

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

ENRIQUE PECOURT GARCÍA

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM" Y SU
APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO
CANÓNICO

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA
SANACION MATRIMONIAL



VOL. XXXIV - CURSO 1960-61
CUADERNO III - DERECHO

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Edita el Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria.

Aparece cada curso un volumen que comprende fascículos correspondientes a las distintas Facultades.

DIRECCIÓN:

Magnífico y Excmo. Sr. Rector de la Universidad.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Filosofía y Letras.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Ciencias.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Medicina.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

ILMO. SR. PROF. JOSÉ SANTA CRUZ TELJEIRO, Director del Secretariado.
DON FRANCISCO JOSÉ LEÓN TELLO, Secretario.

VOCALES:

PROF. ENRIQUE COSTA NOVELLA, de la Facultad de Ciencias.
PROF. ANTONIO LLOMBART RODRÍGUEZ, de la Facultad de Medicina.
PROF. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, de la Facultad de Derecho.
PROF. MIGUEL TARRADELL MATEU, de la Facultad de Filosofía y Letras.

Dirección para canje y obtención de publicaciones: SECRETARIADO
DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTÍFICO Y EXTENSIÓN UNIVERSITARIA.
Universidad de VALENCIA.
(España)

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

ENRIQUE PECOURT GARCÍA

EL PRINCIPIO DEL “FORUM PROROGATUM” Y SU
APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO
CANÓNICO

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA
SANACION MATRIMONIAL



VOL. XXXIV - CURSO 1960-61
CUADERNO III - DERECHO

ENRIQUE PECOURT GARCÍA

**EL PRINCIPIO DEL “FORUM PROROGATUM” Y SU
APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES**

SUMARIO: 1.—Necesidad de revisar los conceptos jurídicos importados al ámbito del Derecho internacional desde el campo del derecho interno. 2.—Planteamiento de la cuestión. I. 3.—La noción de «forum prorogatum» en el Derecho romano. 4.—Sentido de la misma en los sistemas procesales actuales. Breve referencia al derecho español. II. 5.—Primeras consideraciones sobre la posibilidad de aplicar tal concepto a la jurisdicción internacional. 6.—Origen y sentido del principio del «forum prorogatum» en el Derecho internacional. 7.—Alcance del concepto en los tribunales internacionales. Punto de partida para su revisión. 8.—Las líneas fundamentales de la jurisdicción internacional. 9.—La cuestión de la posibilidad de una «requête» unilateral ante un tribunal internacional: ¿Es posible, en tal hipótesis, la aceptación de la competencia de dicho tribunal por parte del Estado citado? Solución de la jurisprudencia internacional. 10.—Resumen. III. 11.—Valor y sentido del principio del «forum prorogatum» a la luz de los datos obtenidos. 12.—Conclusiones.

I.—La progresiva estructuración del Derecho internacional como rigurosa disciplina científica ha recibido definitivo impulso desde el campo del derecho privado, muchos de cuyos principios metódicos y formas conceptuales le han sido aplicados. Este hecho se halla históricamente justificado y, hoy por hoy, el Derecho de Gentes tiene contraída con la técnica jurídica privatística una considerable e innegable deuda. Hasta donde ha sido posible, la mayor parte de los autores internacionalistas han intentado trasplantar los métodos y los conceptos del derecho privado al ámbito del derecho internacional. En las diferentes ramas de este último la afirmación es perfectamente registrable.

Sin embargo, lo que desde un punto de vista ha resultado beneficioso y útil, desde otro plantea insoslayables problemas, de los que es preciso hacerse cargo. «Cualesquiera que sean las ventajas que este traslado de conceptos de un orden jurídico a otro reporte, dificulta una visión clara de la realidad internacional, y, con frecuencia, conduce a soluciones doctrinales que no son fácilmente aceptadas por los Estados» (1). Estas palabras del Profesor

(1) MIAJA DE LA MUELA: *Introducción al Derecho internacional público*, 3.ª edición. Madrid, 1960. Pág. 202.

Miaja nos ponen ya en guardia contra una excesiva utilización de la técnica privada en la elaboración de la dogmática jurídica internacional. Claro que ello tampoco debe tomarse como una radical oposición a tal método. En el fondo, ya se trate de derecho público o privado, de derecho interno o internacional, puede percibirse cierta «comunidad metodológica» entre las diferentes ramas del Derecho. Sólo que no conviene olvidar que cada ordenamiento jurídico se presenta, en relación con los demás, con unas particularidades propias que son, en definitiva, las que le dan su característica fisonomía. A tales particularidades corresponden determinadas exigencias metódicas y técnicas. Será preciso, pues, tener en cuenta esas exigencias y valorarlas muy finamente a la hora de intentar encajar una cierta contextura conceptual o técnica de un ordenamiento jurídico en la estructura científica de otro. Como en cualquier caso de adaptación, deberá aquí jugar un papel primordial el sentido crítico y de equilibrio que lleve a tomar lo útil y a desechar lo perjudicial.

Aplicar estas consideraciones al derecho internacional obliga a revisar un gran número de conceptos que aquél ya ha recibido de la técnica del derecho interno. La tarea es doble: por un lado, deberá verse hasta qué punto el concepto trasplantado lo ha sido con sus peculiares características y qué alteraciones ha experimentado; por otro, y como consecuencia, a la luz del primer análisis, tendrá que calibrarse si resulta aconsejable mantenerlo o si conviene, por el contrario, sustituirlo por otro más adecuado. Esta es, a nuestro modo de ver, una de las ocupaciones más urgentes que incumbe al actual derecho internacional.

2.—Y tal vez, en este sentido, el ámbito del derecho internacional que más ha recibido una influencia externa ha sido el de la jurisdicción internacional: «los tribunales internacionales, especialmente el de la Haya, utilizan una técnica procesal que ni han creado ellos ni la han encontrado en la obra de los juristas especializados en derecho internacional, sino en las escritas por los procesalistas que tenían como tema central de su trabajo el estudio del proceso tal como está configurado en las leyes de su respectivo país» (2).

Este trabajo va a intentar enfrentarse con una de esas nociones trasladadas al procedimiento internacional desde el campo del derecho procesal interno. Se trata del denominado «forum prorogatum», concepto que

(2) MIAJA DE LA MUELA: *Ob. cit.* Pág. 203.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

parece haber cobrado carta de naturaleza en la jurisdicción internacional (3). La revisión de esta noción, a fin de determinar su sentido y alcance en la técnica procesal internacional y de ensayar la conveniencia de mantenerla o desecharla, concreta nuestra investigación en tres puntos: 1.º, determinación sumaria de lo que es, por su origen y por su tradición jurídica, el llamado «forum prorogatum»; 2.º, análisis del sentido y alcance con que se ha proyectado y aplicado su concepto en el derecho internacional, y 3.º, conclusiones sobre la definitiva admisión o aconsejable abandono de dicha noción en la construcción técnica del procedimiento internacional. A cada uno de estos puntos dedicaremos una parte del presente trabajo.

I

3.—El término «forum prorogatum» corresponde a un concepto jurídico procesal perfectamente determinado y construido dentro de la teoría procesal interna. De una manera general expresa la posibilidad de hacer competente a una determinada jurisdicción por virtud del sometimiento voluntario a la misma de las partes litigantes. Este concepto, sin embargo, no nos da más que una formulación primaria y genérica. Es preciso concretarlo y fijar su exacto perfil.

Históricamente, la noción de «forum prorogatum» aparece ya determinada en el Derecho romano de la época de la codificación. Así, en la segunda parte del Digesto, consagrada al procedimiento judicial, se establece que:

(3) Una no excesiva bibliografía ha considerado ya la cuestión desde el punto de vista doctrinal. Así, entre las obras principales: WALDOCK: *Forum prorogatum or acceptance of unilateral summons to appear before the International Court*, en «International Law Quarterly», 1948, 2, págs. 377-391; S. ROSENNE: *The Forum Prorogatum in the International Court of Justice*, en «Revue Hellenique de Droit International», 1953, págs. 1-26; WINIARSKI: *Quelques reflexions sur le soi-disant forum prorogatum en Droit international*, en: «Grundprobleme des Internationalen Rechts, Festschrift für Jean Spiropoulos», 1957, págs. 445 y ss.; la consideración de la cuestión en el ámbito del Tribunal Internacional de Justicia en: HAMBRO: *The Case Law of the International Court*, Leyden, 1952-1960, tomo I, págs. 330-334, y tomo II, páginas 218-219, y H. LAUTERPACHT: *The Development of International Law by International Court*, 1958, págs. 103-107.

«Si se subiiciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictionis» (4.)

Aparece ya aquí el primer rasgo definitivo del «forum prorogatum»: se trata, en efecto, de la sumisión voluntaria a una determinada jurisdicción que, no siendo la determinada por la ley para el caso en cuestión, queda legitimada para actuar en virtud del consentimiento de las partes (5). Esta idea del consentimiento es fundamental:

«Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subiectos iurisdictioni eius, et in eum consentiant. Ceterum si putent eius iurisdictiones esse, non erit eius iurisdictionis; error enim litigatorum, ut Iulianus quoque libro primo Digestorum scribit, non habet consensum» (6).

La trascendencia de la voluntad para convertir una determinada jurisdicción incompetente «ex lege» en competente se subraya también en el Código de Justiniano:

«Non quidem fuit competens iudex procurator noster in lite privatorum, sed quum ipsi seum iudicem elegeritis, et is consentientibus adversariis sententiam tulerit, intelligitis, vos acquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae, quum et procurator iudicandi potestatem inter certas habeat personas, et vos, incongruum eum esse vobis iudicem scientes, tamen audientiam eius elegistis» (7).

4.—Si tomamos ahora en consideración el moderno derecho procesal, en gran parte inspirado en una ininterrumpida tradición romanista, nos encontramos con que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos procesales conservan la institución del «forum prorogatum».

(4) Digesto, V, I, 1. Tomado en: *Cuerpo del Derecho civil romano*, recopilación de KRIEGLER, traducción al español de I. L. García del Corral, Barcelona, 1889. Tomo I, pág. 415. (Todos los textos romanos citados en este trabajo están tomados de esta colección. En adelante citaremos sólo tomo y página.)

(5) Si bien estos textos no hablan de «prorogatio fori» o «prorogatio iurisdictionis», la Glosa lo hace frecuentemente. De ahí debió formarse la expresión «forum prorogatum».

(6) D. V, I, 2. *Ob. cit.* Tomo I, pág. 415.

(7) C. Just. III, 13, 1. *Ob. cit.* Tomo IV, pág. 335.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

Concretándonos a nuestro derecho, la noción aparece consagrada en el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881. Dice dicho texto:

«Será juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente.»

En líneas generales, el concepto se presenta con los mismos caracteres que lo determinaron en el Derecho romano. La idea clave es su carácter convencional: «El "forum prorogatum" o convencional se basa en la idea de que la ley, al fijar la competencia territorial de los órganos de primera instancia de un mismo tipo, es decir, partiendo de la igualdad de poderes de todos ellos, atiende predominantemente al interés de las partes... La consecuencia es dejar a los litigantes disponer mediante acuerdo qué fuero legal va a ser aplicado. Con otras palabras, les permite un pacto cuyo efecto procesal es hacer competente a un juez en sí incompetente» (8).

Naturalmente, en cada ordenamiento jurídico la institución del «forum prorogatum» se presenta con unas características especiales y su funcionamiento y alcance no es en todos el mismo. Como denominador común, sin embargo, se pueden señalar las notas siguientes:

- a) se trata de una institución establecida y reconocida por el ordenamiento jurídico en el que se aplica. No se trata, propiamente, de un «principio procesal», sino más bien de una «forma habilitante» de competencia (9);
- b) supone una jurisdicción competente (el «forum» legal «stricto sensu», llamado también «natural») para el litigio planteado, que puede ser *sustituída* por otra de igual tipo (el «forum prorogatum» o convencional);
- c) el instrumento jurídico de la sustitución —o de la prorrogación— del fuero es la *sumisión* de las partes;
- d) tal sumisión se produce por causa de la «voluntas» de las partes. Las formas con que puede expresarse dicha sumisión o voluntad conjunta son

(8) GÓMEZ-ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Derecho procesal*, vol. I. *Derecho procesal civil*, 4.ª ed. Madrid, 1955, pág. 126. También: PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil (Manual)*, Zaragoza, 1955. Tomo I, págs. 145 y ss., y GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, págs. 144 y ss.

(9) Conviene tener en cuenta esta aclaración, porque en el ámbito de la jurisdicción internacional se habla insistentemente del «principio» del «forum prorogatum».

muy variables. (En nuestro derecho el citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil admite la expresa, art. 57, y la tácita, art. 58.)

Estas son las líneas generales que definen la noción de «forum prorogatum» en el moderno derecho procesal interno. Se trata ahora de ver con qué sentido se ha aplicado tal concepto en la jurisdicción internacional y hasta qué punto se marcan en ésta aquellas líneas que lo concretan en la jurisdicción interna.

II

5.—¿Es aplicable, en principio, la noción así definida a la jurisdicción internacional?

Sin intentar hacer aquí una puntual diferenciación entre la jurisdicción interna o estatal y la propiamente internacional, conviene subrayar algo que constituye el rasgo primario de esta última: su carácter voluntario. «En matière de compétence, la juridiction internationale ne ressemble pas à la juridiction constituée à l'intérieur de l'Etat. L'organisation judiciaire nationale est établie par le législateur; elle embrasse tous les différends qui pourraient surgir entre les particuliers. La compétence des tribunaux nationaux est réglée par des lois générales... La communauté internationale, par contre, ne connaît pas d'organisation judiciaire. Il n'y a pas de tribunal commun, dont la juridiction serait obligatoire pour tous les Membres de cette communauté internationale» (10). Así, pues, la condición imprescindible para que un determinado litigio entre Estados pueda ser llevado ante un órgano judicial internacional es la de que ambas partes, de una manera o de otra, lo hayan así acordado. Ciertamente, esta condición puede quedar satisfecha de muy diferentes maneras: existencia de determinado tratado o compromiso previendo un sistema de arbitraje para ciertos posibles conflictos, acuerdo de llevar un litigio ya nacido a un tribunal internacional, aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia en sus diversas modalidades, etc. Pero, en todos los casos, el fundamento de la jurisdicción internacio-

(10) V. BRUNS: *La Cour Permanente de Justice internationale. Son organisation et sa compétence*, en «Recueil des Cours de la Académie de Droit international», vol. 62, 1937-IV, pág. 623. (En adelante citaremos los tomos de esta colección por R. des C., vol., año y pág.)

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

nal se halla en la voluntad de las partes. Está, por consiguiente, inspirada la justicia internacional en el principio «Extra Compromisum Arbitr Nihil Facere Potest» (11). En diversas ocasiones, la jurisprudencia de los tribunales internacionales —tanto la del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (12) como la del Tribunal Internacional de Justicia (13)— han subrayado de manera categórica el carácter voluntario o convencional de la jurisdicción internacional, carácter que no sólo la fundamenta sino que también establece sus límites (14).

Ahora bien, hemos visto en el número anterior que uno de los rasgos característicos del concepto de «forum prorogatum» es el de constituir una *jurisdicción de sustitución*, lo que supone, en último término, la existencia de una jurisdicción natural o legal. Las partes litigantes, en un sistema procesal interno que admita el «forum prorogatum», lo que pueden hacer es elegir entre dos jurisdicciones: la que la ley atribuye al litigio en cuestión —que llamamos natural o legal— y la que admite que puede llegar a ser apta para tal litigio, si las partes se deciden voluntariamente por la misma. Pero siempre existirá, al fin, un tribunal legitimado para juzgar la controversia planteada, y al cual no podrá sustraerse la parte demandada, pues aunque manifieste su voluntad contraria en la forma más expresiva —la no comparecencia— la jurisdicción actuará sobre ella por medio del juicio en rebeldía.

Pero esto —ya lo hemos apuntado— no sucede en la jurisdicción internacional. Aquí no existe un tribunal natural o legal para conocer de los litigios entre Estados. En la jurisdicción internacional la voluntad de las partes no se limita a elegir entre dos formas de jurisdicción, sino que *fundamenta* la juris-

(11) Vide: BIN CHENG: *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1953, págs. 259 y ss.

(12) En adelante C. P. J. I. o T. P. J. I.

(13) En adelante C. I. J. o T. I. J.

(14) Vide, por ejemplo, C. P. J. I. Serie A, núm. 15, pág. 22 (*Affaire des droits de minorités en Haute-Silésie*). Serie A, núm. 2, pág. 16 (*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*), y más recientemente ha insistido en la misma idea la jurisprudencia del T. I. J. Así, en el asunto del Canal de Corfú ha dicho: «... le consentement des parties confère juridiction a la Cour» (C. I. J. Recueil, 1948, pág. 27) e igualmente, en el asunto de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania: «Le consentement des Etats parties á un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse» (C. I. J. Recueil, 1950, pág. 71). También: C. I. J. Recueil, 1952, pág. 103 (*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company*), Recueil, 1953, página 19 (*Affaire Ambatielos*), y Recueil, 1954, pág. 32 (*Affaire de l'or monétaire pris á Rome en 1948*).

dicción misma. En derecho interno la jurisdicción es siempre, en el fondo, obligatoria; en el derecho internacional la jurisdicción es siempre, en el fondo, voluntaria. En tales condiciones es claro que no puede darse el juego de elección entre la jurisdicción natural y la jurisdicción voluntaria o convencional (15). Con lo que resulta ya imposible encajar la noción de «forum prorogatum», tal como se dibuja en derecho público interno, dentro del sistema y funcionamiento de la jurisdicción internacional.

Ahora bien: hemos registrado una clara referencia al concepto de «forum prorogatum» en la jurisdicción internacional. Habrá, por lo tanto, que determinar qué es lo que se entiende por tal cuando se refiere a los tribunales internacionales (16).

6.—Con la noción de «forum prorogatum» se ha venido definiendo el principio en virtud del cual es perfectamente posible y legítima la aceptación de la jurisdicción de un Tribunal internacional por parte del Estado que ha sido unilateralmente citado ante el mismo (17).

Es opinión dominante entre los autores que han estudiado esta cuestión (18) que el concepto de «forum prorogatum» fue referido por primera vez a la jurisdicción internacional durante las discusiones habidas en 1934 para revisar el Reglamento del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. El artículo 40 del Estatuto preveía, igual que lo hace el artículo 40 del Estatuto del actual Tribunal Internacional de Justicia, que los asuntos podrían ser llevados ante el Tribunal, según el caso, mediante notificación del compromiso o mediante «requête» (19), añadiéndose que «en ambos casos, se indicarán

(15) WINIARSKI: *Ob. cit.*, pág. 447.

(16) El problema que estamos estudiando lo vamos a centrar en el ámbito de los dos tribunales internacionales, el T. P. J. I. y el T. I. J., dejando fuera la cuestión en los tribunales arbitrales.

(17) Aunque con menos frecuencia, se ha utilizado también la expresión «forum prorogatum» para designar el principio, vigente en el derecho internacional, que se conoce con el nombre de «perpetuatio iurisdictionis». Si bien constituye, desde cierto punto de vista, una «prorogatio fori ratione temporis», tal cuestión queda por completo fuera del alcance y de la intención de este trabajo. Sirva esto para dejar el tema definitivamente centrado en el sentido arriba expuesto.

(18) WALDOCK: *Ob. cit.*, pág. 385; ROSENNE: *Ob. cit.*, pág. 9, y WINIARSKI: *Ob. cit.*, pág. 448. *Vide también*: G. SALVIOLI: *Tutela dei diritti e interessi internazionali*, Padova, 1941, especialmente, págs. 181 y ss.

(19) Conservamos el término francés «requête» por considerarlo técnicamente más riguroso que su traducción «demanda». Propiamente, en el siste-

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

el objeto de la controversia y las partes». Uno de los miembros del Tribunal Permanente, M. Fromageot, propuso la idea de completar esta disposición estableciendo en el Reglamento del Tribunal que, en caso de que la vía utilizada fuera la segunda, debería indicarse en la «requête» la disposición convencional en la que se basaba la misma para someter el asunto o litigio a la jurisdicción del Tribunal. Tal proposición la fundamentó M. Fromageot considerando que, basándose la competencia del Tribunal en la voluntad de las partes, era preciso que esta voluntad bilateral quedara bien clara. En el caso del compromiso no había cuestión, ya que en él mismo se encontraba contenido necesariamente el elemento fundamental del consentimiento; pero en el supuesto de que el asunto se sometiera al Tribunal por medio de una «requête», precisábase la referencia al convenio o acuerdo que proporcionara la seguridad de la existencia del consentimiento de ambas partes.

Esta propuesta encontró seria oposición en varios Miembros del Tribunal. Así, Anzilotti, a la sazón juez del mismo, señaló que no era conveniente hacer más dificultoso el acceso al Tribunal y que no había razón para oponerse a que un Estado, citado unilateralmente, aceptase la jurisdicción del Tribunal en el litigio concreto planteado (20). Por su parte, el juez Schücking alegó que la admisión de un tal requisito obligaría al Tribunal a rechazar «a limine» toda demanda en la que tal indicación no pudiera hacerse, lo cual sería abandonar la institución del «forum prorogatum», consagrada por la práctica del Tribunal en numerosas ocasiones (21). Defendidas las dos posiciones, la favorable a la propuesta del juez Fromageot y la contraria a la misma, la votación final dio lugar a una solución intermedia, contenida en el artículo 32 del Reglamento del Tribunal, en el que se estableció que «la requête contiendra en outre, autant que possible, la mention de la disposition par laquelle le requérant prétend établir la compétence de la Cour».

ma procedimental internacional la «requête» no corresponde a lo que nosotros entendemos por «demanda». Si acaso podría traducirse por «citación». Nosotros preferimos conservar la forma francesa para mayor precisión.

20) WINIARSKI: *Ob. cit.*, pág. 446; SALVIOLI: *Ob. cit.*, pág. 191

(21) Al referirse a la práctica del Tribunal Permanente, Schücking se centró en la consideración de la sentencia dada por el mismo en el asunto de las minorías en la Alta Silesia: «...il ne semble point douteux que la volonté d'un Etat de soumettre un différend a la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants». (C. P. J. I. Serie A, núm. 15, págs. 24 y ss.) *Vide también*: ROSENNE: *Ob. cit.*, pág. 9.

De lo expuesto se deduce que el juez Schücking, al referirse a la noción de «forum prorogatum» como concepto admitido por la jurisprudencia del Tribunal, lo hacía entendiendo aquélla como expresión de la posibilidad de aceptar la jurisdicción del Tribunal sin un compromiso previo, en contestación a una citación unilateral ante el Tribunal.

