983 —en gran parte reducido a mero valor de precedente histórico— son de utilidad los catálogos bibliográficos que recoge Lete del Río, *Comentarios Albaladejo* IV, 1ª ed. (Madrid 1978) p. 142 nota, así como el exhaustivo repertorio incluido en Castán, *Derecho civil español, común y foral*, V-2°, 9ª ed. puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez (Madrid 1985) pp. 395-98, n. 1.

En el decenio anterior a la reforma se publican estudios críticos sobre aspectos parciales o globales de la institución tutelar, o respecto a las nuevas necesidades sociales, entre los que cabe mencionar: Díez-Picazo, 'Notas sobre la institución tutelar', RCDI (1973) p. 1371 ss.; Rogel Vide, *La tutela del deficiente mental* (Madrid 1975); Rodrigo Bercovitz, *La marginación de los locos y el Derecho* (Madrid 1976); Carretero, *Problemática jurídica de los subnormales en España* (Madrid 1977); Onecha Santamaría, 'Direcciones en organización tutelar', RGLJ (Diciembre 1978) p. 549 ss.

De singular interés es el Proyecto particular redactado por un equipo de Profesores bajo la dirección de Díez-Picazo, *Estudio para la reforma de los preceptos del C.c. relativos a la tutela* (Conocido como Proyecto SEREM) (Madrid 1977).

Publicada la Ley de 1983, el nuevo régimen se recoge ya en los Manuales y obras generales del Derecho civil: Albaladejo, *Curso IV*, 2ª ed. (Barcelona 1984); Díez-Picazo y Gullón, *Sistema I*, 5ª ed. (Madrid 1984); Espín, *Manual* IV, 8ª ed. (Madrid 1984); O'Callaghan, *Compendio* IV (Madrid 1983); Lacruz y Sancho-Rebullida, *Elementos* IV (Barcelona 1984).

En contraste con la situación bibliográfica precedente (la tutela se consideraba 'La

Universidad Pontificia de Salamanca

1. Lineas generales de la reforma de las instituciones de guarda y proteccion operada por la Ley 13/1983 de 24 de Octubre

Profunda ha sido la modificación sistemática del Libro I del C.c. realizada por la Ley 13/1984, de 24 de Octubre, al deslindar claramente dos cuestiones, anteriormente confundidas en la regulación; de una parte, el título IX trata ahora *De la incapacitación,* con lo cual se destaca esta situación especial de la persona física que afecta decisivamente a su capacidad de obrar y que obliga a su tratamiento dentro del Derecho de la persona en la Parte General del Derecho civil; de otra, el título X tiene ahora un rótulo omnicomprensivo, claro síntoma de las modificaciones realizadas en su contenido, al indicar que trata *De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados,* lo que permite su incardinación al modo clásico dentro de las normas del Derecho de Familia al tratarse de relaciones para —o cuasi— familiares.

Una apretada síntesis de las líneas fundamentales de la reforma [1] podría expresarse en los siguientes términos:

a) *Ampliación del concepto de tutela*

Hay un concepto amplio de tutela que se deduce del art. 215, comprensivo de 'la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados', que se actúa a través de: 1°) La tutela, 2°) La curatela y 3°) El defensor judicial. Tal concepto *lato sensu* de tutela tiene su reflejo en los arts. 216 y 220 que aluden a la *función* o *funciones tutelares,* y en el 217 que habla *de cargos tutelares.*

Mientras que de tutela *sensu stricto* se trata en todo el cap. II, del título X que alberga la regulación de la más típica institución de guarda y protección, que viene a ser el modelo de las demás, y que constituye el objeto de referencia cuando habitualmente se habla de tutela en el lenguaje vulgar y en el jurídico.

b) *Pluralidad de instituciones tutelares*

Es una consecuencia de lo anterior. Frente al principio de unidad de la tutela en el régimen originario del C.c. —no plenamente logrado, como puso de relieve la doctrina— se ha optado ahora por una pluralidad de formas o modalidades tutelares,

Cenicienta del Derecho de Familia') se publican con cierta profusión estudios y comentarios, sea de tipo exegético sobre la ley, sea sobre aspectos parciales:

Cano, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines* (Madrid 1984); Lete del Río, *Comentarios Albaladejo* IV, 2ª ed. (Madrid 1985); Varios autores, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (Coordinados por Amorós y Bercovitz) (Madrid 1986).

Estudian aspectos parciales: Varios autores, *Incapacitación e instituciones tutelares* (Madrid 1984); Coca Payeras, 'Notas sobre el sistema de tutela «judicial» en la Ley 13/1983, de 24 de Octubre', en *Cuadernos de la Fac. de Der. de la Univ. de Palma de Mallorca,* 7 (1984); García Cantero, 'El nuevo régimen jurídico de la tutela', RGLJ (Octubre 1984); Ventoso Escribano, *La reforma de la tutela* (Madrid 1985); Varios autores, *Estudios sobre la tutela* (Coordinados y dirigidos por G. García Cantero) (Madrid 1986); Varios autores, *Curso de perfeccionamiento sobre incapacitación y tutela* (Madrid 1985).

1 Con mayor amplitud *vide* García Cantero, 'Los principios de la nueva normativa de la tutela', en *Estudios sobre la tutela* (Madrid 1986) p. 85 ss.

Universidad Pontificia de Salamanca

lo que en principio merece crítica favorable al adaptarse mejor a la diversidad de necesidades sociales que la doctrina había detectado.

Dicha pluralidad se desarrolla en dos ámbitos; de una parte en el citado art. 215, que no parece constituir *numerus clausus* pudiendo agregarse la tutela o guarda de hecho (arts. 30 ss.) y el administrador de bienes (art. 227) que cumple una función de guarda únicamente patrimonial. Pero si nos referimos a la tutela en sentido estricto la nueva regulación ha flexibilizado su régimen pudiendo enumerarse como modalidades de la misma: a) El tutor de la persona y el tutor de los bienes, concebidos como cargos distintos en el art. 236-1°; b) La tutela única (ejercida por un solo tutor, que sigue siendo la regla general: art. 236) y la tutela dual (conjunta de ambos padres [236-2°]; la tutela de los tíos [236-3°]); la pluralidad de tutores para un sólo tutelado, con graves problemas de funcionamiento (art. 236-4°, 237 y 237 bis); la pluralidad de tutelado bajo un tutor único (tutela de varios hermanos: art. 240); c) la tutela a cargo del Director de un Establecimiento (art. 239); y d) la tutela a cargo de una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242), figura especialmente indicada en el caso de deficientes psíquicos aunque no parece ser exclusiva de esta hipótesis.

c) *Instauración del sistema de tutela de autoridad*

Se trata quizá, de la inovación más espectacular, verdadera *ratio* de la reforma, de cuyo éxito o fracaso va a depender, en buena medida, el éxito o fracaso de la propia ley. El cambio legislativo se advierte comparando el derogado art. 201 de la versión primitiva del C.c. ('La tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia'), con el nuevo art. 216 a cuyo tenor 'Las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial', completado con el 232, según el cual 'La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará de oficio, a solicitud del inisterio Fiscal o a instancia de cualquier interesado'.

Hace bastantes años que la doctrina civilista estaba de acuerdo en el diagnóstico sobre los males que aquejaban a la institución tutelar. La tutela de familia, importada por nuestro legislador del Código francés, no funcionaba. No había unanimidad sin embargo a la hora de establecer el tratamiento más adecuado, por lo que nada extraña que, habiendo optado la reforma por uno de los términos de la alternativa, se hayan levantado críticas sobre el modo de llevarla a cabo [2].