En la práctica del actual Tribunal Internacional de Justicia, la noción de «forum prorogatum» ha sido alegada expresamente en numerosas ocasiones. En una de ellas el Tribunal hizo respecto de la misma algunas consideraciones explícitas que constituyen un dato importante para fijar el sentido y alcance que la jurisprudencia internacional ha atribuido a este concepto.

Durante el litigio de la Anglo-Iranian Oil Company, el Gobierno británico, contestando a la excepción de incompetencia alegada por el Irán, señaló que

«Le Gouvernement de l'Iran, ayant dans ses conclusions soumis á la décision de la Cour plusieurs questions qui ne sont pas des exceptions á la compétence de la Cour et qui ne pourraient être tranchées que si la Cour était compétente, a, ce faisant, conféré compétence á la Cour sur la base du principe «forum prorogatum» (22).

El Tribunal, en su sentencia de 22 de julio de 1952, recogió esta conclusión, contestando a la misma en los siguientes términos:

«Au cours des débats oraux le Gouvernement du Royaume-Uni a déposé une conclusion aux termes de laquelle "le Gouvernement de l'Iran..." Bien que l'agent du Gouvernement du Royaume-Uni ait déclaré par la suite qu'il ne tenait pas á insister sur ce point, sa conclusion n'a pas été formellement retirée. La Cour est donc tenue de l'examiner.

Pour pouvoir s'appliquer en l'espèce, le principe du "forum prorogatum" devrait être fondé sur quelque acte ou déclaration du Gouvernement de l'Iran impliquant un élément de consentement á l'égard de la compétence de la Cour. Mais ce Gouvernement n'a pas cessé de contester la compétence de la Cour. Après avoir déposé une exception préliminaire aux fins d'incompétence, il a maintenu cette exception pendant toute la durée de la procédure. Il est vrai qu'il a présenté d'autres objections sans rapport direct avec la question de compétence. Mais elles étaient clairement indiquées comme des moyens de défense qui auraient á être traité seulement si l'exception d'incompétence de l'Iran était rejetée. Aucun élément

(22) C. I. J. Recueil, 1952, pág. 101, núm. 17.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

de consentement ne saurait être déduit de l'attitude adoptée par l'Iran. En conséquence, la conclusion du Royaume-Uni sur ce point ne saurait être admise» (23).

De este texto se infiere que para el Tribunal el principio del «forum prorogatum» consiste en la virtualidad de hacer competente a la jurisdicción internacional, cuando ésta no lo es, por virtud del consentimiento de la parte que ha sido citada, consentimiento que debe manifestarse «sur quelque acte ou déclaration» de dicha parte. En los restantes casos en que, ante el T. I. J., se ha aludido al principio del «forum prorogatum» —aunque no ha sido en ninguna otra sentencia o dictamen— se ha hecho siempre dándole análogo sentido (24).

La doctrina ha seguido con bastante fidelidad este concepto: fundamentalmente lo ha considerado como expresión de un principio, vigente en el ordenamiento internacional, que establece la posibilidad de aceptar la jurisdicción del Tribunal a partir de una citación unilateral ante el mismo, aceptación que puede realizarse mediante una declaración expresa o por actos concluyentes (25).

7.—Lo dicho hasta aquí permite concluir taxativamente que la noción de «forum prorogatum» ha sido incorporada de una manera expresa y oficial en la jurisdicción internacional, estructurándose como un principio directivo de la misma.

(23) C. I. J. Recueil, 1952, págs. 113-114.

(24) Vide: C. I. J. Recueil, 1948, págs. 36 y 44 (*Affaire du Detroit de Corfou, exception préliminaire, opinion dissidente du Dr. Daxner*); 1950, páginas 81 y 96; 1952, págs. 101, 113, 114 y 171 (del ya citado asunto de la Anglo-Iranian, etc.); 1957, págs. 60, 61 y 64 (*Affaire relative a certains emprunts norvégiens, opinion individuelle de Sir H. Lauterpacht*), y 1959, páginas 114 y 115 (*Affaire de l'Interhandel, exceptions préliminaires, opinion dissidente de Sir H. Lauterpacht*).

(25) Así, WALDOCK la define como «acceptance of a unilateral summons to appear before the International Court», *Ob. cit.*, pág. 337. Igual ROSENNE, *Ob. cit.*, pág. 1. Con mayor prolijidad, LAUTERPACHT: «Exercise of jurisdiction by virtue of the principle of "forum prorogatum" takes place whenever after initiation of proceedings by point or unilateral application, jurisdiction is exercised with regard either to the entire dispute or to some aspects of it as the result of an agreement, express or implied, which is given by either or both parties and without which the Court would not be in the position to exercise jurisdiction» (*Ob. cit.*, pág. 103).

Pero, a la vez, lo expuesto más arriba demuestra también que se ha confirmado plenamente el primer diagnóstico, esto es, que si ciertamente se ha recibido y aplicado tal concepto en la jurisdicción internacional, lo ha sido con unos caracteres que le dan una fisonomía distinta a la que el mismo tiene en el derecho procesal interno. De las cuatro notas que señalábamos en la parte primera de este trabajo como determinantes de la noción (26), aquí sólo se cumplen, «mutatis mutandis», las dos últimas, es decir, la de constituir una sumisión a una jurisdicción en principio incompetente y que queda legitimada para actual por causa de tal sumisión, manifestada a partir de una expresión de voluntad. Ahora bien, esta coincidencia no aproxima en nada tales nociones, ya que se proyectan sobre estructuras jurídicas y procesales muy distintas (27). No hay que olvidar que los tribunales internacionales —concretamente el T. P. J. I. y su sucesor, el actual T. I. J.— tienen una jurisdicción esencialmente facultativa, o sea, fundamentalmente voluntaria, lo que les distingue y diferencia «a radice» de los sistemas procesales internos. Estos son competentes para entender y decidir los asuntos que una parte les someta, independientemente de la conformidad o asentimiento de la otra. En los sistemas jurídicos internos basta con que una parte emplaze a otra ante un Tribunal para que esta última quede obligada a concurrir y defenderse, ya que si no lo hace así será juzgada en rebeldía. El único margen de discrecionalidad que les queda a los litigantes es el que les suministra la institución del «forum prorogatum» que tiene, por lo tanto, dentro del sistema procesal interno, un simple sentido de «derecho de elección». Así, pues, si la parte demandante ha acudido a un Tribunal que no es el del fuero legal (o natural), la parte demandada lo único que puede hacer es manifestarse contra la competencia del mismo y rechazarla por medio de la declinatoria. Pero siempre quedará detrás un Tribunal legalmente competente (el del fuero legal), del que no podrá librarse la parte demandada. Es en este sentido en el que decíamos, al principio de este trabajo, que «en derecho interno la jurisdicción es siempre, en el fondo, obligatoria» (28). Por ello, si las partes llegan a ponerse de acuerdo, puede producirse una «prorrogación» o «sustitución» del fuero legal por el elegido (convencional) y, así, puede hablarse, y de esa forma se habla, de un «forum prorogatum».

(26) *Vide* en este trabajo, págs. 7-8.

(27) En este sentido: SERENI: *Principi generali di diritto e processo internazionale* (Quaderni della Rivista di D. I., núm. 1), 1955, págs 51 y ss.

(28) *Vide supra*, pág. 11.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

Muy distintos son los principios que inspiran la jurisdicción internacional. Vigente, hasta cierto punto, aquel antiguo aforismo que predica de los Estados que «iudicem non habent et superiorem», la jurisdicción internacional mantiene, hasta hoy, su carácter voluntario. Ello explica perfectamente el cambio de sentido que el concepto de «forum prorogatum» ha tenido necesariamente que sufrir al trasladarse a su ámbito. Ya hemos definido sumariamente lo que se ha entendido, en el campo de la jurisdicción internacional, por «forum prorogatum». Comparándolo con la noción tal como se halla delimitada en derecho interno, hemos visto ahora las diferencias que los separan. En este punto queda ya encardinada la problemática central de este trabajo. En esencia puede formularse con la siguiente pregunta: dadas las diferencias que se marcan, y atendiendo al sentido y valor que tiene dentro del derecho internacional, ¿es conveniente mantener, con plena vigencia, el «soi-disant» principio del «forum prorogatum» en la jurisdicción internacional?

Estamos ante una cuestión de técnica jurídica. Es por esta razón por lo que debe tenerse siempre presente que, en este orden de cosas, deben preponderar los criterios de utilidad y economía. ¿Es útil conservar el principio del «forum prorogatum»? O, más precisamente: ¿es necesario?

La elaboración científica de un determinado ámbito cultural puede llevar, en ocasiones, a lo que podría llamarse «prurito viviseccionista», tendencia excesiva al análisis y a la particularización. Entonces lo que sucede es que se elaboran conceptos y categorías innecesarias, supérfluas. La primera aspiración metódica de toda ciencia debe ser depurar estos productos estériles. Esto tiene plena y actual aplicación al Derecho, pero, sobre todo, al derecho internacional.

Para que, ya dentro, otra vez, de nuestro tema, pueda hablarse de la vigencia de un determinado principio en la jurisdicción internacional, es preciso que éste responda a una auténtica realidad —primera condición— y que, además, se estructure con un contenido propio y, al menos relativamente, autónomo —segunda condición—. En el caso del principio del «forum prorogatum» es innegable que se satisface la primera, ya que el mismo responde a una realidad, a algo efectivo. Pero, ¿puede decirse también que quede plenamente satisfecho el segundo?

Tal es la primera cuestión a dilucidar: determinar si el contenido conceptual de lo que se ha venido llamando principio del «forum prorogatum» constituye, científicamente, una categoría propia y autónoma, que precise, por tanto, una noción «ad hoc».

Resuelta esta primera pregunta, y en el supuesto de que lo fuese afirmativamente, aún sería necesario, apurando el análisis, preguntarse si a tal contenido, perfectamente determinado, resulta adecuada la denominación de *principio del «forum prorogatum»*, correspondiente a un concepto de derecho procesal interno, de perfil y sentido diferentes.

Para abordar la solución de uno y otro problema hay que empezar por encuadrar orgánicamente la noción de «forum prorogatum» —«sensu internationale»— dentro de la jurisdicción internacional. Esta será la finalidad de los próximos párrafos.

8.—Hemos dicho que por principio del «forum prorogatum» ha venido entendiéndose aquel que expresa la posibilidad de que un tribunal internacional se haga competente por efecto de una aceptación voluntaria de su jurisdicción, hecha por la parte que ha sido citada unilateralmente ante tal tribunal. ¿De qué manera se encaja esta hipótesis en el cuadro conceptual y orgánico de la jurisdicción internacional?

A fuer de claros es preciso que insistamos en ideas ya expuestas.

Se ha aludido reiteradamente al carácter facultativo o voluntario que tiene, y hasta ahora ha tenido, la jurisdicción internacional. Para que el T. I. J. tenga competencia es preciso que ésta se base, de alguna manera, en la voluntad de las partes. La idea aparece consagrada en el Estatuto del Tribunal. De acuerdo con el mismo —artículo 36, núms. 1 y 2— dicho sometimiento voluntario puede manifestarse de dos formas: *a*) como consentimiento previo al nacimiento de un litigio concreto, manifestado por la conformidad expresada de someter futuras controversias o determinadas categorías de litigios, en las cuales queda encuadrada la controversia producida; y *b*) mediante el consentimiento *ad hoc* y *post facto*, manifestado por la conformidad de someter al Tribunal una disputa o un litigio ya nacido (29).

Una y otra forma de consentimiento dan lugar a dos modalidades de jurisdicción que se han denominado, respectivamente, jurisdicción obligatoria o «compulsoria» y jurisdicción voluntaria o facultativa: «Bien que la compétence dans les deux cas provienne d'un accord, la compétence dérivant d'un accord conclu avant la naissance du litige et sans référence spécial au litige dont il s'agit, est ordinairement connue sous le nom de «compétence obligatoire» de la Cour, en opposition avec la compétence émanant d'accords *ad hoc*

(29) JIMÉNEZ DE ARECHAGA: *Ob. cit.*, pág. 525.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

au sujet de différends particuliers, et qui, elle, est qualifiée de *compétence facultative*» (30). Así, pues, la diferencia entre ambas se marca en cuanto al momento determinado en que se ha otorgado el consentimiento, ya que, en definitiva, ambas se fundamentan en éste: «Esta terminología —ha observado Stone— no debe dar lugar a confusiones. La distinción entre jurisdicción obligatoria y voluntaria sólo es exacta cuando se considera el problema en el momento después que ha surgido la controversia y una parte intenta la intervención del Tribunal. En ese momento, y con respecto a la otra parte, la jurisdicción del Tribunal se llama obligatoria si el litigio cae dentro de la categoría de controversias que esa parte ya se ha obligado a someter. Y es voluntaria si, no existiendo tal convenio previo, la otra parte acuerda entonces que se decida tal disputa concreta. Pero en ambos casos el Tribunal tiene jurisdicción porque las partes la han aceptado, y sólo porque la han aceptado» (31).

Por otra parte, el artículo 40 del Estatuto establece que los litigios se llevarán ante el Tribunal «mediante notificación del compromiso o mediante solicitud (requête) escrita...». Así, pues, se establecen dos medios a partir de los cuales se puede llevar un litigio o cuestión ante el Tribunal: a) por medio de una «requête» unilateral; b) mediante la notificación de compromiso contraído entre las partes con tal finalidad.

Ya durante el funcionamiento del T. P. J. I. (32) se quiso establecer un paralelismo correlativo entre ambas formas de jurisdicción y estos dos medios de plantear una cuestión o un litigio ante el mismo, insistiendo en que la diferencia más visible entre la jurisdicción obligatoria y la voluntaria radicaba en que «en la primera los procedimientos judiciales empiezan por una demanda unilateral, mientras que en la segunda se inician por un acuerdo especial o compromiso, por medio del cual se somete el asunto al Tribunal» (33). Hemos ya referido cómo durante la revisión del

(30) W. E. BECKETT: *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, en R. des C., vol. 39, 1932-I, pág. 217.

(31) STONE: *Legal Controls of International Conflicts*, pág. 123.

(32) La identidad casi absoluta entre el T. P. J. I. y el T. I. J. hace válida toda la argumenatción para ambos.

(33) STONE: *Ob. cit.*, pág. 123. También: BECKETT: (*Ob. cit.*, pág. 217) considera la «requête» como medio únicamente válido para los supuestos de jurisdicción obligatoria.

Reglamento del T. P. J. I., en 1934, se planteó esta cuestión y de qué forma se resolvió (34). Teniendo estos datos a la vista, el problema se plantea en los siguientes términos: en un supuesto de jurisdicción voluntaria, ¿puede iniciarse el procedimiento ante el mismo mediante una «requête»? o con otras palabras: ¿es posible la citación unilateral ante el Tribunal Internacional de Justicia? (35).

9.—Hemos visto cómo la contestación afirmativa a esta interrogación se ha dado fundamentándola en la aplicación a la jurisdicción internacional del llamado principio del «forum prorogatum» (36). Más cautelosamente, nosotros creemos que debe examinarse si tal respuesta afirmativa ha sido dada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y si ello ha sido debido a la aceptación de un tal principio o más bien a una deducción o consecuencia ya implícitamente contenida en el espíritu y en la técnica de la jurisdicción internacional.

Como señala Winiarski, «si el Tribunal se ha mostrado muy riguroso en lo que se refiere a la existencia del consentimiento de las partes como base o fundamento de su jurisdicción, ha sido muy liberal, por el contrario, en lo que se refiere a la forma en que debe manifestarse tal consentimiento» (37). La idea viene refrendada plenamente por la jurisprudencia internacional. Así, en el asunto de las minorías de la Alta Silesia, Polonia, parte demandada, habiéndose presentado ante el Tribunal Permanente, no invocó la incompetencia del Tribunal más que en la dúplica, no habiéndolo hecho en la contestación a la demanda (contramemoria). El Tribunal rechazó la excepción de incompetencia en los siguientes términos:

«La juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties. La Cour dépend de la volonté des Parties. La Cour est toujours compé-

(34) *Vide supra*, págs. 12-13.

(35) Aquí el adjetivo «unilateral» se utiliza en el sentido de significar que la citación o «requête» se entabla sin que exista una obligación de someterse a la jurisdicción del Tribunal por parte del Estado citado. En otro sentido, procesalmente, toda «requête» es unilateral.

(36) *Vide*: ROSENNE: *Ob. cit.*, págs. 17 y ss. En el mismo sentido: JIMÉNEZ DE ARECHAGA ha mantenido la idea de que la posibilidad de la citación unilateral ante el Tribunal ha sido un principio —el del «forum prorogatum»— que se ha adoptado de una manera definitiva recientemente en el asunto del Canal de Corfú (*Ob. cit.*, págs. 525-526).

(37) *Ob. cit.*, pág. 450.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

tente du moment où celles-ci acceptent sa juridiction, car il n'y a aucun différend que les Etats admis à ester devant la Cour ne puissent lui soumettre» (38).

.....
L'acceptation, par un Etat, de la juridiction de la Cour dans un cas particulier, n'est pas, selon le Statut, soumise à l'observation de certaines formes, comme, par exemple, l'établissement d'un compromis formel préalable.

Ainsi, la Cour... a reconnu comme suffisante, pour établir sa compétence, la simple déclaration, faite par le défendeur au cours de la procédure, d'accepter que la Cour jugeât sur un point qui, de l'avis de la Cour, ne rentrerait pas autrement dans sa compétence. Et il ne semble point douteux que la volonté d'un Etat de soumettre un différend à la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants. Il paraît difficile de nier que le fait de plaider le fond sans faire des réserves sur la compétence, ne doit être regardé comme une manifestation non équivoque de la volonté de l'Etat d'obtenir une décision sur le fond de l'affaire» (39).

De este texto se deducen claramente dos consecuencias:

- 1) Que es posible aceptar la jurisdicción del Tribunal internacional en el curso del proceso; lo que, en último término, supone plenamente la posibilidad de iniciar unilateralmente, y por «requête», un procedimiento internacional (40).
- 2) Que tal aceptación puede hacerse mediante una declaración expresa o deducirse de actos concluyentes (41).

(38) C. P. J. I. Serie A, núm. 15, pág. 22.

(39) C. P. J. I. Serie A, núm. 15, págs. 23-24.

(40) Ya durante el asunto *Mavrommatis* el Tribunal Permanente mantuvo la teoría de que el consentimiento de los agentes de las Partes, dado en el transcurso del procedimiento, era suficiente para otorgarle competencia respecto de un punto referente al asunto planteado ante él, pero que no estaba previsto en el título que le confería la competencia. (*Vide, Affaire Mavrommatis*, C. P. J. I. Serie A, núm. 5, págs. 27-28. Análogamente: *Affaire de l'usine de Chor-zow*: C. P. J. I. Serie A, núm. 17, pág. 37).

(41) En el mismo asunto el Tribunal insistió en que, manifestada implícitamente esa voluntad de someter el asunto a su jurisdicción, no era posible volverse contra la misma: «Si, dans un cas spécial, le défendeur a manifesté, par une déclaration expresse, sa volonté d'obtenir une décision sur le fond et de ne pas soulever la question de compétence, il semble clair qu'il ne peut, plus tard au cours de la procédure, revenir sur cette déclaration... Or, de l'avis de la Cour, il n'existe pas de raison pour traiter autrement les cas où la volonté de soumettre une affaire à la décision de la Cour a été manifestée implicite-

El actual Tribunal ha confirmado esta doctrina, especialmente en el asunto del Canal de Corfú.

Presentada una demanda por el Reino Unido contra Albania ante el Tribunal Internacional de Justicia, el gobierno albanés dirigió una comunicación al Tribunal expresando que, si bien no estaba de acuerdo, en absoluto, con la forma en que se había sometido la cuestión por parte del Reino Unido, aceptaba comparecer ante el Tribunal. En vista de ello se fijó un término para la contestación a la demanda, pero en lugar de contestar sobre el fondo de la misma, Albania formuló una excepción preliminar, negando la competencia del Tribunal.

Al examinar esta cuestión preliminar, el T. I. J. resolvió en los siguientes términos:

«La thèse albanaise selon laquelle la requête serait irrecevable, comme ayant été introduite contrairement aux dispositions de l'article 40, paragraphe premier, du Statut de la Cour, repose essentiellement sur le postulat que la voie de la requête n'aurait place que dans le domaine de la juridiction obligatoire, la voie du compromis étant seule ouverte hors de ce domaine.

C'est là une pure affirmation qui ne trouve de fondement ni dans l'un ni dans l'autre des textes invoqués. L'article 32, paragraphe 2, du Règlement, en n'exigeant pas impérativement, mais seulement «autant que possible», la mention, dans la requête, de la disposition par laquelle le requérant prétend établir la compétence de la Cour, paraît bien impliquer par lui même et par les considérations qui ont inspiré sa rédaction, que la voie de la requête n'est pas exclusivement réservée au domaine de la juridiction obligatoire» (42).

Con este texto, el Tribunal confirma irrefutablemente la posibilidad de la «voie de requête» en las hipótesis de jurisdicción voluntaria. Y añade.

«En recourant á la voie de la requête, le Gouvernement du Royaume-Unie á fourni au Gouvernement de l'Albaine l'occasion d'accepter la juridiction de la Cour; cette acceptation a été donnée dans la lettre du Gouvernement albanais du 2 juillet 1947» (43).

ment par le fait de plaider le fond sans réserver la question de compétence» (C. P. J. I. Serie A, núm. 15, pág. 25).

(42) C. I. J. Recueil, 1948, pág. 27.

(43) C. I. J. Racueil, 1948, págs. 27-28.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

«... rien ne suppose á ce que, comme dans le cas présent, l'acceptation de la juridiction, au lieu de se réaliser conjointement, par un compromis préalable, se fasse par deux actes séparés et successifs» (44).

En el caso Haya de la Torre se volvió a insistir en la posibilidad de aceptar la jurisdicción del Tribunal a partir de una citación unilateral, aceptación que, siguiendo la línea de argumentación mantenida por el Tribunal Permanente en el citado asunto de las minorías de la Alta Silesia, puede deducirse de actos concluyentes:

«Les Parties ont dans la présente affaire accepté la juridiction de la Cour. Elles ont discuté au fond toutes les questions soumises á celle-ci et n'ont rien objecté contre une décision au fond. Cette attitude des Parties suffit á fonder la compétence de la Cour» (45).