En el nuevo régimen la presencia de la autoridad judicial es constante y decisiva por modo general y ordinario. Así, al Juez le corresponde la designación de tutor en todo caso, la homologación del tutor testamentario, la instrucción del procedimiento de remoción y excusa, dar la posesión del cargo de tutor, exigirle fianza o dejarla sin efecto, prorrogar el plazo legal para realizar el inventario, fijar la retribución del tutor en su caso, autorizar la concesión de frutos por alimentos, aprobar la rendición de cuentas anuales o definitivas que presente el tutor. Con carácter general el art. 233 dispone que el Juez, en la misma resolución de constitución de tutela o en otra posterior, podrá establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado, y exigir en cualquier momento al tutor que le informe sobre la situación personal y patrimonial del menor o incapacitado. Cabe concluir sobre la

2 Pueden verse las matizadas observaciones de Sancho-Rebullida, en Lacruz y Sancho-Rebullida, *Elementos* IV, p. 778 ss., que recoge Lete del Río, *Comentarios Albaladejo* IV, 2ª ed. (Madrid 1985) p. 226 s. para quien el legislador debía afrontar la reforma de tutela, adaptando el Derecho a los hechos, pero ello no implicaba necesariamente abandonar el sistema de tutela de familia sustituyéndolo por el de autoridad.

Universidad Pontificia de Salamanca

omnipresencia del Juez a lo largo de toda la vida de la institución tutelar, habiéndole encomendado los arts. 272 y 273 la autorización de los actos más importantes que lleve a cabo el tutor y que anteriormente corespondían al Consejo de Familia. La intervención judicial es mayor todavía en las instituciones tutelares que podemos calificar de *menores* (curatela, defensor judicial, etc.) [3].

Pero la reforma no ha prescindido del todo de la intervención de la familia que se actúa a través de los arts. 223 a 226, que, en parte, suponen una ampliación de la regulación derogada ya que pueden ejercitarse en documento público notarial distinto del testamento, si bien implican, por otro lado, una reducción notable de intensidad y eficacia de tal intervención, dado que no hay más delación tutelar que la judicial, y el Juez puede homologar el nombramiento de tutor hecho por los padres, en beneficio del menor o incapacitado, mediante decisión motivada (art. 224). Según el artículo la intervención de los padres es bastante amplia, pues alcanza al nombramiento del tutor (cabe entender también que de curador y defensor judicial), al establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela y de las personas que hayan de integrarlos, así como ordenar cualquier otra disposición sobre la persona (por ej. en materia de educación) o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

d) *Los cargos tutelares son oficios de Derecho privado*

Aunque la intervención judicial va a ser preponderante en la nueva institución tutelar delineada por la Ley de 1983, estamos alejados todavía de una administrativización o estatización de la tutela. Los cargos tutelares son oficios de Derecho privado, su designación se hace en procedimiento de jurisdicción voluntaria, y aunque constituyen un deber legal (art. 216), cabe la excusa por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado por cualquier otra causa que haga excesivamente gravoso el ejercicio del cargo (art. 251) [4].

2. Innovaciones en el ambito religioso

Muy escasas son las innovaciones expresas de carácter religioso que pueden señalarse en la Ley de 1983. Se reducen prácticamente a suprimir determinadas referencias contenidas en el régimen de incapacidad y remoción de los tutores, cuya eliminación no implica, sin más, que el ordenamiento vaya a dejar de tomar en cuenta tal situación.

3 No me ocupo específicamente de ellas en este trabajo por su mínima incidencia en el tema abordado. Conviene advertir que la nueva curatela no tiene mucho que ver con la figura existente en las Partidas, que pervivió hasta 1889; así resulta que la reforma de 1983 ha resucitado el *nomen iuris* aunque no su contenido (Sobre ella puede verse mi trabajo: 'Notas sobre la curatela', RDP, 1984, p. 797 ss.). En cuanto al defensor judicial, la figura se contempla en el art. 163 C.c. y existía, incluso, antes de la reforma de 1981. Lo que se ha propuesto ahora el legislador es generalizar y ampliar su aplicación, aunque no sea exacto ver en él un equivalente del antiguo protutor, sino que más bien se aproxima al antiguo curador *ad litem*. La inclusión en el título de la tutela se explica por razones sistemáticas y por la oportunidad de una regulación unitaria (así Lete del Río op. cit. en nota anterior página 469).

4 Muy nítidamente en el sentido del texto Encarna Roca Trías, 'Comentario a los arts. 216 y 217' en el vol. colectivo *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (Madrid 1986) p. 227 ss.

Universidad Pontificia de Salamanca

De modo implícito cabe también destacar el desplazamiento del órgano tutelar encargado de la educación religiosa del tutelado, que si anteriormente era el Consejo de Familia, en la actualidad recae exclusivamente sobre el tutor (que puede ser una persona extraña aunque con la supervisión general de la Autoridad Judicial).

En sentido lato merecen destacar las amplias posibilidades de acción apostólica que puede permitir en el futuro la figura de la persona jurídica como tutor, sea con carácter general, sea en el ámbito específico de los deficientes físicos y psíquicos.

En el campo de los agentes sociales de asistencia a personas necesitadas, acaso una contribución de la Iglesia católica, en concurrencia con otras instituciones, pueda ser la de suscitar vocaciones para el desempeño del cargo de tutor, una de las carencias más notables que se destacan al aplicarse la nueva normativa sobre las instituciones de guarda y protección.

Examinaré a continuación, por separado, cada una de estas cuestiones.

3. Supresion de causas de incapacidad y remocion

Con relación al derecho vigente al entrar en vigor la reforma de 1983 hay que registrar la eliminación de la causa de incapacidad para ser tutores (y también protutores y miembros del Consejo de Familia) que recaía en los religiosos profesos (art. 237 núm. 11), y la causa de excusa que podía ser alegada por los eclesiásticos (art. 244 núm. 3°), que examinaré por separado al haber experimentado alguna variación en su redacción desde la publicación del C.c.

a) *La incapacidad de los religiosos profesos*

Suponía una restricción en el estado civil de la persona por motivos religiosos, en clara oposición al art. 14 C.E. por lo que había perdido validez, con toda probabilidad, al entrar en vigor la Constitución de 1978.

Tenía su origen en las Partidas (6.14.14) en donde la incapacidad se basaba en la recepción de Ordenes Sagradas y alcanzaba también a los sacerdotes y Obispos. La reducción, y cambio de sentido, operados por el C.c. fue objeto de alabanza por Sánchez Román [5], quien entendía que el estado sacerdotal no era impropio sino uno de los más adecuados para el desempeño de la tutela, fuera del caso en que vaya unido a la vida monástica o conventual, que privaría al religioso de la libertad de acción necesaria para atender los deberes de aquélla. En la doctrina más moderna, Lete del Río [6] encontraba parecida justificación a la incapacidad de los religiosos profesos, basada en los votos de obediencia y pobreza, incompatible, sobre todo el primero, con la función de los cargos tutelares.

b) *La excusa de los eclesiásticos*

Según el art. 244 de la primera edición del C.c., podían excusarse de la tutela y protutela (así como de formar parte del Consejo de Familia: art. 298): 3° Los Arzobispos y Obispos, y 7° Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

En la redacción dada por Ley 14/1975 de 2 Mayo, se refundieron ambas causas de excusa en una sola: 3° Los eclesiásticos [7].

5 Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil* V-2°, 2ª ed. (Madrid 1898) p. 1328.
6 Lete del Río, op. cit., ed. 1978, p. 247.
7 A juicio de Manresa-Bonet, *Comentarios al C.c. español* II, 7ª ed. (Madrid 1957)

Universidad Pontificia de Salamanca

Con la última redacción —que algún autor interpretaba en un sentido amplísimo de abarcar a cuantos se rigen por el Código de Derecho Canónico [8]— la excusa tenía cierto matiz de privilegio por razones religiosas que, en un régimen de libertad, hubiera exigido su extensión a los clérigos de todas las confesiones religiosas distintas de la católica.

En la doctrina, Manresa-Bonet [9] encontraban razonable la distinción entre eclesiásticos que ejercían, y no ejercían, cura de almas a los efectos de permitir la excusa únicamente a los primeros.

c) *La cualidad sobrevenida de religioso profeso como causa de remoción de un cargo tutelar*