Así, pues, una reiterada jurisprudencia del T. I. J. admite la posibilidad de una «requête» unilateral y también la aceptación de la jurisdicción internacional a partir de la misma, bien mediante una declaración expresa, bien por actos que supongan una voluntad de aceptar, para el caso concreto, dicha jurisdicción. Pero, a la vez, el Tribunal ha insistido claramente en la necesidad de que tal aceptación, expresa o tácita, quede bien fundamentada, de tal forma que, en diversas ocasiones, el Tribunal ha declarado la imposibilidad de seguir tramitando una «requête» que no ha sido aceptada por la parte citada (46). Por ejemplo: el 3 de marzo de 1954, el Gobierno de los Estados Unidos depositó en la Secretaría del Tribunal dos «requêtes» con las que intentaba iniciar dos procedimientos contenciosos contra Hungría y la U.R.S.S., respectivamente, por supuestos daños sufridos por un avión norteamericano en territorio húngaro. Comunicadas las dos citaciones a ambos gobiernos, húngaro y soviético, uno y otro rechazaron la existencia de una competencia del Tribunal para tal caso y, a la vez, su inquebrantable voluntad de no someterse a la misma. En vista de ello, el Tribunal, por dos autos de 12 de julio de 1954, declaró que no era posible continuar el procedimiento:

(44) *Ibid.*, pág. 28.

(45) C. I. J. Recueil, 1951, pág. 78.

(46) *Vide*: MIAJA DE LA MUELA: *Perspectivas actuales de la jurisdicción internacional*, en Revista española de Derecho internacional, 1957, págs. 72 y siguientes.

«Considérant que, dans ces conditions, la Cour doit constater qu'elle ne se trouve en présence d'aucune acceptation par le Gouvernement de la République populaire de Hongrie de la juridiction de la Cour pour connaître du différend faisant l'objet de la requête dont elle a été saisie par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, et, qu'en conséquence elle ne peut donner suite á cette requête, la Cour ordonne que l'affaire soit rayée du rôle» (47).

Esta misma posición ha sido reiterada en otras ocasiones por el Tribunal Internacional de Justicia (48).

10.—¿Qué conclusiones pueden deducirse de esta doctrina mantenida por una repetida jurisprudencia del Tribunal Internacional?

De una manera esquemática tales deducciones pueden concretarse en los siguientes puntos:

1.º Es perfectamente posible la «requête» unilateral en los casos de jurisdicción voluntaria. Esto quiere decir que un Estado puede demandar unilateralmente a otro ante el Tribunal Internacional, aunque el Estado «citado» no haya aceptado de antemano esa jurisdicción.

2.º La simple «requête» unilateral, en tal hipótesis, no confiere de por sí competencia al Tribunal (49).

3.º En dicho supuesto, el Estado «citado» tiene la posibilidad de negarse o de aceptar la jurisdicción del Tribunal. En este último caso, y por virtud de tal aceptación, el Tribunal se hace competente.

4.º La aceptación puede realizarse expresamente por medio de una declaración en tal sentido o implícitamente (tácitamente) mediante actos que demuestren una voluntad inequívoca de aceptar la jurisdicción del Tribunal para tal supuesto («facta concludentia»). Una de estas conductas, interpretables en tal sentido, la ve el Tribunal en el hecho de no oponerse a la Competencia del mismo (forma negativa) y en el de argumentar sobre la cuestión de fondo sin más (forma positiva).

(47) C. I. J. Recueil, 1954, pág. 99.

(48) Así: «Incident aérien du 10 mars 1953: Recueil, 1956, pág. 8. Affaire de la zone Antarctique: Recueil, 1956, pág. 15 y pág. 12.

(49) Dice, a este respecto, ROSENNE literalmente: «Such a unilateral arraignment will never, of course, confer jurisdiction on the Court: on the other hand it cannot be regarded as an improper mode of proceeding, or as an abuse of the process of the Court» (*Ob cit.*, pág. 13).

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

5.º Una vez manifestada esa voluntad de aceptar la jurisdicción internacional, implícita o explícitamente, la parte aceptante no puede volverse contra la misma. Así, si la parte demandada ha contestado a la «requête» sin oponerse a la misma competencia del Tribunal, no puede ya, en las siguientes fases del procedimiento, hacerlo, vg. en la dúplica (50).

6.º Esta doctrina está contenida claramente en la estructura constitucional y orgánica de la jurisdicción internacional. No constituye, por lo tanto, una excepción al «espíritu» de la misma.

III

11.—Con lo expuesto hasta ahora creemos que hay datos suficientes para contestar a la cuestión que nos planteábamos. ¿Puede decirse que la doctrina contenida en el número anterior, y que, con más o menos variantes, se ha reducido por muchos autores conceptualmente al llamado principio del «forum prorogatum», constituya una categoría científicamente autónoma dentro de la jurisdicción internacional?

Creemos que no. Contra la opinión de algunos, que piensan que tal doctrina no ha sido definitivamente consagrada por la jurisprudencia internacional hasta la sentencia del T. I. J. sobre el Canal de Corfú (51), nos parece innegable que tal tesis se ha mantenido, más o menos espectacularmente, pero siempre vigente, en el esquema general de la jurisdicción internacional. Aparte de la prueba irrefutable de la jurisprudencia, la idea se encuentra encajada dentro de los principios que inspiran la jurisdicción internacional y refrendada por los mismos textos legales, especialmente por el citado artículo 32 del Reglamento del T. I. J.

Recogiendo de nuevo la idea matriz de la jurisdicción internacional, es decir, su carácter voluntario, hay que señalar que tal consentimiento, que la viene a fundamentar y a legitimar para actuar, no

(50) Tal como lo señaló el T. P. J. I. en el caso de las minorías en la Alta Silesia (*Vide*, pág. 24). En este aspecto puede admitirse la opinión de ROSENNE, que ve aquí una manifestación de la aplicación a la jurisdicción internacional del principio del *estoppel by conduct* (*Ob. cit.*, pág. 6).

(51) Especialmente ha mantenido esta teoría ROSENNE y la ha recogido, en todos sus puntos, JIMÉNEZ DE ARECHAGA: (*Ob. cit.*, págs. 526 y ss.

es preciso que sea previo al litigio ni tampoco es necesario que esté formulado formalmente. Hoy en día ya nadie mantiene la idea de que el consentimiento fundamentando una jurisdicción internacional, en el caso de que se plasme en un «compromiso» tenga que revestir una forma contractual (52). Al hablar el artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de que éste será competente respecto de todos los asuntos «que las partes le sometan», es claro que no quiere decir que tal sometimiento tenga que estar basado en un «acuerdo» formal, ni tampoco puede identificarse con tal concepto el «compromiso» de que habla el artículo 40, número 1, del citado Estatuto (53). Como señala Salvioli: «... le terme «compromis» doit être pris dans son acception le plus large: c'est-à-dire «existence de deux volontés des deux parties», et ces deux volontés ne doivent pas nécessairement se manifester conjointement (compromis formel), mais elles peuvent naître par deux actes successifs. De sorte que si un Etat n'ayant fait auparavant aucune déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, et si cet Etat en présence de cette requête déclare accepter la juridiction de la Cour (dans le sens d'accepter que la Cour décide de l'objet de la requête) il est hors de doute que celle-ci peut connaître de la question et juger... En conclusion il n'est pas nécessaire pour l'introduction d'une requête unilaterale qu'il existe antérieurement á la requête une disposition qui admette ce mode d'introduction du procès; ce qui est indispensable c'est que le consentement de l'autre Partie intervienne, même s'il s'est manifesté après la présentation de la requête. En somme ce cas de recours par requête acceptée postérieurement par le défendeur doit être envisagé comme une introduction du procès au moyen d'un compromis» (54).

Así, pues, a la idea primaria de que el consentimiento de las partes fundamenta la competencia de la jurisdicción internacional («Extra compromissum iudex nihil facere potest»), corresponde una segunda que establece que *basta que exista ese consentimiento* —se manifieste como se manifieste, antes de que nazca el litigio o después, con anterioridad a la iniciación del proceso

(52) Utilizamos el término «contractual» como sinónimo de «acuerdo».

(53) Una larga jurisprudencia, que aquí omitimos por obvias razones de espacio, confirma esto. Puede consultarse la detallada por M. BOSS: *Les conditions du procès en droit international public*, Biblioteca Visseriana, volumen XXXVI, pág. 131, nota 5.

(54) G. SALVIOLI: *Problèmes de procédure dans la jurisprudence internationale*, en R. des C. Vol. 91, 1957-I, págs. 587-588.

EL PRINCIPIO DEL "FORUM PROROGATUM"

o durante el mismo, expresa o tácitamente— *para que la competencia internacional quede establecida*. Ahora bien: esto no es algo «excepcional», «nuevo», en la jurisdicción internacional, ni tampoco constituye un principio independiente de ese otro que basa la jurisdicción internacional en la voluntad de las partes. Por el contrario, la estructura misma del procedimiento internacional, los principios en que se inspira y el dato mismo que aporta la jurisprudencia, demuestran que ello es algo consustancial con la jurisdicción internacional misma y con su carácter fundamental.

Si ciertamente el principio «*Boni iudicis est ampliare iurisdictionem*» es plenamente aplicable a toda jurisdicción, su vigencia resulta tanto más urgente en la internacional, todavía implicada en el carácter voluntario de su competencia.

En definitiva, por lo tanto, lo que se ha venido llamando principio del «forum prorogatum» no es sino un aspecto lateral de ese rasgo primario de la jurisdicción internacional. No conviene olvidar que el proceso internacional no puede ni debe venir inspirado en las mismas directrices y en los mismos principios que el interno. Al carácter de justicia obligatoria que este último tiene corresponde un rigor formalista que no puede aceptarse para el primero. La idea la expresó con toda precisión un texto del Tribunal Permanente de Justicia internacional:

«La Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher á des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne» (55).

Es evidente que si a ese requisito de voluntariedad o consentimiento se le impusieran rigores formalistas, la jurisdicción internacional quedaría, en gran parte, paralizada para actuar. La posibilidad de aceptar la competencia de un tribunal internacional en cualquier momento y sin imposiciones formales tiende, antes que nada, a facilitar y favorecer la presentación de litigios ante el Tribunal, brindando a la parte «citada» la posibilidad de aceptar la competencia del mismo (56). Ello es algo que se halla contenido lógicamente,

(55) *Affaire Mavrommatis*, C. P. J. I. Serie A, núm. 2, pág. 34.

(56) Otra cosa es que tal posibilidad pueda tener fructíferas consecuencias. Incluso puede ponerse al servicio de juegos políticos y de «propaganda psicológica». Sobre el «oportunismo» de algunas recientes «requêtes» unilaterales vide *MIAJA DE LA MUELA: Ob.* últimamente citada, págs. 74 y ss.

constitucional y claramente dentro de la estructura misma de la jurisdicción internacional y de los principios que la definen.

12.—La cuestión planteada al principio de este trabajo debe resolverse a la luz de estas consideraciones. ¿Debe mantenerse la noción de «forum prorogatum» en la jurisdicción internacional?

De un lado, hemos visto que el contenido conceptual de tal principio no constituye una categoría autónoma respecto de la estructura científica de la jurisdicción internacional. Se limita a expresar, o, más gráficamente, a repetir algo que ya está contenido en la idea primaria de aquélla y que, como tal, ha estado siempre vigente en la misma. En estas condiciones no resulta excesivamente arriesgado negar la necesidad de construir científicamente, como un principio propio y autónomo, algo que está implicado en otra categoría conceptual establecida.

Pero, demostrado que tal concepto no es necesario, todavía puede preguntarse si es conveniente mantenerlo como una noción aclaratoria. En tal sentido, el hecho de que se trate de una categoría que ha sido importada desde el campo del derecho interno y que ha perdido su auténtico sentido y contenido, aplicándose con un alcance totalmente diferente al que tiene en la técnica procesal interna, aconseja también aquí la respuesta negativa.

Así, pues, teniendo en cuenta estas razones, parece lo más adecuado desear de la construcción dogmática de la jurisdicción internacional el llamado principio del «forum prorogatum», que, en definitiva, resulta conceptualmente inútil y científicamente inadecuado.

FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. NATURALEZA JURIDICA.
- III. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS TUTELARES.
- IV. CLASES DE TUTELA.
- V. ORGANOS DE LA TUTELA.
- VI. EFECTOS JURIDICOS DE LAS DISTINTAS MEDIDAS TUTELARES.
- VII. COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS TUTELARES.
- VIII. MODIFICACION Y EXTINCION DE LA TUTELA.
- IX. MEDIOS DE IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS TUTELARES.
- X. MEDIDAS PATRIMONIALES COMPLEMENTARIAS DE LA TUTELA.
- XI. LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES Y LA TUTELA CIVIL.

Cumplimos un deber de justicia haciendo constar la eficaz ayuda que durante varios años nos viene prestando en la confección de nuestras publicaciones, el competente funcionario auxillar de la meritisima y ejemplar plantilla del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, don Pedro Requiel, excelente mecanógrafo, ordenador cuidadoso de nuestras cuartillas, y quien nos ha formulado respetuosas y acertadas indicaciones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES *

Una ilustre figura de la Obra de Protección de Menores y alma e instaurador de la misma en Valencia, Ribera Cañizares, dijo con frase feliz que «hay algo más lamentable que ser huérfano: tener padres indignos». Y así es en efecto, porque los menores huérfanos, con gran facilidad encuentran personas caritativas dispuestas a protegerles y a encargarse de su guarda; y por el contrario, cuando se trata de menores cuyos padres son indignos o por lo menos de conducta dudosa, nadie se atreve a disputárselos ni a enfrentarse con ellos. La explicación consiste en que en el primer caso se tiene la tranquilidad de que, cumplidos los adecuados requisitos legales, nadie podrá molestarles en la guarda de aquellos huérfanos, mientras que la existencia de unos malos padres es presagio de incidentes y disgustos, con la posibilidad, además, de que pronto o tarde puedan volver tales menores a la potestad de aquéllos.

Destaquemos inicialmente y sin perjuicio de lo que más tarde expondremos, que precisamente y como regla general, la *Tutela civil de menores* exige la *orfandad* de éstos y, por el contrario, la *Tutela de los Tribunales de Menores* supone la *existencia de padres o tutores* (1).

* Durante el Curso 1954-1955 estuvimos encargados del desempeño de una Cátedra de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. El cursillo explicado versó sobre *La vigilancia jurisdiccional de la patria potestad*, y fruto del mismo fue la publicación en estos ANALES (1955-56) de una monografía sobre *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho*, que fue llevada luego como Ponencia a la Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales de Menores celebrada en Burgos en 1956. Sus conclusiones han sido recogidas en la reforma del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958.

De nuevo, en el Curso 1958-1959, se nos confió otro curso monográfico de Doctorado sobre *La reforma de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores*. Fruto igualmente de dicho curso es el trabajo que ahora publicamos, y los que tenemos en preparación sobre *La Competencia y El Procedimiento*.

(1) No se opone a esta consideración el hecho de que la *facultad reformadora* pueda ejercitarse con respecto a menores huérfanos.

Estas ideas que ya exponíamos en la Ponencia que tuvimos el honor de presentar a la XI Asamblea de la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares de Menores celebrada en Zaragoza en el año 1947 (2), nos sirven de iniciación a la materia que pretendemos desarrollar: la distinción entre la tutela de menores, regulada por el Código Civil, a la que podemos llamar *tutela civil, ordinaria o familiar*, y la establecida por la legislación de Tribunales Tutelares, a la que calificaríamos de *tutela jurisdiccional, de autoridad, protectora o especial*.

El estudio detenido y detallado de esta última, es el objeto fundamental de la presente publicación.

Muy breves serán, por tanto, en este trabajo, las referencias que haremos a la tutela civil, ya que ésta se halla minuciosamente regulada en el Código y ha sido objeto de especial examen por nuestros civilistas, si bien será oportuno recordar que son muy duras las críticas que la mayoría de los autores dedican al actual ordenamiento jurídico de la institución y en particular al Consejo de familia, siendo aspiración casi unánime la de implantar en nuestra Patria la *Tutela de Autoridad*, ya a cargo de los tribunales ordinarios, ya de los de menores.

Al final de este estudio, que desarrolla ampliamente la tutela de los Tribunales de Menores, realizaremos un examen comparativo con la tutela civil u ordinaria, exponiendo sus diferencias.

Pretendemos, pues, delimitar el alcance y significación jurídica de la que llamamos *tutela jurisdiccional, especial o protectora*, pues hasta ahora los civilistas no han estudiado esta institución y nuestros comentaristas de la Ley de Tribunales de Menores tampoco han formulado una construcción jurídica y sistemática de la misma, labor que intentamos realizar, con el convencimiento de que lo que digamos pueda servir de base a rectificaciones y perfeccionamientos ulteriores por juristas tan eminentes como los que actúan en la Obra de Protección de Menores en España (3).

(2) «*La facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores. Sus características diferenciales en relación con la competencia de otros organismos públicos, y en especial con los gubernativos y de policía*» Ponencia publicada en la «*Revista de la Obra de Protección de Menores*». Año 1947, núm. 15, pág. 114.

(3) Para adquirir un conocimiento completo y perfecto sobre los Tribunales de Menores en nuestra Patria, deben leerse las magníficas y fundamentales obras de Gabriel M.^a de Ybarra *El primer Tribunal de Menores en España*. Madrid, 1925 y *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*. Bilbao, 1945. Es

Es tanto más necesario fijar el concepto jurídico de la tutela de los Tribunales de Menores, cuanto que la Ley y Reglamento contienen acerca de la misma muchos preceptos dispersos bajo diferentes epígrafes y que no permiten apreciar en forma unitaria, sistemática y completa, dicha institución (4).

Creemos oportuno advertir, que uno de los fines que nos proponemos con esta publicación es el de que pueda ser de utilidad para los Delegados de los Tribunales de Menores y especialmente para los llamados *cooperadores de vocación social*, para cuya función no se requiere la posesión de título ni técnica especial jurídica. Por este motivo hemos insistido en la exposición de algunos conceptos básicos en los que tal vez pueda apreciarse un tono excesivamente reiterativo, pero todo ello obedece, como decimos, a nuestro deseo de darles «peptonizada» —permítasenos utilizar la frase del gran procesalista uruguayo Couture— la materia de la tutela.

Por último, diremos que quedan fuera del ámbito de este trabajo los conceptos fundamentales del derecho penal del menor y los referentes al origen, fundamento y desenvolvimiento de la institución de los Tribunales de Menores, así como su organización, competencia y procedimiento (5). Vamos a

complemento muy interesante de ellas *Apéndices a la Obra Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*, de Javier de Ybarra y Bergé. Madrid, 1954.

(4) Las disposiciones legales por las que se han regido los Tribunales de Menores, son las siguientes: Ley de Bases de 2 de agosto de 1918; Ley articulada de 25 de noviembre de 1918 y Reglamento de 10 de julio de 1919; Ley de 15 de julio de 1925 y Reglamento de 6 de septiembre de 1925; Ley y Reglamento de 3 de febrero de 1929; Ley y Reglamento de 15 de septiembre de 1931; Ley de 13 de diciembre de 1940 y Reglamento de 22 de julio de 1942. Actualmente rige el Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948.

(5) La bibliografía sobre Tribunales de Menores en nuestra Patria es muy abundante. Además de las obras citadas en la nota anterior, mencionaremos las siguientes:

DATO, EDUARDO. *Discurso inaugural pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el curso 1906-1907*. Madrid, 1906.

GONZÁLEZ DEL ALBA. *Derecho protector de la infancia. Tribunales de los menores delincuentes*. Rev. Leg y Jur. Año 1907. Tomo III, pág. 44, y año 1908, tomo 113, pág. 415.

CASAS. *Tribunales para Menores*. La misma Revista, año 1911. Tomo 118, página 44.

BALLESTEROS. *Los Tribunales de Menores*. Revista de los Tribunales. Año 1935. Tomo LXIX, pág. 87.

ALCARAZ Y DE REYNA. *El régimen vigente sobre enjuiciamiento de menores*. La misma Revista, año y tomo. Pág. 658.

estudiar aquí, no la estática de dichos Tribunales, sino su dinámica, que no es otra cosa en definitiva que *la tutela*, o sea, la aplicación de las medidas permanentes que tienden a la corrección de aquellos menores que su conducta

MONTERO-RIOS VILLEGAS: *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*. Madrid, 1919.

SOLANO POLANCO: *Tribunales para Niños y Comentarios a la legislación española*. Reus. Madrid, 1920.

CUELLO CALÓN: *Los Tribunales para Niños*. Lib. Suárez. Madrid, 1917.

CUELLO CALÓN: *Criminalidad infantil y juvenil*. Ed. Bosch. Barcelona, 1934.

ALBÓ: *Seis años de vida del Tribunal Tutelar para Niños de Barcelona*. Artes Gráficas. Barcelona, 1927.

GUALLART L. DE GOICOECHEA: *El derecho penal de los menores. Los Tribunales para Niños*. Zaragoza, 1925.

JIMÉNEZ DE ASÚA: *La delincuencia juvenil y los Tribunales para Niños*. 1929.

JIMÉNEZ VICENTE: *Tribunales Tutelares de Menores*. Zaragoza, 1933.

GÓMEZ MESA: *Protección y corrección a la adolescencia*. Reus. Madrid, 1932.

GÓMEZ MESA: *Tribunales Tutelares de Menores*. Reus. Madrid, 1934.

GARCÍA, TOMÁS DE AQUINO: *Comentarios a la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores*. Ed. Aguado. Madrid, 1943.

PÉREZ VITORIA: *La minoría Penal*. Bosch. 1940. Barcelona.

HINOJOSA FERRER: *La privación y la suspensión de la patria potestad en la jurisdicción ordinaria y en los Tribunales Tutelares de Menores*. Revista de la Obra de Protección de Menores núm. 18, 1948, págs. 11 y ss.

FERRER SAMA: *Algunas consideraciones sobre la facultad tuitiva*. La misma Revista, núm. 21, 1949, págs. 22 y ss.

ALBEROLA SUCH: *Criterio a seguir en la duración de los internamientos en facultad protectora y en facultad de reforma*. Ponencia presentada a la XII Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales de Menores. Santiago, 1948.

Sobre aspectos procesales de la institución, pueden consultarse nuestros trabajos:

De las acciones nacidas de los delitos y faltas de menores. Revista Pro-Infantía, núm. 161, 1925; núm. 168, 1927, y núm. 174, 1928.

Algunos aspectos prácticos del recurso de apelación. Ponencia presentada a la XII Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales de Menores. Santiago, 1948. Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 17, pág. 39.

El apremio sobre sueldos y jornales para el pago de estancias. Ponencia presentada a la XIV Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales de Menores. Oviedo, 1951. Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 28, 1951, páginas 47 y ss.