Con arreglo al primitivo art. 238 núm. 1°, la sobreveniencia de una causa de incapacidad en el tutor, (y también protutor o miembro del Consejo de Familia), daba origen a la remoción del cargo. Pero la reforma de 1975 originó un curioso problema derivado de la deficiente técnica con que se redactan las leyes, especialmente cuando acometen modificaciones parciales del C.c. En efecto, las 13 causas de incapacidad del primitivo art. 237 quedaron reducidas a 12 en 1975, y al no haberse ajustado el primitivo art. 238 se producía el resultado imprevisto de que la cualidad sobrevenida de religioso profeso ya no era causa de remoción. El problema ofrece ahora escaso interés y sólo tiene valor de derecho transitorio; a mi juicio había de resolverse por una interpretación correctora del art. 238 núm. 1° [10].

d) *La Ley de 1983 prescinde del estado religioso o eclesiástico de ciertos sujetos*

En la reforma, como antes expuse, se prescinde del protutor y del Consejo de Familia, y, en cuanto al tutor, en los arts. 243 y 244 (que son ahora la base normativa de las causas de inhabilidad para el cargo), se ha eliminado la cualidad de religioso profeso. Ello significa que estas personas podrán ser designados tutores, tanto por los padres, como por el Juez, a menos que les afecte el régimen general de incapacidades. A estos efectos puede invocarse la causa contenida en el nuevo art. 244 núm. 1° consistente en la 'imposibilidad absoluta de hecho'. Pero no será ya una causa automática, de eficacia *ipso iure,* sino que se aplicará o no a tenor de las circunstancias (por ej. religioso que tiene autorización para vivir fuera del convento) [11].

Tampoco hay alusión alguna en materia de remoción, pues el art. 247 dice ahora que 'serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad', ni de excusa, si bien la fórmula amplísima del art. 251 ('Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado

p. 383, la diferencia de regulación no arguía más que una consideración especial por parte de los redactores del C.c. hacia los más elevados cargos eclesiásticos.

8 Lete del Río, op. cit., ed. 1978, p. 262.

9 Manresa Bonet, loc. cit.

10 Lete del Río, op. cit., ed. 1978, p. 249, pone de relieve lo absurdo de la interpretación literal a que conduce el descuido del legislador, y se inclina también por una interpretación correctora, como se hace en el texto.

11 La doctrina que ha comentado la ley de 1983 se limita, todo lo más, a constatar la desaparición de estas referencias expresas a personas sujetas a un estatuto religioso, sin comentario alguno. Cf. por ej. Lete del Río, op. cit., ed. 1985, p. 332.

Universidad Pontificia de Salamanca

o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo'), permitirá a cualquier eclesiástico excusarse del cargo tutelar, siempre que demuestre serle excesivamente gravoso el ejercicio del mismo [12].

4. La educacion religiosa del tutelado

No se trata de ninguna modificación legal expresa, pero sí de un desplazamiento del órgano responsable de la tutela en materia educativa, que puede conllevar mayor dificultad para asegurar la educación religiosa del menor o incapacitado respecto al régimen anterior. En efecto, el derogado art. 264 núm 1° imponía al tutor la obligación de 'educar al menor o incapacitado con arreglo a su condición y con estricta sujeción a las disposiciones de sus padres, o a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el Consejo de Familia'; norma que se completaba con la contenida en el art. 269 núm. 2°, también del texto primitivo, que requería autorización del Consejo de Familia para que el tutor diera al menor una carrera u oficio determinado, en defecto de disposición paterna, así como para modificar ésta. Con acierto destacaba la doctrina [13] que la finalidad de los organismos tutelares era la formación del pupilo en el más cabal sentido espiritual y material del vocablo, lo que se garantizaba a través de las oportunas determinaciones de los padres y, en su defecto, de las decisiones del Consejo de Familia que, dada su normal composición, cabía esperar que asegurase la continuidad en la línea educativa del menor o incapacitado impuesta por aquellos, con especial referencia a la formación religiosa. El tutor en este punto era ejecutor de ajenas decisiones, y aunque podía introducir modificaciones, precisaba autorización del Consejo. Habrá incumplimiento de esta obligación —dice Lete del Río [14]— tanto cuando se deje de cumplir completamente como cuando se preste de modo inferior a la condición social y familiar del tutelado, o contraviniendo las instrucciones de sus padres o del Consejo de Familia, incurriendo en responsabilidad el tutor que no se atempera a dichas disposiciones y pudiendo ser removido del cargo.

En el régimen actual el centro de gravedad de las funciones educativas radica en el tutor, quien, conforme al art. 269 núm. 2°, está obligado a educar al menor y procurarle una formación integral. Ciertamente los padres están facultados para ordenar cualquier disposición sobre la persona de sus hijos (art. 223), lo que comprende, sin duda, lo relativo a la educación religiosa. Pero en ausencia de determinaciones paternas en este punto parece que el tutor actúa con autonomía sin más intervención del Juez que la supervisión general y lo que gráficamente se denomina 'seguimiento de la tutela'. El problema se agrava porque el Juez puede designar tutor a un extraño (art. 234 *in fine)* que puede desconocer, incluso, las concepciones educativas de los padres o, eventualmente, no sentirse vinculado por ellas. Es verdad que cualquier familiar puede excitar el celo del Ministerio Fiscal para que investigue la educación que se da al tutelado, incluso, acudir directamente al Juez con la misma pretensión. Es dudoso, sin embargo, que el Juez encuentre normas vinculantes en este punto en la normativa de la tutela. Por analogía con la patria potestad cabría invocar el art. 154 pár. 1°, y entender que la autoridad tutelar ha de ejercerse en beneficio de los tutelados —lo que ya dispone el art. 216— y *de acuerdo con su personalidad,* y que cuando

12 Gil Rodríguez, 'Comentario al art. 251' en el vol. colectivo *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* cit., p. 409, se inclina a incluir el ministerio sagrado, como causa de excusa, dentro de 'las ocupaciones personales o profesionales'.

13 Así Escobar de la Riva, *La tutela* (Madrid 1943) p. 148.

14 Lete del Río, op. cit., ed. 1978, p. 297.

Universidad Pontificia de Salamanca

aquéllos tengan suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afectan (art. 154 núm. 2°, pár. 2°); ello fundamentaría la oposición a cambios bruscos en la orientación educativa y en la formación religiosa de los tutelados [15].

Marginalmente acaso quepa aquí llamar la atención sobre la conveniencia de suscitar vocaciones sociales para ejercitar el cargo de tutor. La corta experiencia de funcionamiento de la Ley de 1983 acusa ya la escasez de medios personales de los Jueces para el debido funcionamiento de las instituciones de guarda y protección. Siempre que haya designación de tutor por los padres, los Jueces homologarán el nombramiento —salvo excusa o grave perjuicio al tutelado—; no es infrecuente, sin embargo, dada la proliferación de muertes en accidentes de circulación, que mueran ambos progenitores sin haber previsto tal contingencia, y que el órgano jurisdiccional tenga dificultades para designar al tutor de los huérfanos. Pienso que las instituciones de apostolado social podría colaborar suscitando vocaciones entre personas sin cargas familiares y con aptitudes para ello, que se ofrezcan a ser tutores, cumpliendo un utilísimo servicio social que puede parangonarse al que se presta a través de la adopción. Incluso tales personas podrían contar con apoyo de Instituciones especializadas para el mejor desempeño del cargo. Sin pretender ningún monopolio, la Iglesia Católica podría realizar una utilísima función social llenando de contenido una ley que ha nacido sin la indispensable apoyatura de medios humanos.

5. La tutela ejercida por personas jurídicas

Constituye una de las mayores novedades de la Ley de 1983, así como —he escrito en otro lugar [16]— un verdadero desafío a la sociedad española para que sepa organizarse en apoyo de ciertos sectores marginados como son los deficientes físicos y psíquicos. La regulación es muy parca, por lo que se abre un amplio campo a la