El ejercicio de la pretensión de resarcimiento (acción civil) ante los Tribunales de Menores. Valencia, 1952.

Consecuencias de la inexistencia de la acción penal, en el tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil. Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 34, 1953, págs. 19 y ss.

La facultad reformadora de los Tribunales de Menores y sus relaciones con la Jurisdicción Penal. Ponencia presentada a la XVI Asamblea de la Unión

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

antisocial así lo requiere por realizar hechos que el Código Penal y Leyes especiales califican como delitos o faltas (facultad reformadora), y a proteger a los hijos o pupilos contra sus padres o tutores indignos (facultad protectora).

Por considerar excesivamente largo y redundante el término *Tutela de los Tribunales Tutelares de Menores*, preferimos utilizar como más sencillo el de *Tutela protectora*, aunque tampoco es éste perfecto, ya que la tutela, sea civil o corra a cargo de los tribunales de Menores, significa siempre defensa o protección. Tiene, pues, nuestra terminología un significado convencional, refiriéndose tanto a la tutela en *facultad reformadora* como en *facultad protectora*.

Esta posible confusión terminológica entre la tutela de los Tribunales de Menores y la tutela civil ordinaria, ya fue vista por el maestro de la Obra, don Gabriel María de Ybarra, quien estimó que era preferible calificar aquella como *acción tutelar* reformadora o protectora (6). Mas es lo cierto que el Reglamento utiliza los términos *menor tutelado* y *apertura de tutela* (art. 114 y otros del Reglamento).

Nacional de Tribunales de Menores. Granada, 1954 Revista de la Obra de Protección de Menores, núm. 40, 1955, pág. 13.

En el desarrollo de esta monografía, citaremos otras publicaciones nuestras, sobre temas no procesales.

Las Asambleas de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, han dado lugar a múltiples e importantes Ponencias, cuya extensa relación no publicamos, pero podrán encontrarse enumeradas en las obras de Ybarra, Gabriel M.^a y Javier, antes citadas, págs. 293 y 167, respectivamente.

La Revista de la Obra de Protección de Menores, magníficamente dirigida por Cándido Martín Alvarez, publica interesantes trabajos sobre Tribunales Tutelares de Menores.

(6) «Para evitar el equívoco en los términos de expresión, conviene aclarar que al hablar aquí de Tutela, ya reformadora, ya protectora (que es preferible calificar como lo hace el vigente Reglamento de «acción tutelar, reformadora o protectora») no tomamos el concepto de tutela en el sentido de tutela civil, de que hemos hablado en otro lugar, que no nos concierne y con el cual no debe confundirse; ni tampoco en el sentido más amplio en que denominamos tutelar a nuestro Tribunal, sino en el sentido estricto de la jurisdicción que de un modo permanente se ejerce sobre nuestros menores cuando son objeto de medidas duraderas en contraposición a medidas breves aisladas», *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*. Pág. 157. Bilbao, 1945.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

La definición más simplista que puede darse de esta tutela es la de «la aplicación de las *medidas duraderas* acordadas por los Tribunales de Menores, tanto en el ejercicio de su facultad protectora, como en el de su facultad reformadora».

Gabriel M.^a de Ybarra, aunque con referencia tan sólo a la función reformadora, la definía como «el conjunto de menores que, bien en situación de internamiento o de libertad vigilada, se hallan con expediente abierto bajo la jurisdicción del Tribunal, o, por mejor decir, la actuación permanente del Tribunal sobre ese conjunto de menores» (7).

Con las dificultades y riesgos inherentes a toda definición, podríamos decir que la tutela de los Tribunales de Menores es *el ejercicio por los mismos de la guarda y educación de la persona de los menores de dieciséis años (8) por haber sido separados de sus padres o tutores, tanto por ser éstos indignos, como para la reforma de aquéllos, mediante la suspensión explícita en un caso e implícita en otro, de dichos derechos (9) ; o el ejercicio de la vigilancia sobre los padres o tutores de menores de dicha edad, sospechosos de indignidad, y con respecto a los menores necesitados de corrección (10)*.

(7) *El primer Tribunal de Menores en España*, pág. 76. Madrid, 1925.

(8) Si el menor queda sujeto a la tutela del Tribunal de Menores antes de cumplir los dieciséis años, ésta puede durar hasta la mayoría de edad.

(9) La Ley de Tribunales de Menores ha establecido una modalidad *sui generis* de suspensión implícita del derecho de guarda y educación al disponer en su artículo 19, 2.º, que «Cuando el menor sea entregado a otra persona, familia, Sociedad o Establecimiento en el ejercicio de la facultad reformadora, se considerará *implícitamente en suspenso* el derecho de los padres a su guarda y educación». Frente a esta suspensión *implícita* en facultad reformadora, que no supone indignidad en los padres o tutores, existe la suspensión que deben expresamente pronunciar los Tribunales de Menores en facultad protectora cuando los padres son indignos, a la que podemos llamar suspensión *explícita*. Por eso utilizamos dichos términos en la definición de la tutela.

(10) Art. 9 de la Ley: «La competencia de los Tribunales Tutelares se extenderá a conocer:

1.º A) De las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código Penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas, sin otra excepción que los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar.

B) De las infracciones cometidas por menores de la misma edad consignadas en las Leyes provinciales y municipales.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

En el curso de este trabajo hallará justificación adecuada la definición que nos hemos atrevido a formular y que por fuerza ha de comprender, tanto la que luego llamaremos tutela plena, como la semiplena o de vigilancia.

Es interesante señalar desde el primer momento que la tutela de los Tribunales de Menores, afecta a la persona del menor y no a sus bienes. Así se desprende del párrafo tercero del art. 14 de la Ley, al determinar que «los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores, sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor, y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes(11). Aunque este precepto afecta sólo a la suspensión del derecho de guarda y educación, es de indudable aplicación a todas las hipótesis de tutela que a los Tribunales de Menores corresponden.

Con carácter general el párrafo 1.º del art. 18 de la Ley fija el alcance de la tutela de los Tribunales de Menores, al disponer que «siempre que estos Tribunales adopten medidas prolongadas de vigilancia, de guarda y educación o de reforma, ejercerán su *acción tutelar sobre el menor de un modo permanente*, hasta que acuerden el cese de vigilancia, alcen la suspensión del derecho de los padres o tutores o decreten la libertad definitiva, pero sin que esta acción tutelar pueda exceder de la mayoría de edad civil, tanto en la facultad reformadora como en la de protección», añadiendo el párrafo 2.º que

C) De los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo requieran el ejercicio de su facultad reformadora.

3.º De la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación:

A) En los casos previstos en el Código Civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores.

B) En los consignados en los números 5.º, 6.º, 8.º 10, 11 y 12 del artículo 584 del Código Penal, y en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1903.»

Como puede claramente apreciarse, el número 1.º del artículo 9, comprende la *facultad reformadora*, y el número 3.º, la *facultad protectora*.

El número 2.º, que no transcribimos, se refiere a la llamada *facultad de enjuiciamiento de mayores* (faltas cometidas por mayores de dieciséis años, comprendidas en el artículo 584 del Código Penal), que origina medidas represivas y no tutelares.

(11) Establece asimismo dicho artículo 14 que «si el Tribunal Tutelar adquiriese el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, participará al Ministerio Fiscal los hechos en que funde dicha convicción al efecto de que éste promueva el procedimiento que corresponda ante el Tribunal civil».

«cuando suspendan el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación, lo ejercerán los mismos Tribunales, confiando el menor para su custodia a otras personas o Entidades».

Esta significación de la tutela de los Tribunales de Menores la confirma el art. 116 del Reglamento, al determinar que «el Tribunal que tenga bajo su acción tutelar permanente un menor, será el único a quien corresponda ejercerla, mientras no acuerde la libertad definitiva o el término de la protección, aun cuando dicho menor se halle necesitado de la adopción de nuevas medidas de corrección o protección fuera del territorio a que alcance la jurisdicción de aquel Tribunal» (12).

Con gran acierto dice Ybarra que precisamente la tutela es lo que diferencia a los Tribunales de Menores de los Tribunales ordinarios. En estos últimos «el proceso concluye en cuanto se falla, mientras que en el Tribunal para niños, cuando se dicta el fallo de apertura de tutela, es cuando comienza la actuación característica de este Tribunal. Porque es de advertir, que los expedientes en que se acuerda la libertad vigilada o el internamiento de los menores, lejos de permanecer inactivos, continúan en constante movimiento, pues, frecuentemente, vuelven a juicio para adoptar nuevos acuerdos, bien sea porque el menor en libertad vigilada cometió nuevas faltas que obligan a internarlo, porque el internado mereció la libertad vigilada, porque se dé fin al tratamiento con la libertad definitiva, porque se traslada el menor a otro establecimiento o se le cambia el Delegado o por otros mil motivos que en la práctica inducen a ocuparse nuevamente de cada expediente y de cada menor».

«Estas indicaciones nos dan la sensación de lo que significa y del trabajo intenso que representa la tutela, sobre todo, cuando se extiende a cientos de menores; porque la tutela es seguir al niño paso a paso e informarse del proceso de su extravío, y enterarse del curso de su reforma, hasta el punto de

(12) Sigue disponiendo el artículo 116 del Reglamento que «si el menor ejecutare nuevos hechos o se hallare en situación que determinase la intervención de otro Tribunal, este último se abstendrá de adoptar medidas de carácter permanente; y si a su juicio fuesen éstas necesarias, tramitará expediente en el que se dictará acuerdo proponiendo su aplicación al Tribunal bajo cuya acción tutelar se hallare, al que remitirá testimonio de todo lo actuado»; y que «si el menor que se halle sometido a medidas de vigilancia trasladare su residencia a territorio de otro Tribunal, el Tribunal que ejerza la acción tutelar encomendará al del lugar de su residencia, el ejercicio por delegación de la libertad vigilada o de la vigilancia protectora».

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

que bien podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que la tutela es el propio Tribunal para Niños, y que el Tribunal para Niños que no la ejerza no ha sabido posesionarse de su misión» (13)

Las anteriores consideraciones referentes a la facultad reformadora son igualmente aplicables a la protectora.

III. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS TUTELARES

Los Tribunales de Menores pueden adoptar en sus acuerdos medidas aisladas: amonestaciones, internamientos breves y requerimientos (14); y medidas duraderas: imposición de vigilancia, internado y colocación en familia. (Art. 36 del Reglamento.)

Pues bien; la aplicación de las medidas de carácter duradero, tanto en el ejercicio de la función reformadora como en el de la protectora constituyen, como acabamos de exponer, la tutela de los Tribunales de Menores.

Las medidas tutelares propiamente dichas, o sea, las de carácter duradero, que adoptan los Tribunales de Menores, se clasifican en dos grandes grupos: (Art. 113 Reglamento.)

A) DE SEPARACIÓN DEL MENOR DE SU FAMILIA.

- a) en facultad protectora, *la suspensión del derecho de guarda y educación de los padres o tutores.* (Art. 17, B) Ley.)
- b) en facultad reformadora, *el internamiento o colocación en familia del menor.* (Art. 17, A), 3.º, 4.º y 5.º Ley.)

B) DE VIGILANCIA.

- a) en facultad protectora, *la imposición de vigilancia* (Art. 17, B) Ley) con o sin medidas o restricciones complementarias (Artículo 19, 1.º, Ley.)
- b) en facultad reformadora, *la libertad vigilada* (Art. 17; A), 2.º, Ley) con o sin medidas o restricciones complementarias (Artículo 19, 1.º, Ley).

(13) YBARRA: El primer Tribunal de Menores en España, pág. 157.

(14) Estas medidas aisladas, en un sentido amplio, son tutelares, pero por no tener carácter duradero no dan lugar a la apertura de tutela *strictu sensu*.

Exponemos un amplio cuadro sinóptico con la clasificación detallada de las medidas tutelares que contienen la Ley y Reglamento y que desarrollamos según nuestro criterio personal.

Sin embargo, en relación con este cuadro sinóptico, nos parece oportuno formular algunas aclaraciones previas.

Es la primera, la de los reparos que hemos de oponer al término utilizado por el Reglamento «separación del menor de su familia», por considerarlo inadecuado, ya que el menor de quien se separa concretamente es de sus padres o tutores.

Aun considerando el término familia en su acepción más estricta, si se suspende el derecho del padre a la guarda y educación y el hijo queda bajo la potestad de la madre, ¿puede considerarse esta hipótesis como de separación del menor de su familia? ¿Puede igualmente considerarse como tal la entrega del menor a los abuelos o tíos en el caso de suspensión a los padres?

Por otra parte, el menor puede ser retirado de la guarda de su tutor, sin que éste tenga ningún vínculo de parentesco con aquél. ¿Cómo llamar a esta situación, de separación del menor de su familia?

También hemos de hacer otra observación en el sentido de que, aunque la Ley habla de confiar el menor a la Junta de Protección de Menores o a una persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento, nosotros, para mayor claridad en el cuadro que sigue, simplificamos la terminología distinguiendo tan sólo los conceptos *colocación en familia* e *internamiento*, considerando comprendidos en el primer caso la entrega a persona o familia, y en el segundo a Sociedad tutelar, Institución, Establecimiento o Junta.

Otra aclaración previa es la de que en todos los casos de medidas tutelares adoptadas por los Tribunales de Menores, exige la Ley se nombre un Delegado que se encargue, según los casos, de la vigilancia ya del menor, ya de la persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento a cuya custodia haya sido confiado.

Tan sólo se prescindirá de la designación de Delegado, en facultad protectora, cuando sea confiado el menor a una Junta de Protección de Menores. Asimismo, podrá también, en facultad protectora, prescindirse del nombramiento de Delegado y encargar a dichas Juntas la vigilancia de la persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento a quien se haya confiado el menor (Art. 17 Ley).

CLASES DE MEDIDAS TUTELARES.
(De carácter duradero.) Artículos 17 de la Ley y 113 del Reglamento.

<p><i>Tutela plena. De separación del menor de su familia. Art. 122 del Reglamento.</i></p>	<p><i>De guarda y educación. En facultad protectora.</i></p>	<p>A) Suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de sus hijos o pupilos. Artículo 17, B), de la Ley.</p>	<p>a) Del derecho del padre existiendo madre. b) Del derecho del padre no habiendo madre. c) Del derecho de la madre no existiendo padre. d) Del derecho de ambos padres.</p>	<p>Corresponden a ésta dichos derechos por ministerio de la Ley.</p> <p>a' Colocación en familia. b' Internamiento.</p>
	<p><i>De observación y reforma. En facultad reformadora.</i></p>	<p>B) Retirada del menor de la custodia de... Artículo 82 del Reglamento.</p>	<p>a) Los guardadores de hecho. b) El protector designado por la Junta de Protección de Menores.</p>	<p>a' Medidas de guarda por el Tribunal de Menores. b' Acuerdos del Consejo de familia.</p> <p>a' Colocación en familia. b' Internamiento.</p> <p>Reintegrando éste a la respectiva Junta.</p>
	<p><i>Tutela menos plena. De vigilancia. Art. 115 del Reglamento.</i></p>	<p><i>De imposición de vigilancia. En facultad protectora.</i></p>	<p>C) Suspensión del derecho de guarda y educación, al padre, a la madre o a ambos, con respecto a sus hijos naturales. Artículo 83 del Reglamento.</p>	<p>a) Cuando el reconocimiento se verifique en forma atentatoria a los derechos del menor o intereses superiores de orden público. b) Cuando se les considere indignos de ejercer la guarda y educación.</p>
	<p><i>De libertad vigilada. En facultad reformadora.</i></p>	<p>A) Colocación del menor bajo la custodia de otra persona, familia o sociedad tutelar. Artículo 17, A), 3.º, de la Ley.</p>	<p>a) de observación. b) de educación. c) de reforma. { a' de tipo educativo. b' de tipo correctivo. c' de semilibertad. Artículo 125 del Reglamento.</p>	
		<p>B) Ingreso del menor en un establecimiento oficial o privado. Artículo 17, A), 4.º, de la Ley.</p>		
		<p>C) Ingreso del menor en un establecimiento especial de anormales. Artículo 17, A), 5.º, de la Ley.</p>		
		<p>A) Vigilancia al padre. B) Vigilancia a la madre, no existiendo padre, o estando éste suspenso. C) Vigilancia a ambos padres. D) Vigilancia al tutor. Artículo 17, B), Ley.</p>		<p>Con o sin medidas o restricciones complementarias. Artículo 19 de la Ley.</p>
		<p>La libertad vigilada del menor. Artículo 17, A), 2.º, de la Ley.</p>		<p>Con o sin medidas o restricciones complementarias. Artículo 19 de la Ley.</p>

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Existen en el cuadro sinóptico que acabamos de presentar, algunas situaciones tutelares dignas de comentario especial.

Son éstas las siguientes:

a) La llamada *suspensión implícita* del derecho de guarda y educación, en facultad reformadora. (Art. 19, 2.º, Ley.)

b) La suspensión del derecho de guarda y educación del padre, quedando el menor por ministerio de la Ley bajo la potestad de la madre.

c) La suspensión del derecho de guarda y educación del tutor sobre la persona de su pupilo.

d) El caso del menor a quien se retira del guardador de hecho no investido de potestad legal sobre el mismo. (Art. 82, 1.º, Reglamento.)

e) La suspensión del derecho de guarda de los padres naturales, prevista en el art. 83, 2.º, del Reglamento.

f) El problema de las medidas o restricciones complementarias del artículo 19 de la Ley, entre las cuales destaca por su importancia la referente al derecho de comunicación o visita del menor con el padre o madre que no ejerce la guarda y con los abuelos.

Como todas estas situaciones plantean problemas importantes en relación con los efectos jurídicos de estas medidas tutelares, reservamos su estudio para el capítulo que lleva este epígrafe.

IV. CLASES DE TUTELA A CARGO DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

De todo lo que llevamos expuesto se desprende que existen dos clases de tutela a cargo de los Tribunales de Menores, con características distintas, aunque coincidentes en una misma finalidad: la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio por sus padres o tutores del derecho a su guarda y educación y la reforma de los menores de dicha edad delincuentes, o mejor, antisociales.

Como las medidas duraderas, tanto en función protectora como reformadora, pueden ser de separación del menor de su familia o de vigilancia, hay que distinguir dos clases de tutela:

a) *Tutela plena o de separación del menor de su familia.*—En ésta, el derecho de guarda y educación, ya por suspensión explícita o implícita, como dice sin lugar a dudas el párrafo 2.º del art. 18 de la Ley, lo ejercen «los

mismos Tribunales de Menores», sin perjuicio de que éstos confíen el menor para su custodia o reforma a otras personas o entidades. Es decir, que el tutor es el propio Tribunal; pero como el menor ha sido separado de sus padres o tutores, necesita éste confiarlo a la custodia de personas, Entidades o Establecimientos. Pero, insistimos, el tutor es el Tribunal. La familia o Institución a cuya custodia se confía el menor, no son más que meros guardadores.

b) *Tutela menos plena o de vigilancia*.—Aunque el tutor es también el Tribunal, los padres o tutores civiles siguen ejerciendo el derecho de guarda y educación y tienen al menor en su compañía, estando limitados aquellos derechos como consecuencia de la vigilancia a que están sujetos los padres, o el hijo o pupilo, puesto que el Tribunal puede acordar, según dispone el art. 19, las medidas o restricciones complementarias que estime favorables a la corrección o protección de los menores, sin que los padres o tutores puedan ejercitar los derechos a que se refiere el último párrafo del artículo 18 de la Ley (15) sin autorización del Tribunal.

Es, pues, de extraordinaria importancia cuando se habla de menor tutelado por un Tribunal de menores, determinar si la tutela a que está sujeto es plena o menos plena.

Lo que diferencia realmente a ambas modalidades de tutela es el hecho de que el menor quede bajo la guarda y educación del Tribunal de Menores o bajo la de sus padres o tutor, pues la *vigilancia* se da tanto en una como en otra. O lo que es lo mismo: en la tutela plena *el Tribunal* ejerce la guarda y educación del menor, y *vigila* a la familia, Sociedad tutelar o Establecimiento en que ha sido internado éste (16); mientras que en la menos plena, como el menor sigue en poder de sus padres o tutores, la tutela se concreta sólo a la vigilancia ya del menor, ya de sus guardadores legales, y al cumplimiento de las restricciones o medidas complementarias que se hayan adoptado.

Por otra parte es lógico que en la *tutela plena*, la vigilancia sea *menos intensa*, porque el guardador designado por el Tribunal de Menores lo ha sido en razón de la *confianza* que le merece. Por el contrario, la vigilancia

(15) «Contratos de aprendizaje o trabajo, la emigración o la inscripción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante». (Art. 18, 2.º, Rg.)

(16) Salvo el caso en que el menor haya sido confiado a la Junta de Protección de Menores, pues entonces conforme a lo dispuesto en el apartado B) del artículo 17 de la Ley, no ha lugar, naturalmente, a dicha vigilancia.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

en la *tutela menos plena* por fuerza ha de ser *más intensa y constante*, pues precisamente se ha impuesto por la *desconfianza* que inspira el menor o sus padres o tutor.

Claro está que en ambos casos existe tutela, y además es posible y hasta frecuente que los padres o tutores, o el menor, puedan pasar de una a otra forma de tutela.

Así, el ejercicio de la tutela de vigilancia sobre los padres puede determinar, ante el empeoramiento de la conducta de éstos, la suspensión del derecho de guarda y educación, con lo que los padres o tutores dejarán de tener a sus hijos o pupilos y la guarda será ejercida por los Tribunales de Menores.

Por el contrario, el mejoramiento de su conducta puede determinar el alzamiento de la suspensión del derecho de guarda y educación de sus hijos o pupilos, recuperando los padres o tutores estas facultades, pero imponiéndose frecuentemente la tutela de vigilancia en espera de su perseverancia en la rectificación de la conducta emprendida.

También en el ejercicio de la facultad reformadora puede darse el cambio de tutela menos plena a tutela plena y viceversa.

Si el menor sometido a libertad vigilada (tutela de vigilancia) recae en su mala conducta, podrá ser internado y surgirá la tutela plena. Si el menor por su buena conducta merece que se dé por terminado el internamiento, cesará esta tutela, y normalmente pasará a la de vigilancia (libertad vigilada) en espera de la confirmación de su sanidad moral.

Claro está que tanto se trate de una como de otra tutela, la rectificación clara y evidente de conducta de los padres, de los tutores o del menor, según se trate de la facultad protectora o reformadora, al igual que la mayoría de edad del menor, determinará el cese de la tutela, materia ésta que será estudiada en otro epígrafe posterior.