15 El problema comienza a preocupar a la doctrina posterior a la reforma. Así Sancho Rebullida, en Lacruz y Sancho-Rebullida, *Elementos* IV, p. 810, después de destacar el carácter subrogado de la patria potestad que caracteriza a la tutela, muestra la diferencia de consideración legal que ambas tienen, pues la primera se califica de derecho y facultad, y la segunda de obligación, estando esta última más rigurosamente sometida que aquélla al control y supervisión judicial; concluye en una menor iniciativa discrecional del tutor respecto a la de los padres (en casos como las prácticas religiosas, la frecuencia de trato personal o situaciones influyentes en la moralidad), y en la encesidad de fundar aquél sus decisiones en razones moral o socialmente objetivas; con todo, no tiene más remedio que reconocer que únicamente se halla expresamente supeditada, en este campo, a la aprobación judicial el supuesto de internamiento contemplado en el art. 271-1° C.c. Por su parte, Carmen Gómez Laplaza, 'Comentario al art. 269', en el vol. colectivo *Comentarios a las reformas de nacionalidad y de tutela,* cit., p. 513 ss., comienza mostrando el paralelismo entre tutela y patria potestad y la necesidad de integrar el texto legal con la referencia al incapacitdo que también tiene derecho a recibir una educación y formación integral. Plantea el problema de la ausencia de instrucciones educativas de los padres, llegando a la conclusión de que la decisión corresponde al tutor y no al Juez (aunque con la guía y control judiciales, en beneficio del menor). Expresa su opinión de que el tutor debe adecuar la formación del menor, caso de que sea posible, a las convicciones y creencias de los padres y también a las del menor cuando tuviera condiciones suficientes de madurez.

Como se indica en el texto, se echa en falta una norma clara en este punto, siendo de observar que en el Anteproyecto SEREM se decía expresamente en el art. 275: 'El tutor procurará la formación moral y religiosa de los menores, que los padres hubiesen dispuesto o, en otro caso, la que fuere conforme con las convicciones y creencias de aquéllos'.

16 García Cantero, *El nuevo régimen jurídico de la tutela,* cit., p. 487.

Universidad Pontificia de Salamanca

autonomía de la voluntad y al poder reglamentario de las Asociaciones y Fundaciones. Dice el art. 242 que 'podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados'.

De la transcrita norma básica se deducen los siguientes requisitos:

1°. Debe tratarse de una persona jurídica constituida conforme a la legislación estatal (cf. arts. 35 ss. C.c.).

2°. La persona jurídica debe carecer de finalidad lucrativa, por lo cual se excluyen automáticamente tanto las sociedades civiles como las mercantiles, quedando abierta la posibilidad para las asociaciones y las fundaciones.

3°. Entre los fines de la persona jurídica debe figurar la protección de los menores e incapacitados. Este requisito se interpreta por algunos con cierta amplitud considerando suficiente que los Estatutos preveen la recuperación de drogadictos y toxicómanos o la profilaxis de la salud mental [17]; personalmente me inclino a una interpretación más estricta, siendo necesario, a mi juicio, que conste de modo expreso en los Estatutos la finalidad de guarda y protección de los menores o incapacitados; bien entendido que aunque tal cláusula no figure ahora en la indicada forma, cabe introducirla mediante una modificación estatutaria en el futuro.

La norma parece pensada inicialmente —aunque no exclusivamente— para que las Asociaciones de Padres de Deficientes Psíquicos asuman la tutela de éstos a la muerte de los padres. Ello supondrán un desarrollo imaginativo para atender a los múltiples problemas de actuación y desarrollo de tales tutelas, no excluyéndose, en mi opinión, la aparición de profesionales que, bajo la dirección de la entidad, ejerciten de hecho la tutela sobre cierto número de tales incapaces, poseyendo los conocimientos especializados que sean convenientes.

No me cabe duda que la Iglesia Católica, a través de sus organismos especializados, pueda fomentar y apoyar tales Asociaciones-tutoras de incapaces [18].

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Examinando globalmente, bajo una óptica religiosa, la Ley reformadora de la institución tutelar, cabe concluir que, acaso por no haber sido precedida de un enconado debate ideológico en el que se hubieran interferido razones religiosas, se trata de una normativa que, aprobada en la primera legisladura socialista, es neutra religiosamente.

El dilema tutela de familia —tutela de autoridad constituye, en principio, una cuestión de técnica jurídica cuya solución no afecta decisivamente a los valores religiosos. Los legítimos intereses de la persona humana, menor o incapacitada, pueden ser debidamente atendidos bajo uno u otro sistema [19].