V. ORGANOS DE LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

A) Sabido es que la tutela civil regida por nuestro Código es de tipo familiar y tiene como órganos al tutor, protutor y consejo de familia. Los tribunales ordinarios, esto es, la autoridad judicial, cumplen diversas e importantísimas funciones en la materia, mas no puede afirmarse que ejerzan la tutela misma.

B) Los órganos en la tutela de los Tribunales de Menores son:

1. *Tutela plena o de separación del menor de su familia:*

a) *El Tribunal de Menores.*—Es el que ejerce la tutela, el verdadero tutor, y por tanto, decide todas las cuestiones con ella relacionadas (salvo la materia referente a los bienes que conforme al art. 14, 3.º, de la Ley, no le compete). Así, resuelve lo que atañe a la alimentación; determina con quién ha de convivir el menor; la instrucción y educación que ha de recibir; las medidas de corrección que en su caso se le hayan de aplicar; y también, según el art. 18, 2.º de la Ley, asume las facultades que a los padres o tutores competen para autorizar los contratos de aprendizaje o trabajo, la emigración o la inscripción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante.

b) *La persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento a cuya custodia queda confiado el menor.*—Esta custodia o mera guarda, habrá de ejercerla conforme a las instrucciones recibidas del Tribunal tutor. Por lo demás, su misión habrá de cumplirla con la diligencia de un buen padre de familia, pudiendo corregir y castigar al menor moderadamente. Comunicará al Tribunal, ya directamente ya a través del Delegado, las novedades de importancia que ocurran en el desenvolvimiento de la tutela, obrando de acuerdo con las instrucciones que se le vayan facilitando. Asimismo no podrán entregar a sus padres o tutores, o a terceras personas, el menor que se les hubiere confiado, ya que ello, salvo que el hecho constituyera delito, por lo menos daría lugar a la falta prevista en el núm. 17 del art. 584 del Código Penal (17).

c) *El Delegado del Tribunal.*—Como ya se ha dicho antes, no se nombra cuando es confiado el hijo o pupilo a la Protección de Menores. Es el lazo de unión entre el Tribunal y la persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento a quien el menor hubiere sido confiado, siendo fundamentalmente un órgano de vigilancia. No es éste el momento oportuno para estudiar con detalle la importante y compleja función del Delegado (18).

(17) Por estimar que no estaba claramente tipificada esta infracción, presentamos una Ponencia en la VIII Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Madrid en el año 1944, con el título *Del quebrantamiento por los padres o guardadores de la colocación en familia decretada por los Tribunales de Menores*. Aprobadas sus conclusiones, fueron llevadas al Código Penal por Ley de 19 de julio de 1944, creándose las faltas de los números 16 y 17 del artículo 578 (hoy 584) de dicho Cuerpo legal.

(18) Puede verse nuestro *Manual del Delegado del Tribunal Tutelar de Menores*, publicado por el Tribunal de Menores de Valencia en el año 1934.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

El Reglamento de la institución, establece en su art. 120 que «los Delegados participarán a los respectivos Tribunales en los plazos que éstos les señalen, el resultado de la misión tutelar que sobre las personas de los menores ejerzan, proponiéndoles la adopción de las medidas que estimaren más eficaces para asegurar la finalidad de los acuerdos dictados», sin perjuicio de lo cual, como ordena el art. 119 del propio Reglamento, «se ejercerá siempre por los Delegados una activa y celosa actuación para fiscalizar la conducta que los menores observen».

2. *Tutela menos plena o de vigilancia.*—Como el menor sigue bajo la guarda y educación de sus padres o tutor, los órganos son los mismos que en la plena, a excepción del mencionado en el apartado b) :

a) *El Tribunal de Menores.*—Es igualmente el tutor, y así lo dice la Ley expresamente. Pero como quiera que el menor, pese a la tutela, se encuentra bajo la guarda de sus padres o tutor, la misión del Tribunal es sólo de vigilancia (libertad vigilada del menor o vigilancia protectora de los padres o tu-

Los Delegados que cada Tribunal de Menores podrá nombrar para el ejercicio de la libertad vigilada, para la imposición de vigilancia y para la inspección de Establecimientos o guardadores, podrán ser de dos clases: profesionales o de vocación social, y éstos, técnicos o meros cooperadores. (Art. 11, 1.º, Regl.) Las condiciones requeridas para ser nombrados, según su respectiva clase, las fija el artículo 11, 2.º y 3.º del Reglamento.

Los autores son muy exigentes en orden a las cualidades que deben reunir los Delegados. Así, PAUL WETS, el famoso Juez de niños que fue de Bruselas, pide para el Delegado: «bueno, sin ser simple; enérgico, sin brutalidad; paciente, sin debilidad; a estas condiciones sumará el sacrificio, la actividad, iniciativa, prudencia, tacto, clarividencia; deberá inspirar confianza evitando el abandono que dañaría su prestigio. Las cualidades del corazón, dominarán, sin desconocer el mérito del saber y de la inteligencia. (Tomado de BOROBIO: *Memoria del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza, 1925-1926*).

SINDREY, Juez de Niños de Denwer, quiere que el Delegado tenga: «el magnetismo de Moisés, la paciencia de Job, la firmeza de Abraham, la sabiduría de Salomón, y, sobre todo, la abnegación y el amor de Cristo». (Tomado del Prólogo de CUELLO CALÓN a la obra de YSART *La vigilancia de los menores y los Delegados de protección a la infancia*. Barcelona, 1932.)

Difícil es encontrar un número crecido de Delegados en quienes concurren tales circunstancias. No creemos haya que ser tan exigente en cuanto a dichas condiciones, y estimamos con el ilustre penalista JIMÉNEZ VICENTE, que una vocación ilustrada para cuidar paternal o maternalmente del bien del prójimo y un sentido de coordinación para secundar fielmente los acuerdos del Tribunal, bastan para esta misión, que no tiene que ser retribuida dondequiera que haya espiritualidad para inspirar y sostener estas generosas vocaciones. (Tomado de su obra citada. *Los Tribunales Tutelares de Menores*.)

tores). Dentro de esta tutela, puede el Tribunal acordar las medidas o restricciones complementarias que estime favorables a la corrección o protección del menor; y los padres o tutores no podrán ejercitar los derechos referentes a los contratos de aprendizaje o trabajo, emigración o inscripción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante, sin autorización del mismo Tribunal, todo ello de acuerdo con los artículos 19 y 18, 2.º de la Ley.

b) *El Delegado*.—Es de aplicación analógica a esta hipótesis, lo dicho al tratar de la tutela plena.

Especialmente dispone el art. 118 del Reglamento que «los Tribunales de Menores, sin ulterior recurso, determinarán en cada caso concreto durante el curso de la *libertad vigilada*, las medidas que deban adoptarse respecto de las personas de los menores que se hallen en dicha situación, comunicando al efecto las oportunas instrucciones a los respectivos Delegados»; y el art. 121 ordena que «la misma dirección de la vigilancia corresponderá al Tribunal y la misma información la facilitarán los Delegados cuando se trate de fiscalizar a las *familias sometidas a vigilancia* en el ejercicio de la facultad protectora».

El Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, interviene en la tutela, tanto plena como menos plena como consecuencia de los recursos que pueden interponerse contra los acuerdos de los Tribunales de Menores, pero al igual que la autoridad judicial ordinaria, no ejercen nunca la tutela.

VI. EFECTOS JURIDICOS DE LAS DISTINTAS MEDIDAS TUTELARES

Aunque de todo lo que llevamos expuesto se desprende claramente cuáles son los efectos jurídicos de las distintas medidas tutelares, pretendemos en este epígrafe precisarlos, apoyándonos específicamente en los preceptos de la Ley y Reglamento porque, naturalmente, ello sirve para determinar en cada caso las facultades del Tribunal Tutelar y las que conservan los padres o tutores.

A) MEDIDAS DE SEPARACIÓN DEL MENOR DE SU FAMILIA: (Tutela plena)

a) *Cuando en facultad protectora se suspende el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación*. Regula esta hipótesis el párrafo 2.º del artículo 18 de la Ley, al decir que «cuando los Tribunales suspendan el derecho

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

de los padres o tutores a la guarda y educación, *lo ejercerán los mismos Tribunales*, confiando el menor *para su custodia* a otras personas o Entidades, y asumiendo el Tribunal las facultades que a los padres o tutores competen, para autorizar los contratos de aprendizaje o trabajo, la emigración o la inscripción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercantes.

Véase aquí cómo los Tribunales de Menores suspenden no solamente el derecho de guarda y educación, sino el derecho de representación, en lo que se refiere a las relaciones personales del menor, ya que aunque la Ley utiliza la palabra autorización, en definitiva, tanto importa que el Tribunal suscriba dichos contratos en nombre de los menores, como que lo hagan ellos previa autorización del mismo.

b) *Cuando en facultad reformadora el menor sea entregado a otra persona o familia, o internado en una Institución.* Provee a esta situación el párrafo 2.º del art. 19 al disponer, que «cuando el menor sea entregado a otra persona, familia, Sociedad o Establecimiento en el ejercicio de la facultad reformadora, se considerará *implícitamente en suspenso* el derecho de los padres o tutores a su guarda y educación. O lo que es lo mismo, que en estos casos también es de aplicación el párrafo 2.º del art. 18 de la Ley que acabamos de señalar para la facultad protectora.

B) MEDIDAS DE VIGILANCIA: (Tutela menos plena.)

a) *Cuando en facultad protectora se imponga la vigilancia a los padres o tutores.*

Determina los efectos de este supuesto el art. 19 de la Ley, al señalar que «en los casos en que el menor sea sometido a situación de libertad vigilada o se imponga la *vigilancia protectora a los padres*, el Tribunal podrá acordar *las medidas o restricciones complementarias que estime favorables a su corrección o protección*, y los padres o tutores no podrán ejercitar los derechos a que se refiere el último párrafo del art. 18 de la Ley, sin autorización del propio Tribunal».

La tutela, como se ve, comprende además de la vigilancia, aquellas facultades que como consecuencia del acuerdo del Tribunal, no pueden ejercitar los padres.

b) *Cuando en facultad reformadora se decreta la libertad vigilada.* En esta situación es de exacta aplicación todo lo que se ha indicado en la hipótesis anterior conforme al art. 19 de la Ley. Además el art. 118 del Reglamento precisa el alcance de esta medida al determinar que «los Tribunales,

sin ulterior recurso, determinarán en cada caso concreto, durante el curso de la libertad vigilada, las medidas que deban adoptarse respecto de las personas de los menores que se hallen en dicha situación, comunicando al efecto las oportunas instrucciones a los respectivos Delegados».

El estudio detenido de la suspensión del derecho de guarda y educación y de la vigilancia impuesta a los padres (vigilancia protectora) o a los menores (libertad vigilada) no es objeto de este trabajo.

En cuanto a las facultades integrantes del derecho de guarda y educación, pueden consultarse las obras de derecho civil y especialmente la magnífica y reciente monografía de Castán Vázquez «La patria potestad» (19) en la que con el mayor detalle estudia el derecho que titula «de guarda y dirección», en sus modalidades de alimentación, convivencia y educación y el «derecho de corrección», directa por los padres y a cargo del Estado, a petición de éstos.

Por lo que afecta a la vigilancia protectora y a la libertad vigilada pueden consultarse las obras de Gabriel María y Javier de Ybarra antes citadas y las varias monografías referentes a la misión de los Delegados.

Tan sólo creemos obligado hacer constar aquí, que afirmada cada vez más la conveniencia de que el menor disfrute de un ambiente familiar normal, la vigilancia protectora y la libertad vigilada no deben limitarse a comprobar irregularidades en la conducta de los padres o de los hijos que sirvan de base a una suspensión del derecho de guarda o a un internamiento reformador, respectivamente, sino que la labor del Tribunal de Menores, a través de sus Delegados, debe tender a encauzar la conducta de padres e hijos e influir de modo activo e intenso en su desenvolvimiento, a fin de mantener la cohesión y unidad de la familia. Solamente cuando no se pueda ello conseguir, se acudirá a la suspensión del derecho de guarda y educación y al internamiento, como medidas extremas, lo cual es perfectamente compatible con el carácter preventivo que la Ley señala a la función protectora.

C) CASOS ESPECIALES.

Bajo este epígrafe de efectos jurídicos de las distintas medidas tutelares, vamos a examinar brevemente determinadas situaciones que constituyen modalidades dignas de especial estudio.

(19) CASTÁN VÁZQUEZ: *La patria potestad*. Ed. Rev. Dcho. Priv. Madrid, 1960, págs. 180 y ss.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

1.º *La suspensión implícita del derecho de guarda y educación en facultad reformativa.*

La legislación de Tribunales Tutelares de Menores ha establecido una modalidad *sui generis* de suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de sus hijos o pupilos, que es la llamada *suspensión implícita*.

En efecto: dispone el párrafo 2.º del art. 19 de la Ley, que «cuando el menor sea entregado a otra persona, familia, Sociedad o Establecimiento, en el ejercicio de la *facultad reformativa*, se considerará *implícitamente en suspenso* el derecho de sus padres o tutores a su guarda y educación».

Evidentemente, la finalidad de este precepto es la de que, mientras el menor esté sujeto a tratamiento reformativo por parte del Tribunal, no puedan los padres, con un mal entendido ejercicio de su derecho de guarda y educación, entorpecer esta labor.

Es, pues, digna de destacar la notable diferencia que existe entre la suspensión explícita acordada en facultad protectora y que tiene como fundamento la indignidad de los padres y esta suspensión implícita, que en nada afecta a la honorabilidad de los mismos.

Es más; la suspensión decretada en facultad protectora lo ha de ser por medio de un acuerdo que contenga tal pronunciamiento concreto y con la garantía para los padres de una previa formulación de cargos, mientras que la suspensión implícita en facultad reformativa no necesita disponerla el Tribunal, sino que es una consecuencia forzosa o efecto reflejo del acuerdo de colocación en familia o de internamiento.

Como se ve, pues, al calificar a unos padres de suspensos en su derecho de guarda y educación, hay que tener especial cuidado en determinar la naturaleza de dicha suspensión.

2.º *La suspensión del derecho de guarda y educación del padre, quedando el menor, por ministerio de la Ley, bajo la potestad de la madre.*

La Ley no ha previsto de modo concreto el caso de que se suspenda el derecho de guarda y educación del padre, siendo la madre digna de ejercerlo. En este supuesto no es el Tribunal de Menores el que lo *confía a la custodia de la madre*, sino que por automatismo legal y al amparo del Código Civil (art. 154) queda bajo la guarda y educación de la misma.

Entendemos que este menor por tanto no es *tutelado* por el Tribunal de Menores, sino que la madre ejerce la guarda y educación sobre el mismo por ministerio de la ley y en su consecuencia, no procede el nombramiento de

Delegado, porque la madre no debe sufrir la limitación que en su guarda y educación supondría dicha vigilancia.

Ello no obstante, esta hipótesis es realmente *sui generis*, porque la madre, en tanto ejercerá el derecho de guarda y educación de su hijo, en cuanto el Tribunal de Menores no alce dicha suspensión al padre.

Por tanto esta situación, aun no siendo de tutela, queda sujeta a la posibilidad de que el acuerdo del Tribunal sea reformado e igualmente revocado, tanto a petición del padre como de oficio dentro del plazo legal (artículo 23 de la Ley).

3.º *Suspensión del derecho de guarda y educación del tutor sobre la persona de su pupilo.*

Entendemos, a pesar del texto terminante de la Ley, que cuando se suspenda el derecho de un tutor a la guarda y educación de su pupilo, podrán efectivamente adoptarse por el Tribunal de Menores las medidas de *colocación en familia o internamiento*, pero estas medidas subsistirán hasta que se determine la actitud que adopte el Consejo de Familia o en su caso la autoridad judicial ordinaria en orden a la remoción del tutor, pues tan pronto se nombre otro contra el que no se den motivos de indignidad, parece evidente deben cesar las medidas tutelares adoptadas por el Tribunal de Menores. Claro está, que si no obstante la suspensión del derecho del tutor, nada se actúa por el protutor o Consejo de familia como consecuencia del acuerdo del Tribunal de Menores, este acuerdo seguirá desplegando toda su eficacia, sin olvidar tampoco que la suspensión del derecho del tutor puede ser alzada ante la favorable modificación de la conducta de éste (20).

En conclusión y con toda claridad: cada hijo no puede tener más que un padre y una madre y si éstos son indignos no pueden ser reemplazados por otro padre u otra madre, y es preciso designar la persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento que haya de hacerse cargo de su custodia. En cambio, cuando un menor está sujeto a la tutela civil, es evidente que un tutor puede ser reemplazado por otro y que igualmente puede ser cambiado un protutor e incluso un Consejo de familia.

(20) No hay que olvidar que la suspensión afecta tan sólo a la guarda y educación de la persona del pupilo, pero que el tutor sigue conservando, no obstante el acuerdo del Tribunal de Menores, sus facultades en orden a los bienes de aquél.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Estos problemas se prestan a amplísimas consideraciones y nosotros no hacemos aquí más que esbozarlos.

4.º *Menor retirado del guardador de hecho, indigno.*

En cuanto al caso legal que plantea el artículo 82 del Reglamento, de hechos «que dan motivo para la suspensión del derecho a la guarda y educación de un menor de dieciséis años, pero dicha suspensión no fuere necesaria por tratarse de un guardador de hecho que no está investido de tal facultad», estamos conformes en que el menor sea retirado de su compañía y que se adopten medidas urgentes de internamiento o colocación en familia, tal como dispone el Reglamento, pero estimamos que esta protección y tutela debe tener un carácter puramente transitorio. En efecto: practicada la oportuna investigación, debe terminar la medida tutelar con la entrega del menor a los padres si los hubiere y fueren dignos, o con la constitución de la tutela civil ordinaria si fuera huérfano, sin perjuicio además, en su caso, de la intervención de la Junta de Protección de Menores.

Inútil parece repetir, que si como consecuencia de la investigación se viene en conocimiento de que existen padres y éstos son indignos, entonces sí que procederá el ejercicio de la facultad protectora, ya que es un presupuesto inexcusable de la misma el que ésta ha de dirigirse contra padres o tutores indignos (21).

Podríamos, pues, calificar la hipótesis del art. 82, 1.º, del Reglamento, como de «tutela transitoria», al igual que el caso contemplado en el núm. 2.º de dicho artículo, en donde el Reglamento reconoce explícitamente dicha transitoriedad (22).

5.º *Suspensión del derecho de guarda de los padres naturales.*

El caso de la suspensión del derecho de los padres a la guarda y educación de sus hijos naturales, que figura expuesto en el cuadro sinóptico sobre medidas tutelares, no ofrece a primera vista ninguna diferencia con respecto a la suspensión de los hijos legítimos; y no lo trataríamos especialmente aquí, ni lo hubiéramos llevado a dicho cuadro, si no fuera por los problemas que plantea la nueva redacción dada al artículo 83 del Reglamento.

(21) Ponencia citada. Revista de la Obra de Protección de Menores, número 15, año 1947, pág. 118.

(22) «El mismo acuerdo de separación del menor de su guardador se podrá adoptar cuando un protector de hijo de padres desconocidos incumpliese las obligaciones que le hubiere señalado la Junta de Protección, a la cual será reintegrado el menor protegido.»

La primera disposición que se dictó en este sentido fue el Decreto de 2 de junio de 1944, de redacción bastante deficiente como tuvimos ocasión de exponer en trabajos publicados en los años 1944 y 1945 (23).

Esta materia fue llevada al artículo 83 del vigente Reglamento, que distingue dos hipótesis de suspensión en orden a hijos naturales.

1.^a «Cuando el reconocimiento se verifique en forma que pueda atentar a los derechos del menor o a los intereses superiores de orden público que la Obra de Protección de Menores tiene encomendada.»

2.^a «Cuando se les considere indignos de ejercer la guarda y educación.»

Sin embargo, no sabemos si por error o porque se pretendía corregir las deficiencias del Decreto de 2 de junio de 1944, es lo cierto que dicho artículo 83 faculta a los Tribunales de Menores para «suspender en sus derechos de *patria potestad* al padre o a la madre naturales»; y es evidente que un precepto reglamentario no podía ir contra el texto terminante de la Ley que tan sólo faculta a los Tribunales de Menores para suspender el *derecho de guarda y educación* y no el de *patria potestad*. (Art. 17, B), Ley.)

Sería interesante, pues, que en una revisión de la legislación sobre Tribunales de Menores se corrigiese el contenido del artículo 83 del Reglamento, sustituyendo el término *patria potestad* por el de *guarda y educación*. También sería conveniente se incorporase a la Ley, al tratar de la competencia, el motivo 1.^o que acabamos de exponer (reconocimiento atentatorio a los derechos del menor o a los intereses superiores de orden público), ya que ésta regula la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho de guarda y educación en las hipótesis previstas en los apartados A) y B) del núm. 3.^o del artículo 9, y entre las cuales no figura la que acabamos de mencionar, lo cual significa una nueva contradicción entre la Ley y el Reglamento.

Estos casos de hijos naturales a que nos venimos refiriendo serán menos frecuentes después de la reforma del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958, ya que al regular la adopción plena de los abandonados o expósitos, dispone el artículo 175 que sólo podrán pedir que se declare judicial-

(23) Este Decreto fue promulgado como consecuencia de la Ponencia que presentamos a la VII Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Sevilla en el año 1943. Véase nuestra monografía *El abandono y el reconocimiento tardío de hijos naturales. Antecedentes, texto y comentarios al Decreto de 2 de junio de 1944*. Valencia, 1945.

mente extinguida la adopción los padres que *acrediten suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste*. Tal criterio fue defendido por nosotros en la monografía antes citada, en que propugnábamos una prescripción *sui generis*, caducidad o decadencia de la patria potestad de los padres naturales que hubieran abandonado a sus hijos.

Como consideramos que el artículo 83 del Reglamento ha venido a sustituir al artículo 8 del Decreto de 2 de junio de 1944, parece deba estimarse éste, derogado, sin que por tanto se precise la autorización del Tribunal Tutelar de Menores para que el padre natural, en caso de reconocimiento tardío, entre a ejercer el derecho de guarda y educación del menor.

6.º *Las medidas o restricciones complementarias en la imposición de vigilancia y en la libertad vigilada.*

Establece el artículo 19 de la Ley, que en los casos en que el menor sea sometido a situación de libertad vigilada o se imponga la vigilancia protectora a los padres, el Tribunal podrá acordar las medidas o restricciones complementarias que estime favorables a su corrección o protección, y los padres o tutores no podrán ejercer en tales casos los derechos regulados en el párrafo 2.º del artículo 18 de la propia Ley, referentes a los contratos de aprendizaje, de trabajo, emigración o inscripción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante, sin autorización del Tribunal.

Trátase por tanto de limitaciones en el derecho de guarda y educación, pero que no constituyen una suspensión de dichos derechos.

Cuáles sean estas medidas o restricciones complementarias, limitativas del derecho de guarda y educación, no lo dice la Ley, quizás porque la gran variedad de casos y circunstancias que la realidad puede ofrecer, impiden realizar una enumeración de las mismas.

Sin embargo, podríamos mencionar, por vía de ejemplo, las prohibiciones, ya al menor, ya a los padres, de la continuación de ciertas relaciones o amistades, por estimarlas nocivas; igualmente, a una menor, de ejercer determinada profesión artística que pueda considerarse perjudicial para su desenvolvimiento; de residir en algún lugar, por ser el mismo en que se cometieron los hechos perseguidos, o donde se encuentra la familia de la víctima y cuya permanencia allí pueda provocar cuestiones graves, o por razón del ambiente moral del vecindario, etc., etc.

Destaca, sin embargo, por su importancia la limitación que significa para el derecho de los padres o tutores, el imponer a éstos la obligación de que

el menor pueda ser visitado y tener comunicación con determinadas personas.

El caso más frecuente es el del padre o madre separados de hecho a quien se reconoce al derecho a tener comunicación con su hijo. Ningún precepto existía sobre el particular en el Código Civil, y únicamente la derogada Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 determinó, que el cónyuge que no tuviera los hijos en su poder conservaba el derecho de comunicar con ellos.

Precisamente en este sentido afirmativo formulamos una conclusión en la Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores celebrada en Burgos en el año 1956, en ponencia allí presentada (24) y cuya conclusión ha sido recogida en la nueva redacción dada a los artículos 68 al 73 del Código Civil, según Ley de 24 de abril de 1958.

También constituye otra limitación, que puede considerarse comprendida en el artículo 19 de la Ley, la del derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes, criterio igualmente defendido por nosotros (25) y que ha sido confirmado en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores (26).

VII. COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS TUTELARES

Las medidas tutelares, como pudo apreciarse en el cuadro sinóptico en que establecíamos su clasificación, son muchas y variadas y pueden adoptarse tanto en el ejercicio de la facultad reformadora como en el de la protec-

(24) 5.ª Conclusión: «Ante la carencia de precepto legal sobre el particular, debe establecerse en nuestro derecho el principio de que el padre o madre que no tiene la guarda de los hijos debe gozar de un derecho de comunicación con los mismos, cuyo alcance y características determinarán los Tribunales en cada caso, según su prudente arbitrio.» *La guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho*. Anales de la Universidad de Valencia. Curso 1955-1956. Pág. 41.

(25) *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*. Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia. Año 1950.

(26) «Estimando que después de examinado el expediente y estudiados los elementos de juicio que se han aportado en él y en los trámites acordados, el Tribunal de Apelación considera acertado el acuerdo del Tribunal Tutelar de X... por hallarse convencido de que no solamente con arreglo a principios fundamentales que inspiran el Código Civil en cuanto a derechos y obligaciones de los abuelos con respecto a los nietos, sino que es plenamente conforme

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

tora, toda vez que el menor puede estar necesitado ya de reforma, ya de protección. El Reglamento ha tenido, pues, necesidad de determinar qué medidas tutelares podían acordarse simultáneamente y cuáles eran incompatibles en su aplicación.

A ello tiende el artículo 117, que exponemos en forma sinóptica, y sin necesidad de comentario alguno, porque de su simple contemplación resulta con toda claridad la posibilidad o no de su aplicación simultánea.

Libertad vigilada del menor	} compatible con	}	la imposición de vigilancia a los padres
			la colocación del menor en familia.
Imposición de vigilancia a los padres	} incompatible con	}	el internamiento del menor en Establecimiento de mera guarda
			el internamiento del menor en Establecimiento de observación y reforma
	} incompatible con	}	el internamiento del menor en Establecimiento de mera guarda (27)
			la colocación del menor en familia

Naturalmente que este cuadro sinóptico puede plantearse a la inversa de la siguiente forma:

Imposición de vigilancia a los padres	}	} compatibles con la libertad vigilada del menor
Colocación del menor en familia		
Internamiento del menor en Establecimiento de mera guarda		

al derecho natural el legítimo deseo de dichos abuelos, ya que en el régimen familiar y en diversos casos legales, según se indica, los ascendientes están sujetos a derechos y obligaciones en cuanto a los descendientes menores, y que, por otro lado, el padre no debe en modo alguno sostener esa oposición en perjuicio de presente y futuro para el menor, invocando para ello resentimientos por causa de una enfermedad, que en nada debe afectar al nuevo perjuicio que por ello se le irrogaría al menor, prohibición de entrevistarse que realmente constituye un abuso de autoridad dañosa para el niño, según tiene asimismo reconocido el Tribunal Supremo de la jurisdicción ordinaria.» Acuerdo de 4 de junio de 1951 y cuya doctrina ha sido reiterada en varios acuerdos posteriores.

(27) No hay incompatibilidad si voluntariamente los padres internan al menor en un Establecimiento de mera guarda de donde, naturalmente, lo pueden retirar; pero lo que no puede hacer el Tribunal es imponer la vigilancia a los padres e internar al menor, pues ello equivaldría a suspenderles la guarda y educación sin dictar el oportuno acuerdo, y sin haber seguido los trámites legales.

Internamiento del menor en Establecimiento de observación y reforma	}	incompatible con la libertad vigilada del menor
Internamiento del menor en Establecimiento de mera guarda		}
Colocación del menor en familia		

VIII. MODIFICACION Y EXTINCION DE LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Una de las características más destacadas de la legislación reguladora de los Tribunales de Menores es la de la reformabilidad de sus acuerdos.

Dispone, en efecto, el artículo 23, 1.º, de la Ley, que «los acuerdos de los Tribunales dictados para corregir y proteger a los menores de dieciséis años, *no revisten carácter definitivo* y pueden ser modificados y aún dejados sin ulteriores efectos por el mismo Tribunal que los haya dictado, bien de oficio o bien a instancia del representante legal del menor o del respectivo Delegado»; insistiendo en este criterio el artículo 110 del Reglamento al permitir al Tribunal «modificar las condiciones de ejecución de un acuerdo durante el curso de su ejecución y aún dejarlo sin ulteriores efectos, según lo aconsejen las circunstancias en cada caso concreto y lo exijan así los fines tutelares que informan la institución y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores, previa la información sumaria que el Tribunal estime conveniente y la que puedan ofrecer el menor o su representante legal».

Los Tribunales de Menores pueden, pues, modificar las medidas tutelares adoptadas, atendiendo en cada caso a las exigencias que la realidad ofrezca.

Todavía se afirma más esta posibilidad de los Tribunales de Menores, de variar las medidas tutelares en el curso de su ejecución, al disponer el artículo 23, 2.º, de la Ley, que «los acuerdos que tuvieren el carácter de apelables y en que se apliquen medidas duraderas de vigilancia o internamiento, deberán ser revisados por el Tribunal cada tres años si durante este término no se hubiere modificado la situación del menor».

Por tanto, los acuerdos de tutela de los Tribunales de Menores pueden ser modificados potestativamente por el propio Tribunal, quien asimismo puede declarar extinguida la tutela ya de modo potestativo, ya de modo forzoso.

Para la mayor brevedad y más rápida comprensión, exponemos la materia referente a la modificación y extinción de las medidas tutelares, en el cuadro sinóptico siguiente:

**MODIFICACIÓN Y EX-
TINCIÓN DE LA
TUTELA DE LOS TRI-
BUNALES DE MENO-
RES.**

Modificación (Pone tér-
mino a una clase de
tutela y determina el na-
cimiento de otra). Artícu-
los 23 Ley y 110 Regla-
mento, parte primera.

Siempre potestativa.

En facultad protectora.

Alzamiento de la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de sus hijos o pupilos, e imposición de vigilancia protectora (cambio de tutela plena a menos plena).

Cese de la vigilancia protectora y suspensión a los padres o tutores del derecho a la guarda y educación de sus hijos o pupilos (cambio de tutela menos plena a tutela plena).

En facultad reformadora.

Cese del internamiento o colocación en familia y sometimiento a libertad vigilada (cambio de tutela plena a menos plena).

Cese de la libertad vigilada y acuerdo de internamiento o colocación en familia (cambio de tutela menos plena a plena).

Extinción (Pone término definitivo a una u otra clase de tutela). Artículos 23 Ley y 110 Reglamento, parte segunda.

Modos potestativos. (El Tribunal actúa según lo aconsejen las circunstancias de cada caso concreto.) Artículo 110 Reglamento.

En facultad protectora.

En la tutela plena. — Alzamiento de la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de sus hijos o pupilos.

En la tutela menos plena. — Cese de la vigilancia protectora.

En facultad reformadora.

En la tutela plena. — Cese del internamiento o colocación en familia y concesión de libertad definitiva.

En la tutela menos plena. — Cese de la libertad vigilada y concesión de libertad definitiva.

Modos forzosos. (El Tribunal se limita a cumplir la Ley.) Artículo 18, 1.º, Ley.

En facultad protectora. — Indistintamente en ambas tutelas.

Mayoría civil del menor.
Fallecimiento del padre o madre suspensos.
Fallecimiento del menor.

En facultad reformadora. — Indistintamente en ambas tutelas.

Mayoría civil del menor.
Fallecimiento del menor.

IX. MEDIOS DE IMPUGNACION DE LOS ACUERDOS TUTELARES

El estudio de los medios de impugnación de las medidas tutelares es de gran importancia, ya que constituyen un conjunto de garantías para las personas afectadas por tales acuerdos.

Por ello hemos creído muy conveniente presentar dicha materia en forma sistemática y completa, exponiendo la mecánica de su funcionamiento.

En el capítulo anterior hemos afirmado que los Tribunales de Menores *podían reformar y debían revisar* las medidas tutelares, atendiendo en cada caso a las exigencias que la realidad ofreciera.

Ahora bien: con independencia de esta facultad de reformar y obligación de revisar trienalmente, *de oficio*, las medidas tutelares, la legislación de Tribunales de Menores concede a los padres o tutores afectados por estas medidas, ya como tales, ya como representantes legales de los menores, e incluso a determinados terceros (personas que tengan vínculo de parentesco con el menor, hasta el tercer grado, o hayan sido o sean sus guardadores), la posibilidad de impugnarlas.

La Ley y Reglamento regulan dos medios de impugnación:

a) *La revisión*.—Se trata en este caso, más que de un recurso propiamente dicho, de lo que la técnica procesal llama *remedio*, o sea, una reposición, toda vez que ha de ser resuelta por el mismo Tribunal de Menores que adoptó el acuerdo y no por un órgano jurisdiccional superior.

Regulan esta hipótesis los artículos 23 de la Ley y 110 y 111 del Reglamento, que establecen que el Tribunal, a petición del representante legal del menor, podrá con prudencial libertad de criterio modificar las condiciones de ejecución de un acuerdo y aun dejarlo sin ulteriores efectos.

Es interesante señalar que conforme al citado artículo 111 del Reglamento, si la petición de que sea modificado un acuerdo o se deje, en su caso, sin efecto, fuese formalizada por el representante legal del menor antes de que hubieren transcurrido los *dos años* desde que se adoptó dicho acuerdo, o desde que se denegó su reforma, el Tribunal no estará obligado a resolver, o resolverá sin ulterior recurso, esto es, sin que proceda entonces el recurso de apelación de que tratamos seguidamente.

En conclusión y en orden a la revisión de los acuerdos de los Tribunales de Menores que contengan medidas tutelares, caben tres posibilidades:

1.^a *Petición de revisión antes de que hayan transcurrido dos años desde que se dictó el acuerdo.*—El Tribunal no estará obligado a resolver o resolverá sin ulterior recurso (o sea sin que pueda ser apelado. el acuerdo que se dicte).

2.^a *Petición de revisión después de los dos años de dictado el acuerdo y antes de transcurridos tres.*—El Tribunal está obligado a resolver y contra el acuerdo que dicte decidiendo este recurso de revisión, cabe la apelación.

3.^a *Revisión del acuerdo al transcurrir tres años desde que fue adoptado.* El Tribunal está obligado a realizarla de oficio, sin perjuicio de que también pueda pedirla el representante legal del menor. Como este acuerdo deberá ser notificado a aquél, contra el mismo podrá interponerse recurso de apelación.

No determina la Ley y Reglamento qué personas están legitimadas para utilizar el recurso de revisión, pero parece lógico que sean las mismas a quienes faculta para apelar.

b) *La apelación (28).*—Otro medio de impugnación regulado por la Ley y Reglamento es la apelación, que no es un remedio o impugnación *horizontal* como la revisión, sino un verdadero recurso o impugnación *vertical*, ya que conoce del mismo un Tribunal superior único para toda la Nación, que es el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, con sede en la capital de España (Art. 5.º Ley).

La Ley y Reglamento, aunque de modo disperso, determinan qué acuerdos tienen la condición de apelables, quiénes están legitimados para apelar, el plazo y forma de interposición del recurso, los efectos de su admisión y las normas procesales de su tramitación.

1.º *Acuerdos apelables.* (Art. 22 Ley y 45 Regl.).—En el ejercicio de la facultad reformadora son apelables los acuerdos en que se decreta el internamiento del menor o se le confíe a una persona, familia, Sociedad tutelar o se le coloque en situación de libertad vigilada

En el ejercicio de la facultad protectora son apelables aquellos acuerdos en que se suspenda o limite el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de sus hijos o pupilos; los que dispongan el internamiento del

(28) Puede verse nuestro trabajo *Algunos aspectos prácticos del recurso de apelación*. Ponencia presentada a la XII Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores. Santiago, 1948. Revista de la Obra de Protección de Menores núm. 17, pág. 39.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

menor en un Establecimiento o su entrega a otra persona, familia o Sociedad tutelar y los que impongan la vigilancia a los padres o tutores mediante el nombramiento de un Delegado.

También son apelables los acuerdos en que se deniegue la aplicación de estas medidas, cuando la apelación se interponga por la madre del menor o por personas que tengan con él vínculos de parentesco hasta el tercer grado o hayan sido o sean sus guardadores. La notificación de estos acuerdos será obligatoria y en la diligencia correspondiente se instruirá a los interesados de su derecho a apelar.

Todo lo que llevamos expuesto, como lo que diremos seguidamente, es de aplicación a los acuerdos de carácter provisional adoptados durante la tramitación del expediente que entrañen la separación de los menores de sus padres siempre que perduren por más de treinta días.

Los acuerdos relativos a cambio de Establecimientos, de guardadores o de Delegados, no revestirán el carácter de apelables. (Art. 45, 3.º, Regl.) (29).

2.º *Personas legitimadas para apelar.*—Del contenido de diferentes preceptos (Arts. 22 Ley y 45 y 46 Rgl.) resulta indudable que gozan de legitimación activa para apelar en facultad protectora los padres o tutores afectados directamente por el acuerdo, esto es, aquellos a quienes se haya suspendido o limitado el derecho de guarda y educación o se les haya impuesto la vigilancia; y estos mismos en facultad reformadora, y en su condición de representantes legales de los menores, en los casos de internamiento, colocación en familia o libertad vigilada, e incluso pueden apelar los propios menores si carecieran de representación legal.

Por excepción pueden apelar en facultad protectora la madre y las personas que tengan vínculos de parentesco con el menor hasta el tercer grado o hayan sido o sean sus guardadores, pero sólo en el caso de denegación por el Tribunal de las medidas de suspensión o limitación del derecho de guarda y educación de los padres o tutores.

En esta hipótesis incluye la Ley y Reglamento a la madre, pero es evidente que si es ella la que ha sido objeto de la suspensión del derecho de guarda y educación o de la imposición de vigilancia, podrá apelar como comprendida en la regla general antes expuesta.

(29) ¿Puede estimarse que el cambio de Establecimiento a guardador, o de éste a Establecimiento, sea apelable?

También estarán legitimados para apelar en el ejercicio de la facultad reformativa el *denunciante perjudicado* cuando en el acuerdo se nieguen los hechos, la participación del menor o las circunstancias que hubieren de servir, en su caso, de fundamento para deducir la acción de responsabilidad ante el Juzgado competente.

Es lógico y natural que no puedan ser objeto de apelación por parte del perjudicado las medidas que el Tribunal adopte o deje de adoptar con respecto del menor.

Aunque el Reglamento (Art. 46) sólo faculta para apelar al *denunciador perjudicado*, entendemos que también podrá recurrir en las mismas hipótesis el perjudicado, aunque no haya sido denunciador, ya que no hay razón alguna para tal limitación, máxime teniendo en cuenta el contenido de los artículos 63 y 64 del Reglamento, que establecen que cuando el Tribunal de Menores entienda que hay motivo para una posible reclamación civil, se oiga al perjudicado acerca de la existencia del hecho y de la participación que en él haya tenido el menor, permitiéndose además a dicho perjudicado, desde la apertura del expediente, que pueda solicitar que se oficie al Tribunal civil competente a fin de obtener el aseguramiento de dicha responsabilidad. Véase cómo en dichos artículos no se exige ser denunciante o denunciador, sino simplemente perjudicado.

De igual modo entendemos que el representante legal del menor o éste mismo si careciese de él, podrá apelar a los exclusivos efectos de las responsabilidades civiles, aunque el acuerdo adoptado no contenga medida tutelar.

Es lógico este criterio que sostenemos, porque en orden a la mera responsabilidad civil deben tener las mismas facultades para recurrir en apelación el perjudicado y la representación del menor inculpada (30).

Consideramos excesivamente restrictivos los criterios de la legislación vigente en orden a la limitación de los acuerdos apelables y a la legitimación para interponer el recurso, ya que debería ser suficiente un *interés legítimo*, que el Tribunal pudiese apreciar en el momento de la admisión del recurso. Constituyen además lagunas legales, la falta de un estatuto jurídico-procesal del apelado y la de un recurso de queja por inadmisión de la apelación

(30) Sobre el ejercicio de las acciones civiles a que nos referimos, puede consultarse nuestra monografía *El ejercicio de la pretensión de resarcimiento (acción civil) ante los Tribunales Tutelares de Menores*. Valencia, 1952.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Estos criterios los hemos expuesto y razonado en trabajos todavía inéditos.

3.º *Tiempo y forma de interposición.*—El plazo para interponer el recurso es el de tres días, contados desde la notificación del acuerdo.

En los acuerdos provisionales adoptados durante la tramitación del expediente, que entrañen la separación de los menores de sus padres, siempre que perduren por más de treinta días, se computará el plazo para recurrir a partir del transcurso de dichos treinta días.

En cuanto a la forma, podrá interponerse en el acto de la notificación del acuerdo, por comparecencia o por escrito firmado por el apelante (Art. 47 Reglamento).

Se trata, pues, de una *mera interposición* del recurso y no de su formalización o fundamentación, ya que ésta deberá realizarse ante el Tribunal de Apelación.

Ahora bien: como el Tribunal Superior puede libremente oír o no al apelante (Art. 22, 4.º, Ley) sería conveniente, en evitación de la indefensión que pudiera producir la no audiencia del mismo, que se permitiese fundamentar el recurso al tiempo de su interposición.

4.º *Efectos de su admisión.*—El recurso de apelación será admitido siempre en un solo efecto, esto es, en el efecto devolutivo (Art. 22, 1.º, Ley) (31) sin que en ningún caso pueda determinar la suspensión del acuerdo recurrido, ya que las resoluciones de los Tribunales de Menores serán ejecutivas cuando se trate de la corrección o protección de menores, lo cual se explica fácilmente teniendo en cuenta el carácter esencialmente preventivo de la facultad protectora y educativo y tutelar de la reformadora.

Si no es admitido el recurso, ningún procedimiento se establece para recurrir en queja, siendo ello, como antes se ha dicho, una importante laguna legal.

5.º *Tramitación.*—En líneas generales, la tramitación del recurso de apelación es la siguiente:

a) *Actuaciones ante el Tribunal de Menores.*

Interpuesto el recurso en tiempo y forma, teniendo el acuerdo el carácter de apelable y estando el recurrente legitimado para apelar, el Tribunal Tu-

(31) En la llamada *facultad de enjuiciamiento de mayores* las apelaciones se admiten en ambos efectos, pero esta materia es ajena a nuestro tema.

telar admitirá el recurso. Si no reúne dichos requisitos, decretará la inadmisión. (Ya hemos dicho que no existe recurso de queja.)

Admitida la apelación, y previa ratificación del apelante, se elevarán los antecedentes originales, o sea el expediente, al Presidente del Tribunal de Apelación dentro del tercer día, juntamente con un informe que al efecto redactará el Tribunal que hubiere conocido del hecho, poniéndose todo ello en conocimiento del apelante. Además, se dejará en el Tribunal el oportuno testimonio con los insertos necesarios para llevar a efecto su ejecución. (Art. 22, 4.º, Ley y 48 y 49 Rgl.)

Aunque nada se dice en la Ley y Reglamento, creemos debe ponerse en conocimiento del que pudiéramos llamar apelado, si lo hubiere, la existencia del recurso y el envío del expediente al Tribunal de Apelación (32).

b) *Actuaciones ante el Tribunal de Apelación.* (Arts. 94 a 101 Regl.)

Recibido el expediente en el Tribunal de Apelación, se designa Ponente y se le pasan las actuaciones para su examen, en el plazo de cinco días. Devueltas por éste, y siempre que lo crea necesario acordará el Tribunal oír al apelante por conducto del Tribunal de Menores respectivo, quien después de cumplimentada dicha orden de audiencia devolverá lo actuado al Tribunal de Apelación, quien en el plazo máximo de un mes y previo informe del Ponente dictará el correspondiente acuerdo.

Cuando no estime necesario el Ponente la audiencia del apelante, sin más trámites se dictará por el Tribunal, previo informe de aquél, el acuerdo que proceda. Los acuerdos serán redactados por el Ponente respectivo, de conformidad con lo que el Tribunal haya resuelto.

El Tribunal de Apelación podrá para mejor resolver, solicitar aquellos antecedentes que estime necesarios. No se admitirán directamente ante dicho

(32. Si en la apelación tramitada con ignorancia del apelado, se dicta acuerdo revocatorio: ¿No considerará éste que si se le hubiera hecho saber la existencia del recurso hubiera podido con su actuación contrarrestar la del apelado y la resolución del Tribunal de Apelación, oídas ambas partes, hubiera sido más justa y acertada?