17 Así Sancho Rebullida, en Lacruz y Sancho-Rebullida, *Elementos* IV, p. 788. Le sigue Rodrigo Bercovitz, *Comentario al art. 242,* en el vol. *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* cit., p. 362, alegando que no hay peligro en abrir la puerta de la tutela a personas jurídicas inadecuadas por la intervención judicial que valorará caso por caso las circunstancias concurrentes.

18 La doctrina civilista menciona las personas jurídicas eclesiásticas enumeradas en el art. 1°-4 del Acuerdo Jurídico de 1979, en el campo de la beneficencia y asistencial a que alude el art. 5° (En tal sentido Lete del Río, op. cit., ed. 1985, p. 323 y Rodrigo Bercovitz, op. et loc cit.,p. 361).

19 Con mayor razón si, como ocurre en nuestro caso, el sistema implantado no es puro de tutela de autoridad, sino más bien mixto con intervención de la familia.

Universidad Pontificia de Salamanca

La eliminación que se ha operado de las referencias expresas a determinadas personas sujetas a la legislación canónica, parece dignas de aprobación, en un caso, por suponer la referencia una indebida dsicriminación por razones religiosas, y en otro, por estar dirigida sólo a la Iglesia Católica. Todo ello sin perjuicio de que las legítimas razones de una excusa para el cargo, recayentes en dichos sujetos, puedan hacerse valer conforme a la normativa general.

La nueva regulación de las instituciones de guarda y protección puede facilitar el apostolado específico de ciertas organizaciones de la Iglesia Católica, la cual podría reforzar su actuación suscitando vocaciones en personas capacitadas, y sin cargas familiares, que se ofrezcan a los Jueces para desempeñar voluntariamente el cargo de tutor. En la misma línea compete a la Iglesia, en concurrencia con otras fuerzas sociales, el fomento y animación de personas jurídicas dedicadas específicamente a la protección de menores e incapacitados, y que pueden asumir funciones tutelares.

Dicho esto en favor de la nueva ley, no cabe silenciar algunos puntos oscuros:

En primer lugar lo relativo a la educación religiosa de los tutelados que no parece garantizarse adecuadamente en la reforma de 1983. Sólo la previsión de los padres y un escrupuloso seguimiento de las tutelas por el órgano jurisdiccional pueden impedir daños irremediables por ignorancia o mala fe de algunos tutores.

En segundo lugar —y aquí la crítica no tiene fundamento religioso inmediato— el precepto básico que enumera ahora las causas de incapacitación es el art. 200, cuya actual redacción, prescindiendo del requisito de taxatividad que la doctrina viene exigiendo a los supuesto de restricciones en la capacidad de obrar de la persona, opta por una fórmula vaga y ambigua, que puede propiciar interpretaciones desenfocadas. En efecto, se consideran causas de incapacitación 'las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí mismo' [20].

GABRIEL GARCIA CANTERO
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado excedente

20 Se ha hecho notar acertadamente por Díez-Picazo, *Comentario a los arts. 199 y 200* en el vol. colectivo *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* cit., p. 178 s. que 'El principio de dignidad de la persona, que entre nosotros posee alcance constitucional (cf. art. 10 C.E.), exige la excepcionalidad de las hipótesis de incapacitación'. Ahora bien 'para que la incapacitación sea verdaderamente excepcional, se requiere la tipicidad de sus causas. Sólo la determinan las causas establecidas al efecto en la ley. La referencia a la ley significa la imposibilidad de establecer una disciplina de la incapacitación por vía reglamentaria, pero significa también la imposibilidad de llevar a cabo operaciones jurídicas de interpretación extensiva o de analogía'. En la reforma de 1983, 'el carácter estricto del art. 199 hubiera requerido que en el art. 200 las causas de incapacitación se dibujaran con tipos cerrados. Y así ocurría en los precedentes legislativos y en los trabajos preparatorios de la Reforma de 1983. El art. 200, sin embargo, utiliza una fórmula abierta en la cual los diferentes rasgos de las posibles situacioens a tener en cuenta se desvanecen'.

Este autor busca solución sobre la base de los antecedentes históricos y legislativos, los cuales, a mi juicio, pueden no ser suficientes dado el carácter innovador de la reforma en este punto.

Universidad Pontificia de Salamanca