Lo mismo puede ocurrir con respecto al perjudicado por hechos realizados por menores de dieciséis años en relación con las responsabilidades civiles, porque cabe que, ignorante de que el menor o su representante legal ha apelado de la medida impuesta, plantee el juicio declarativo correspondiente, encontrándose luego sorprendido con que el acuerdo del Tribunal en que ha basado la acción civil, ha sido revocado.

Tribunal escritos de recursos contra las resoluciones de los Tribunales de Menores.

Dictado en grado de apelación el correspondiente acuerdo se devolverán las actuaciones al Tribunal de donde procedan, con certificación del mismo, para su ejecución.

Contra los acuerdos dictados por el Tribunal de Apelación no se dará recurso alguno (33).

6.º *Consideraciones generales.*—Como hemos expuesto anteriormente, estimamos que debería modificarse el régimen vigente, estableciéndose siempre como necesaria la audiencia del apelante por el Tribunal Superior, máxime teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso ante el Tribunal de Menores, no autoriza su fundamentación.

También insistimos en lo conveniente que sería el que el Tribunal de Apelación oyese a las personas interesadas en la subsistencia o mantenimiento del acuerdo, o sea aquellos a quienes pudiéramos llamar apelados.

Por último y como consideración general en orden al recurso de apelación diremos, que no rigiendo en el procedimiento de los Tribunales de Menores el principio dispositivo, ni el de la verdad formal, sino persiguiéndose como finalidad básica la obtención de la verdad material o real, no procede plantear el problema de si en la segunda instancia pueden utilizarse nuevos medios de ataque y defensa, o mejor, puede aportarse nuevo material facticio, o sea la cuestión llamada en la apelación ordinaria del *ius novorum*.

(33) Es en extremo interesante en este aspecto de la imposibilidad legal de recurrir contra un acuerdo dictado por el Tribunal de Apelación, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1960.

En el recurso de casación por infracción de Ley que la motivó, afirmaba el recurrente que el acuerdo del Tribunal de Menores, confirmado por el de Apelación, estaba dictado en unas actuaciones que *venían a ser un expediente administrativo* y por tanto susceptible de revisión ante la jurisdicción ordinaria de lo civil. Por el Ministerio Fiscal, como demandado, se afirmó que los Tribunales Tutelares de Menores estaban facultados para suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y que esta facultad les corresponde a ellos exclusivamente, y el uso que de la misma *hagan no puede ser revisado ni investigado siquiera por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria*. Por ello el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, al hacer el recurrente *caso omiso de la existencia de la jurisdicción especial ordenadora de la suspensión*.

Creemos que en el recurso de apelación de los Tribunales de Menores no debe existir limitación alguna en este aspecto y deben admitirse cuantos nuevos elementos de hecho y probatorios se hayan producido después de dictado el acuerdo y en el curso de la apelación, al objeto de encontrar la mayor adecuación entre la realidad y las medidas que el Tribunal Superior adopte.

X. MEDIDAS PATRIMONIALES COMPLEMENTARIAS DE LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Al tratar de la naturaleza jurídica de la tutela de los Tribunales de Menores, afirmamos que ésta afectaba exclusivamente a la persona del menor y no a sus bienes, basándonos en el texto terminante del artículo 14 de la Ley, que establece que «los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores, sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes».

Sin embargo, esta afirmación legal no es rigurosamente exacta.

En efecto, dispone el artículo 148 del Reglamento que «en el concepto general de gastos de estancias de un menor se comprenden los indispensables para contribuir a su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, cuando en cumplimiento de acuerdo de un Tribunal de Menores, o provisionalmente por su Presidente, haya sido confiado a determinada persona, familia, Sociedad tutelar o Establecimiento»; añadiendo el 149 que «siempre que los padres del menor posean los necesarios medios económicos para subvenir al pago de las estancias a que se refiere el artículo anterior, se entenderá de cuenta de aquéllos el total abono de los gastos a que asciendan las mencionadas estancias»; y estableciendo por último los artículos 150 y 151 que «si el menor se hallare sometido a tutela y poseyera bienes patrimoniales bastantes para sufragar los gastos de sus estancias, habrá de satisfacerlos el tutor en su totalidad por cuenta de los expresados bienes» y que «serán satisfechos a cargo de la retribución que el menor perciba de su trabajo, cuando, a juicio del Presidente, la cuantía de esa retribución permita sufragarlos en su totalidad».

Se desprende, pues, claramente que las medidas tutelares que los Tribunales de Menores pueden adoptar producen efectos civiles en cuanto a los bienes del menor y en cuanto a los de los padres.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

Respecto a los bienes del menor, claramente determina el artículo 150 que «las estancias habrá de satisfacerlas el tutor con cargo a los bienes patrimoniales del menor sujeto a tutela»; y es evidente también que si los padres no tienen bienes, pero sí los tiene el menor, habrán de satisfacerse tales gastos con dichos bienes. A mayor abundamiento, según el artículo 151, «pueden satisfacerse los gastos de estancias con cargo a la retribución que el menor perciba en su trabajo».

Por lo que se refiere a los padres, también las medidas tutelares de internamiento o de colocación en familia pueden determinar, como hemos visto, el pago de estancias.

¿Puede afirmarse, pues, como lo hace el artículo 14 de la Ley, que las medidas tutelares no producen efectos civiles en cuanto a los bienes del menor? Creemos haber demostrado, basándonos en los artículos reglamentarios, que las medidas tutelares producen efectos de carácter patrimonial, aunque muy concretos y limitados y más bien con un carácter secundario o reflejo (34).

XI. LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES Y LA TUTELA CIVIL

Terminada la exposición de la materia referente a la tutela de los Tribunales de Menores, queremos cerrar el presente trabajo poniendo de manifiesto, de modo breve, las diferencias más destacadas entre ésta y la tutela civil u ordinaria.

PRIMERA.—La tutela civil es *de tipo familiar*; la tutela protectora es *de autoridad*.

SEGUNDA.—Los órganos de la tutela civil son: *a)* el tutor; *b)* el protutor; *c)* el Consejo de familia. La tutela protectora tiene como órganos: *a)* el Tribunal de Menores; *b)* la persona, familia, Institución o Establecimiento bajo cuya custodia se coloca al menor; *c)* el Delegado del Tribunal encargado de la vigilancia.

(34) La materia referente al concepto de estancias y los problemas que su pago plantea, se halla tratada en nuestra monografía *El apremio sobre sueldos y jornales para el pago de estancias*. Ponencia presentada a la XIV Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales de Menores. Oviedo, 1951.

TERCERA.—*Los Tribunales ordinarios no ejercen nunca la tutela, aunque tengan importantísimas facultades con respecto a la misma. Los Tribunales de Menores son tutores, pues ejercen ellos mismos la tutela.*

CUARTA.—La tutela civil lo mismo puede referirse a *menores* que a *mayores* (tutela de locos y sordomudos, de pródigos y de sujetos a interdicción civil). La tutela de los Tribunales de Menores, siempre necesita el presupuesto de la existencia de un menor.

QUINTA.—La tutela civil de menores puede comenzar cualquiera que sea la edad de éstos y termina forzosamente con la mayoría civil (35). La tutela protectora no puede abrirse si los menores han cumplido los dieciséis años, aunque iniciada antes de esta edad, puede durar hasta dicha mayoría.

SEXTA.—La tutela civil de menores es la guarda de la persona y *bienes o solamente de los bienes*. Por el contrario, la tutela protectora se refiere a la *persona* y no a los bienes, con respecto a los cuales los padres o tutores siguen ejerciendo todos sus derechos.

SÉPTIMA.—La tutela civil *excluye la patria potestad*, pues es supletoria de la misma y se ha establecido para los no sujetos a ella.

La tutela protectora *puede coexistir con la patria potestad* y con la tutela civil y se ha creado precisamente para lo sujetos a la patria potestad e incluso para los sometidos a la tutela civil.

OCTAVA.—Como regla general, la tutela civil de menores supone la falta de padres, esto es, la *orfandad* y por el contrario la tutela protectora exige la *existencia de padres*.

Decimos en ambos casos como regla general, porque en la tutela civil pueden existir padres y haber perdido la patria potestad por sentencia firme en causa criminal o pleito de separación o estar éstos suspensos en la misma por incapacidad o ausencia declaradas judicialmente y también por la interdicción civil (Arts. 169 y 170 del Código Civil), dando lugar ello a la apertura de la tutela civil, aunque estos casos, salvo el de separación matrimonial, sean poco frecuentes.

(35) La emancipación y la habilitación de edad, ponen término a la tutela civil plena, antes de la mayoría civil, pero subsiste la tutela menos plena o intermitente a los efectos del artículo 317 del Código Civil, hasta alcanzar la mayoría de edad.

LA TUTELA DE LOS TRIBUNALES DE MENORES

En la tutela protectora, la regla general es la de la existencia de padres, pero puede darse ésta en el caso de huérfanos bajo la guarda de tutores indignos, como igualmente es posible que un menor huérfano quede sometido a la tutela de los Tribunales de Menores en su facultad reformadora (36).

NOVENA.—La tutela civil no requiere ni la indignidad en los padres, ni la mala conducta en los menores (salvo los casos antes indicados de suspensión o privación de patria potestad por los Tribunales ordinarios).

La tutela de los Tribunales de Menores, surge siempre en facultad protectora por *indignidad de los padres o tutores* y en facultad reformadora por *indignidad* —permítasenos la frase— o *mala conducta de los hijos o pupilos*.

DÉCIMA.—*La tutela protectora goza de preferencia sobre la civil*, ya que el párrafo 3.º del artículo 13 de la Ley dispone que «si se decretara por la jurisdicción ordinaria la privación de potestad sobre un menor que estuviere ya sometido a la acción protectora permanente del Tribunal Tutelar con suspensión del ejercicio del derecho a la guarda y educación, este Tribunal podrá continuar ejerciendo sobre la persona del mismo la facultad tuitiva que le reconoce la presente Ley»; y además el párrafo 1.º de dicho artículo, establece que «la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión, quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de los Tribunales de Menores, sin perjuicio de las demás facultades que, en el orden civil, puedan corresponder a los Tribunales ordinarios a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Civil».

(36) Aunque los Tribunales Tutelares, como ya hemos examinado anteriormente, tienen competencia para retirar a los menores de los guardadores de hecho indignos, o de los protectores designados por las Juntas de Protección de Menores cuando incumplieron las obligaciones que éstas les hubieren señalado, esta tutela es puramente transitoria.

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

**LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO
CANÓNICO**

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La amplitud y vaguedad con que está redactado el canon 29 del Código de Derecho Canónico ha hecho sudar a los autores, como dice gráficamente el P. CORONATA (1), cuando han tratado de explicar la naturaleza jurídica de esa costumbre *según ley* a que el texto legal se refiere. Y no es tan grave el problema que plantea la escueta redacción del canon cuanto el que deriva de la misma naturaleza de esa costumbre interpretativa o *según ley*, cuya entraña a veces parece puede identificarse y otras veces no con la costumbre *contra* o *praeter ius* (2). De ahí que algunos autores, considerándola como especie distinta, hayan querido en cierto modo desconectar la costumbre interpretativa de aquellos otros dos tipos, *contra* y *praeter ius*, para no someter a la interpretativa a las normas generales que fijan la prescripción de toda costumbre «ut vim legis obtineat».

Si el Código hubiera precisado más la naturaleza jurídica de la costumbre interpretativa no haría falta ninguna alusión al plazo prescriptorio de la misma.

Y este es precisamente el problema en torno a la costumbre interpretativa: determinar su naturaleza jurídica. Y con este problema resuelto, resolver el del canon 29, es decir, si necesita prescripción, y qué plazo, la costumbre interpretativa.

EL DERECHO ANTIGUO QUE HA INSPIRADO LA NORMA DEL CANON 29

1. El Código anotado del Card. GASPARRI, en la cita de fuentes en que se basa el canon 29, menciona en primer lugar un texto de Inocencio III (año

(1) «In vi et natura consuetudinis secundum ius explicanda sudant canonistae...» *Institutiones iuris canonici*, vol. I, edit. IV, pág. 57.

(2) En un sentido literal, la costumbre *según ley* sería la misma observancia de la ley. Por eso se ha solido llamar a la costumbre *según ley*, *consuetudo cerebrina*. Vid. CORONATA, *ob. cit.*, pág. 53.

1208) recogido en las Decretales (3). En él se trata de dilucidar una cuestión surgida entre dos monasterios con motivo de una elección canónica. Eran éstos la iglesia Andrense y el monasterio Karofense (de Charroux). El monje Guillermo de aquélla pedía al Papa que confirmase la elección de Abad para dicha iglesia, llevada a cabo «concorditer» por los monjes de la misma; y, para ello, se basaba tanto en el derecho común como en un privilegio especial pontificio confirmado por el mismo Inocencio III, en el que se facultaba a los monjes del monasterio Andrense a elegir libremente a su abad. Por el contrario, el procurador del monasterio de Charroux pretendía la anulación de la elección, apoyándose en un estatuto episcopal y en una costumbre aclaratoria del mismo. Según el estatuto la elección abacial «penes fratres eiusdem loci (Andren.) et Capitulum Karofense penderet». Según la costumbre, los monjes del monasterio Andrense habían de elegir la persona del abad o prior precisamente del gremio o comunidad del monasterio Karofense (...et obtentu huiusmodi statuti sic fuerit longe retroactis temporibus observatum, ut monasterio Andren. vacante, Andren. fratres in Karofen. Capitulo aliquem de gremio monasterii Karofen. sibi eligerent in Abbatem.). El referido procurador invocaba la máxima «consuetudo est optima legum interpres» para justificar el valor aclaratorio de la costumbre alegada y: «electio praedict. G. tam contra statuti tenorem, quam etiam contra consuetudinem approbatam (quae optima est legum interpres) minus canonicè attentata, merito cassari debebat (proposuit) ...»

El Papa resuelve la contienda coordinando el derecho común y privilegio pontificio con el estatuto episcopal. Para ello, y sin tener en cuenta la costumbre alegada por el procurador del monasterio de Charroux, dispone el Papa que el estatuto pueda entenderse de forma que su interpretación no entrañe derogación del derecho común ni del privilegio especial; es decir, que la necesidad de que la elección «penes fratres loci Andren. et Capitulum Karofen, penderet» podía explicarse diciendo que la elección de abad la habían de hacer los frailes del monasterio Andrense, y la confirmación de dicha elección los del Karofense, con lo cual la designación de abad «penderet» de los miembros de ambos monasterios como exigía el estatuto episcopal. Pero, claro está, esta solución descartaba por completo la costumbre aducida, costumbre que, según el procurador del Karofense, tenía un claro

(3) C. 8, X (I, 4).

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO CANÓNICO

valor interpretativo según se deduce de sus alegaciones y de la mención que hace al Papa de la máxima romana.

El Papa sólo admite una posibilidad en orden a costumbre, y es la de que exista una costumbre «probata, quae iuri communi praeiudicet». La primera impresión que produce esta expresión de la decretal es la de que el Papa está refiriéndose a una costumbre «contra legem», como algún autor cree (4). Nosotros, sin embargo, no opinamos así. Creemos decididamente que se trata de una costumbre interpretativa, genéricamente interpretativa, aunque específicamente «praeiudicet» una norma legal. Y para demostrarlo basta considerar la oscuridad y ambigüedad del estatuto episcopal y la necesidad de una disposición o solución aclaratoria para entender la vaguedad de sus palabras: «electio... penes fratres eiusdem loci (Andren.) et Capitulum karofenpenderet». Luego es perfectamente correcto que llamemos interpretativa a una costumbre que, aun siendo en concreto contra ley, *interpreta* una norma oscura...

2. En segundo lugar, la cita de GASPARRI al canon 29 recoge una regla de derecho: «Inspicimus in obscuris, quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit» (5). Es simplemente una expresión que consagra el valor interpretativo de la costumbre respecto de los puntos legales oscuros y dudosos. Cuando la norma no es clara y, al mismo tiempo, su redacción plantea una duda tal que no pueda ser resuelta por el común sentido (es decir, no se puede por éste deducir lo que en verdad haya querido decir el legislador, «quod est verisimilius»), entonces hay que recurrir a la costumbre interpretativa.

3. A continuación, y como tercera fuente del canon 29, inserta GASPARRI en su Código anotado las letras apostólicas de León XIII «Apostolicae curae» de 13 de septiembre de 1896 (6). Se trataba del supuesto valor sacramental de las sagradas ordenaciones conferidas con arreglo al nuevo rito introducido en Inglaterra bajo Eduardo VI (1547-1553). Fueron examinados para ello los documentos principales que a ruegos de la reina María Tudor (7) dieron los Papas para obtener la reconciliación de la iglesia anglicana.

(4) SARACENI: *Consuetudo est optima legum interpres*, en *Ephemerides iuris canonici*, an. IV, 1948, pág. 82.

(5) Reg. iuris in VI^o, núm. 45.

(6) C. I. C., *Fontes*, vol. III, Romae, 1925, doc. núm. 631, págs. 494 y ss.

(7) Que había restablecido el catolicismo en Inglaterra.

El Pontífice Julio III designó, a fin de conseguir esta reconciliación, al Cardenal Reginaldo Polo, como legado suyo a *latere* (tamquam pacis et dilectionis angelum suum), concediéndole para ello facultades extraordinarias (8), que después confirmó el Papa Paulo IV. Pero como las facultades dadas al legado apostólico por estos Pontífices solamente afectaban a Inglaterra y al estado de la religión en la misma, tales normas de ningún modo podían aplicarse a una regulación genérica de las sagradas ordenaciones, sino que debían referirse propiamente a la provisión de las mismas en aquel reino según sus condiciones de tiempo y materia.

Todo esto, además de deducirse perfectamente de los documentos en cuestión, resultaba bien patente de la consideración obvia de que no hubiera sido prudente querer dar instrucciones en el documento, sobre lo que es necesario para la confección del sacramento del orden, a un varón tal como el legado, cuya doctrina había tenido tanto relieve en el Concilio de Trento.

En la carta de Julio III al Legado Apostólico, del 8 de marzo de 1554, se hace distinción entre aquellos que «rite et legitime promoti» habían de ser retenidos en sus órdenes, y aquellos otros que «non promoti ad sacros ordines» podían ser promovidos a ellas «si digni et idonei reperti fuissent». Los primeros recibieron verdaderamente la sagrada ordenación, bien porque la recibieron antes de la separación de Enrique VIII, bien porque, aunque la recibieran después, los ministros disidentes que confirieron esas órdenes observaron el rito católico acostumbrado. Los otros, en cambio, no recibieron la ordenación válidamente, al serles conferida según las prescripciones del Ordinal eduardiano. No otro fue el designio papal, según confirmó la carta del Legado de 29 de enero de 1555, confiando sus facultades al Obispo de Norwich.

Tengamos en cuenta además que las letras de Julio III se referían también a facultades pontificias que podían ser utilizadas libremente aun en favor de aquellos a quienes se confirió la consagración «minus rite et non servata forma Ecclesiae consueta», con cuya expresión se designaban ciertamente aquellos que habían sido consagrados según el rito eduardino. Fuera de la forma católica, toda otra era inválida en aquel tiempo en Inglaterra.

Por consejo del Cardenal Polo, Felipe II y María Tudor enviaron a Roma una legación en febrero de 1555, cuyos miembros habían de informar al Pon-

(8) Ello tuvo lugar en agosto de 1553, por las letras «Si ullo unquam tempore», «Post nuntium Nobis» y otras.

tífice acerca de la situación religiosa en Inglaterra y pedirle al mismo tiempo la ratificación y confirmación de todo lo que el Legado pontificio había hecho para obtener la reconciliación del reino con la Iglesia.

Paulo IV, recibida la legación regia y examinados sus propósitos, dio las letras «Praelara carissimi» (20 de junio de 1555) en las que aprobaba y daba fuerza a las gestiones de Polo, y en las que, referente a las sagradas ordenaciones, prescribía: «...qui ad ordines ecclesiasticos... ab alio quam ab episcopo rite et recte ordinato promoti fuerunt, eosdem ordines... de novo suscipere teneantur». Quiénes eran tales obispos «non rite recteque ordinati», lo decían claramente los documentos anteriores, así como las facultades concedidas al Legado papal. Mas, para disipar toda duda a este respecto, el Papa, en Breve de 30 de octubre de aquel año, dijo: «Nos, haesitationem huiusmodi tollere, et serenitati conscientiae eorum qui schismate durante ad ordines promoti fuerant, mentem et intentionem quam in eisdem litteris Nostris habuimos clarius exprimendo, opportune consulere volentes, declaramus eos tantum episcopos et archiepiscopos qui non in forma Ecclesiae ordinati et consecrati fuerunt, rite et recte ordinatos dici non posse».

Las autoridades citadas de Julio III y Paulo IV, como dice León XIII en las referidas letras apostólicas, muestran claramente el comienzo de esta disciplina («aperte ostendunt initia eius disciplinae»), a saber, que eran nulas las ordenaciones administradas según el rito eduardiano. Tal disciplina fue observada durante más de tres siglos, y en Roma fueron iteradas absolutamente estas ordenaciones con arreglo al rito católico. En este sentido, y teniendo en cuenta el principio teológico inderogable de que la sagrada ordenación no puede renovarse lícitamente, era en absoluto imposible que la Santa Sede tolerase una costumbre tal que establecía la repetición de las ordenaciones conferidas según el rito eduardiano, de no haber sido nulas aquellas ordenaciones. Pero la Santa Sede no solamente toleró esta costumbre, sino que la aprobó y sancionó cuantas veces se presentó el caso («quotiescunque in eadem re peculiare aliquod factum incidit iudicandum»), lo cual claramente indica que esas ordenaciones eran nulas y consideradas como tales por la Iglesia, pues de lo contrario ésta no hubiera permitido ni tolerado esta renovación.

En la observancia de esta disciplina —afirma León XIII— la fuerza oportuna reside en la norma. Ello es evidente, pues se trata de situaciones en que la disposición disciplinar que las regula no hace sino aplicar el derecho divino positivo. Mas —sigue diciendo el Papa— si hubiere acaso alguna duda acerca del verdadero sentido de los documentos pontificios, téngase en cuenta

el valor de la máxima «*Consuetudo optima legum interpres*». Es decir, que en la duda sobre la norma, acúdase a la costumbre que es la mejor intérprete de aquélla (9).

El Papa León XIII reconoce y consagra, en este documento, el valor de una costumbre que ratifica y aplica unos documentos pontificios cuyo sentido está perfectamente claro, pero que la costumbre reitera, viniendo a constituir un elemento corroborante de la disposición pontificia para el caso de que ésta pudiera abrigar tal vez alguna duda en su interpretación.

4. Por último consideremos también las palabras de una Instrucción de la S. Cong. de Propaganda Fide dirigida al Vicariato Apostólico de Siam, el 23 de junio de 1830 (10). Después de recordar la Instrucción, con palabras del Tridentino, la no iterabilidad del Sacramento del Bautismo por cuanto imprime carácter en el alma (11), y la culpa grave que contraen los que lo administran por segunda vez en sujeto que ya lo haya recibido, recuerda la S. Cong. la decretal de Alejandro III (12), por la que el ayudante del que rebautiza incurre en irregularidad. Pero la Instrucción añade que, aunque la decretal hable del asistente del ministro que rebautiza, con mayor razón se ha de decir de este último que incurre en la irregularidad, pues así lo establece el uso y la costumbre, que es «*optima legum interpres*» (13). He aquí una costumbre interpretativa que amplía el alcance de la ley interpretada y que por tanto se incluye en la categoría de las *praeter legem*.

5. Siguiendo las normas del derecho antiguo, impreciso y vacilante en materia de costumbre, es natural que los autores que lo glosaron no vieran la necesidad de la prescripción tratándose de la costumbre interpretativa, y, en este sentido, así se expresaba Fagnanus: «*Huiusmodi enim consuetudo*

(9) «*In huius igitur disciplinae observantia vis inest opportuna proposito. Nam si cui forte quidquam dubitationis resideat in quamnam vere sententiam ea Pontificum diplomata sint accipienda, recte illud valet: Consuetudo optima legum interpres*». *C. I. C. Fontes*, vol. III, Romae, 1925, doc. núm. 631, pág. 498.

(10) *C. I. C. Fontes*, vol. VII. Curia Romana, Typis Polyglottis Vaticanis, 1935, núm. 4.748, pág. 270.

(11) «*Si quis dixerit in tribus Sacramentis, Baptismo scilicet..... non imprimi characterem in anima, hoc est signum quoddam spirituale et indelebile, unde ea iterari non possunt, anathema sit*». Ses. VII, can. 9.

(12) C. 2, X (V, 9).

(13) «*...quae decretalis, tametsi loquatur de ministrante ei qui rebaptizat, multo magis locum habet in rebaptizante, quia usus et consuetudo, quae est optima legum interpres eam poenam etiam de rebaptizante intelligit...*»

interpretativa seu iuris praexistentis declarativa, favorabilior est, quam consuetudo dispositiva; ideoque in ea sufficit probare observantiam sine praescriptione» (14).

Ahora bien, tratándose del derecho actual y de la interpretación del canon 29, no puede decirse lo mismo, ni recurrirse al derecho anterior, pretendiendo deducir del mismo que, puesto que entonces no se exigía plazo prescriptorio determinado a la costumbre interpretativa, tampoco ahora se exija dicho plazo. Expliquemos por qué.

En ningún texto canónico del derecho anterior que trate expresamente de las distintas clases de costumbre, se determina el plazo prescriptorio con palabras claras e indudables (15). Por tanto, es evidente el contraste entre el derecho vigente, minuciosamente claro en este punto, y el derecho anterior, confuso y abandonado a la solución vacilante de la doctrina (16). No sólo la costumbre que llamamos interpretativa, sino la *praeter* y *contra ius*, estaban vírgenes de regulación en el Derecho de las Decretales en lo referente a plazo prescriptorio. Cada autor daba una solución doctrinal al problema. Había incluso autores como SOTO (y entre los más recientes como GURY y SCHULTE) que negaban la necesidad de un plazo prescriptorio determinado a toda clase de costumbre.

Respecto a la costumbre *praeter legem*, el P. WERNZ, al querer presentar una norma concreta, parece vacilar entre los diez y los cuarenta años de plazo requerido. En cambio, por lo que afecta a la *contra legem*, se decide con más seguridad por el plazo de cuarenta años; mas hace constar expresamente cómo algunos autores se contentan con el de diez años, cuya opinión —dice—, aunque no se apoye en argumentos del todo perentorios, sin embargo, no puede decirse que sea improbable (17).

El derecho actual y el canon 29 hay que mirarlos bajo otras perspectivas más claras, más legales y menos doctrinales. En definitiva, además de las normas que han inspirado el canon 29 hay que tener en cuenta, para la interpretación del mismo, el conjunto de los cánones que tratan de la costumbre,

(14) *Commentarium in primum Decretalium*, Venetis, 1764, pág. 192.

(15) «...nullo textu canonico, qui de iure legali consuetudinis expresse agit, tempus disertis verbis accurate definitur», WERNZ, *Ius Decretalium*, t. I, Romae, 1905, pág. 286.

(16) Vid. BERTOLA, *Notte sulla dottrina canonistica della consuetudine*, en *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1930, pág. 518, nota 2.

(17) WERNZ: *Ob. cit.*, págs. 286 y 287.

en los cuales aparece una nueva regulación (la del plazo prescriptorio) que afecta igualmente, como demostraremos, al mismo canon 29.

LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA ROTAL

Si analizamos las pocas sentencias que, tanto antes como después de la entrada en vigor del Codex, se refieren al punto de la costumbre interpretativa, notaremos una perfecta congruencia de las mismas con las normas legales en vigor acerca de la costumbre en general y sus requisitos. Y hablamos realmente de la costumbre en general, es decir, abarcando en su concepto las distintas especies, pues la interpretativa, como tal, se identifica con alguno de los dos tipos: *praeter* o *contra ius*.

Muy claramente se atisba esto último en la costumbre interpretativa si nos fijamos en las palabras de una sentencia del año 1911 (18): «*Revera optima legum interpretatio adinventur in subsecuta observantia quae declarat statum antecedentem, etiamsi contraria intelligentia esset de iure verior...*» En ellas aparece bien patente la identificación posible de la costumbre interpretativa y la *contra legem*. El texto, en efecto, se está refiriendo a la costumbre interpretativa, al declarar que la observancia posterior es la mejor intérprete de las leyes, pero además pone de relieve que esa observancia prevalece, aunque una interpretación contraria parezca ser más conforme a derecho.

Por lo que afecta al plazo prescriptorio de la costumbre interpretativa tenemos, en el período anterior a la vigencia del Codex, bastantes sentencias en las que se consigna claramente la no necesidad de plazo determinado de prescripción, lo cual está en perfecta consonancia con la imprecisión imperante en aquella legislación. Dice así una sentencia del año 1916 (19): «*Atque observantia interpretativa non requirit prescriptionem, nec longi temporis spatium, solumque exigit ut probetur id aliquando gestum fuisse, ut pluries docuit Rota*». Otras sentencias, sin embargo, hacen referencia a un determinado plazo, al menos para indicar la seguridad con que debe aceptarse el arraigo de tal cual costumbre, y así una sentencia del año 1913 hace alusión al plazo transcurrido de cincuenta años o más («*observantia continua et pa-*

(18) «*S. R. Rotae Dec. Seu Sententiae*», vol. III, Dec. 14, 23 marzo 1911. pág. 139

(19) *S. R. R. Dec. seu Sen.*, vol. VIII, Dec. 25, 11, agosto 1916, pág. 273.

cifica longissimi temporis»). Dice su texto: «Cum ergo in nos.ro casu militet observantia continua et pacifica non tantum longi, sed et longissimi temporis, scilicet quinquaginta annorum et amplius, certo certius sufficit ad determinandum verum intellectum Concordiae et Bullarum, de quibus agitur» (20).

Después del Código, y esto es lo que pretendemos demostrar en este trabajo, la costumbre interpretativa, como cualquiera otra, necesita «ut vim legis obtineat» el transcurso del plazo prescriptorio que establecen los cánones 27 y 28; plazo que, junto con los demás requisitos legales, es expresión del consentimiento del superior inserto en la ley.

En una sentencia de 1919, dada año y medio después de la entrada en vigor del C. I. C. (21), se dice que la «saecularis observantia... interpretatio-num regina ab omnibus merito retinetur». Se trataba de la interpretación de una cláusula del patronato contenido en el testamento de un tal Nicolás Stortiglione, de fecha 25 de septiembre de 1476. De toda observancia legal, aun la que no es secular, se dice también en varias sentencias anteriores al Código, que es «regina interpretationum». Por ejemplo, en una del año 1913 se lee: «Unde etiam in iurisprudencia canonica et praesertim in S. Rota dictum est observantiam esse optimam et fidelem cuiuscumque dispositionis interpretationem, imo eam esse *reginam interpretationum...*» (22). Y en otra de 1926: «Observantia enim est optima quorumlibet actuum, decretorum, et dispositionum interpres, *imo regina interpretationum*, prout asserit Barbosa...» (23).

En lo relativo concretamente al plazo normal y ordinario de cuarenta años para la costumbre interpretativa, no hemos hallado después de entrado en vigor el Codex ninguna sentencia que acoja o no expresamente la tesis que impone dicho plazo. Puede verse, sin embargo, la del 17 de marzo de 1945 (24), que parece seguir la primera doctrina. De todos modos, aunque la Rota hubiese silenciado un punto tan interesante, es obvio que no sería ello prueba de que su jurisprudencia no considerase imprescindible el plazo prescriptorio cuarentenal de la costumbre interpretativa.

(20) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. V. Dec. 32, 7 junio 1913, pág. 373.

(21) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. X, Dec. 18, 14 noviembre 1919, pág. 158.

(22) S. R. R. Dec. seu Sen., vol V. Dec. 32, 7 junio 1913, pág. 372.

(23) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. VIII, Dec. 8, 5 abril 1916, pág. 88.

(24) S. R. R. Dec. seu Sen., vol. XXXVII, Dec. XX, pág. 200.

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN EL DERECHO CANONICO
VIGENTE: DUDAS QUE SUSCITA LA INTERPRETACION
DEL CANON 29

Es natural que el canon 29 suscite dudas al intérprete. Redactado en unos términos vagos y generales y limitado a reproducir, trasplantándola simplemente, una norma romana (25), había de quedar desvitalizado en el conjunto estructural de los cánones que tratan de la costumbre, y, al pretender darle el intérprete vitalidad con su interpretación, había de ser dispar y desigual la explicación. En definitiva, que las especiales circunstancias y consideraciones que concurren en dicho canon, lo hacen de difícil explicación y blanco de positivas dudas. Veamos tres que resaltan al más leve examen del canon:

1. El legislador eclesiástico, al decir escuetamente que la costumbre es la mejor intérprete de las leyes, ¿se ha referido a la costumbre previa y anterior a la ley o, por el contrario, ha querido indicar con ello la costumbre surgida después de la promulgación de la ley?, ¿o acaso el legislador habrá querido tener en cuenta ambas: la anterior y la posterior?

A este problema hemos de responder que el legislador se ha referido directamente a una costumbre posterior a la ley interpretada. Para sostener esta tesis podemos apoyarnos en dos razones, una histórica y otra de autoridad. La histórica es la prescripción de un texto de las Decretales que, en este sentido, habla de la «subsequens consuetudo... optima legum interpres» (26). La razón de las autoridades estriba en la opinión constante de la doctrina en ese mismo sentido (27). Algún autor, como JONE, opina, sin embargo, que dándose el caso de que alguna norma consuetudinaria se transforme después en ley escrita por disposición del superior competente, esta ley habría de ser inter-

(25) Es el final de un texto de PAULO que dice: «Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo», D. I. 3, 37.

(26) C. 25, X (III, 7).

(27) Valgan por todas estas palabras de MICHIELS: «In genere vero, ut patet ex ipsa rei natura et ex doctrina comuni Auctorum, adagium canonicum 29 directe intelligitur de consuetudine post promulgationem legis exorta, seu de interpretatione usuali legis a communitate per observantiam subsequentem demonstrata». *Normae generales iuris can.*, ed., II, vol. II, 1949, pág. 194.

pretada con arreglo a la costumbre anterior, aunque las palabras de la ley —dice— hubiesen alguna vez de ser tomadas en sentido impropio (28). Como ejemplos de este tipo de costumbres que posteriormente fueron plasmadas en leyes escritas, podemos citar la del recitar, y con convencimiento de estar a ello obligado, el clero mayor no beneficiado las horas canónicas; la de que asista al matrimonio, y como requisito para la licitud del mismo, el párroco de la esposa, etc. (29).

2. ¿Cuál es el significado jurídico del calificativo «optima» en el canon?

A la consideración de este problema nos hemos de referir más adelante. Por tanto, estudiemos ahora el problema capital o núcleo del presente trabajo y que resumimos bajo este interrogante: ¿Necesita prescripción la costumbre interpretativa?

Los autores distinguen en toda costumbre dos elementos, uno material y otro formal. El elemento material o básico de la costumbre consiste en la repetición de actos. El elemento formal, como su calificativo indica, es el que informa, vivifica y da a la costumbre fuerza obligatoria. Sin él el elemento material no es más que una repetición uniforme, frecuente y externa de actos de la comunidad. Esencialmente el elemento formal consiste en el plazo prescriptorio exigido por el legislador.

Siendo el elemento formal algo que se añade al elemento material, éste es previo a aquél. Cuando a dicho elemento material no ha sido añadido todavía el formal, se dice que la costumbre (materialiter considerata) está aún informe, no prescrita, y se cifra en un mero hecho (*factum*). Cuando se añade el elemento formal la costumbre adquiere su estabilidad (formaliter considerada) y se dice que ha prescrito; de mero hecho que era se ha convertido en derecho (*ius*).

Pues bien, esta distinción, entre lo material y lo formal de la costumbre, es fundamental por lo que afecta a la costumbre interpretativa de la norma legal, ya que precisamente en ella descansa el problema clave que nos hemos

(28) «Consuetudo, de qua hic agitur, optima legis interpretatio potest esse in variis adiunctis. Hoc evenire potest in casu, in quo ius consuetudinarium per subsequentem Superioris competentis ordinationem mutata est in legem. Quo in casu lex interpretanda est secundum consuetudinem antea vigentem, etiamsi verba legis in sensu improprio aliquando essent sumenda...» *Commentarium in Codicem iuris can.*, 1950, I, pág. 49 y 50.

(29) Cc. 135; 1097, p. 2.º

planteado: si necesita o no plazo de prescripción esta costumbre interpretativa o, con otras palabras, si en la costumbre interpretativa basta o no para su obligatoriedad el elemento material tan solo.

La generalidad de los autores convienen en que la costumbre interpretativa requiere para su obligatoriedad el mismo plazo prescriptorio que la *praeter* o *contra legem*, ya que se resuelve en una de estas dos, y a esta cuestión nos hemos de referir con más atención un poco más adelante.

Antes de transcurrir el plazo la costumbre informe, si reúne las demás condiciones legales, tiene tan sólo un valor doctrinal. Ha de ser considerada —dice MICHIELS— doctrinal o conjeturalmente óptima, de suerte que constituya una regla prudencial, teórica y presuntivamente verdadera, y prácticamente segura (30). Lo mismo sostienen JONE (31) y WERNZ-VIDAL (32).

CONTE A CORONATA equipara la costumbre interpretativa, o «secundum ius» como también él la llama, a la interpretación auténtica sólo en el caso de que esa costumbre uniforme y prescrita no añada algo nuevo a la ley. Si añade algo nuevo a la ley, la asimila a la *praeter ius*, y entonces, según él, la costumbre *secundum ius* no parece que tenga fuerza de interpretación auténtica, aun en el caso de que haya prescrito (33).

No estamos de acuerdo con esta tesis y propugnamos, con la generalidad de los autores, que la costumbre interpretativa o según ley tiene valor auténtico y obligatorio en el instante ha prescrito por trascurso del plazo legal (34). Este plazo no es otro que el de cuarenta años, que es el que fijan

(30) *Ob. cit.*, pág. 194.

(31) «Primis quidem annis huiusmodi observatio legis aequivalet interpretationi doctrinali», *Ob. cit.*, pág. 50.

(32) «At consuetudo secundum legem, si est consuetudo facti, sese habet tantum ad instar signi vel testis de vero sensu legis atque de mente legislatoris. Qua ratione optimum est medium interpretationis doctrinalis», *Ius canonicum*, t. I, Romae, 1952, pág. 353.

(33) «In vi et natura consuetudinis secundum ius explicanda sudant canonistae. Eius natura in hoc consistere videtur quod, si sit uniformis et praescripta interpretationi authenticae aequiparetur, quin tamen aliquid novi legi addat. Si quid vero novi legi addere dicatur, ita ut alteram prae altera interpretatione probabili necessariam reddat, in consuetudinem praeter ius recidit. Licet igitur magna esse dicatur vis consuetudinis secundum ius in legum interpretatione, tamen authenticae interpretationis vim, licet praescripta sit, habere non videtur...», *Ob. cit.*, pág. 57.

(34) «Quando autem consuetudo observandi legem dubiam iuxta certum et definitum sensum, etiam extensivum aut coarctivum, iam sub omni respectu

los cánones 27 y 28 para la costumbre *contra* y *praeter legem* respectivamente. Es de notar a este respecto cómo el P. CABREROS, que en la edición del Código de la B. A. C de 1945 decía que actualmente podía seguirse la antigua prescripción de los diez años (35), en la edición de 1952 y siguiente dice resueltamente que «actualmente se requieren cuarenta años, que es la norma general fijada por el Código para la costumbre *contra* y fuera de derecho».

CRITICA DE UNA OPINION DOCTRINAL

I. Se trata de la posición que un autor italiano, SARACENI, toma respecto al problema. Este autor, que recoge determinadas muestras de la doctrina jurisprudencial anterior al Código y hace valer además en apoyo de la suya la tesis de SUÁREZ, supone que si se da a la costumbre interpretativa la vestidura necesaria y suficiente para que se constituya fuente autónoma de producción de normas jurídicas, se viene a establecer un dañoso dualismo entre dos fuentes de derecho paralelas y autónomas (36). Y sigue diciendo: «Todo ordenamiento jurídico debe preocuparse de la claridad de las fuentes de producción...» «¿Es deseable —dice terminando este pensamiento— que la misma relación de vida venga contemporáneamente disciplinada por dos normas distintas y que tienen la misma fuerza?»

A esta razón podemos dar contestación contundente. No se trata en absoluto de que la costumbre interpretativa venga a ser una segunda norma

iuridice perfecta est, seu propter adimpletionem omnium conditionum ad consuetudinem iuris efficiendam requisitarum iuridica efficacia munita, vis interpretativa consuetudinis vere authentica est, et quidem per modum legis imposita, quae ab omnibus, etiam iudicibus, obligatorie sequenda est, quin ullus requiratur specialis Superioris actus huius interpretationis approbativus», MICHIELS, *Ob. cit.*, pág. 195. E igualmente JONE: «Verificatis vero decursu temporum omnibus conditionibus, quae ad inducendam consuetudinem requiruntur, haec consuetudo (interpretativa) aequivalet interpretationi authenticae, quae obligationem legis citra naturalem sensum verborum extendere aut coarctare potest», *Ob.*, y *lugar cit.*

(35) Decía en la nota al canon 29: «Para la prescripción de esta costumbre, bastaban en el antiguo derecho diez años, y actualmente puede seguirse la misma norma.»

(36) «*Consuetudo est optima legum interpres*», en *Ephemerides iuris canonici*, an. IV, 1948, pág. 91.

superflua e innecesariamente añadida a la norma principal interpretada. Esta última es incompleta en cuanto que está necesitada de una interpretación. Y es la costumbre posterior la que, naciendo a la vida jurídica, se añade completando a la ley en aquellos elementos en que ésta necesita el complemento, de suerte que la costumbre no sea una nueva norma paralela y equivalente a la ley, y por tanto superflua, sino un nuevo elemento añadido a la ley y, subsistente en virtud de la ley misma, de manera que, como algo accesorio a la ley, pierda su significado y eficacia al ser derogada la ley que es la cosa principal.

La costumbre interpretativa no es un doble de la ley. Sólo tiene valor en aquellos elementos en que añade o quita algo a la ley interpretada. Lo restante de ella, aunque haya prescrito, no es verdadera costumbre o fuente normativa, pues carece de sentido una costumbre posterior e idéntica a la ley. En efecto, si este tipo de costumbre pudiera admitirse, derogada legítimamente la ley por el legislador, tendría que quedar subsistente la costumbre, lo cual iría contra la voluntad particular expresa del mismo legislador.

Si la *diuturnitas temporis* en la observancia popular de una ley hubiese de engendrar una *consuetudo* independiente de la ley misma observada, todo el ordenamiento jurídico quedaría «tractu temporis» consolidado de tal modo, es decir, reproducido doblemente en la costumbre, que el legislador que quisiese derogar o modificar algo del mismo habría de referirse, en la norma derogatoria, no sólo a la ley existente, sino también a la costumbre creada a su lado, pues de otro modo quedaría sin eficacia la derogación. Además de esta razón, es ilusorio pensar en una costumbre de esta índole, porque en ella habría de faltar necesariamente el «animus se obligandi» (a que se refiere el canon 28) en la comunidad que la introdujera y que ya estaría obligada a cumplir la ley. Esa comunidad tendría sencillamente «intención» de cumplir la ley y no de «obligarse» por costumbre a lo que ya la ley manda.

Lo único que hace la llamada costumbre interpretativa, impropriamente dicha «secundum legem», es modificar algún elemento de la ley, y en este sentido es cuando encuentra viabilidad tal costumbre que, en cuanto adherida a la ley (como elemento *prater* o *contra legem*), tendrá el mismo valor y subsistencia que la ley; como si la ley y el elemento consuetudinario añadido a ella fueran una misma cosa. Al ser derogada la ley (cosa principal) quedaría automáticamente derogado el elemento consuetudinario (elemento accesorio), por cuanto lo accesorio no puede subsistir sin lo principal.

LA COSTUMBRE INTERPRETATIVA EN DERECHO CANÓNICO

En este carácter de accesoriadad creemos estriba la diferencia de la costumbre interpretativa respecto de las otras dos clases de costumbre (*praeter* y *contra ius*) que tienen valor jurídico propio e independiente de cualquier otra norma.

2. Pregunta SARACENI qué necesidad hay de dar fuerza de ley a la costumbre interpretativa que no tiene otra misión fuera de la de descubrir la voluntad del legislador, e interroga: «¿Acaso para dar el carácter de obligatoriedad a una tal interpretación?»

Hemos de contestar que sí que hay necesidad de dar fuerza de ley («vim legis», como dice el canon 25) a la costumbre interpretativa, pues de otro modo no podría interpretar la ley.

Por medio de la promulgación el legislador, después de haber elaborado la ley, interviene, por así decirlo, de nuevo, y esta vez ante sus súbditos y como fedatario de su propio acto legislativo anterior, para que éstos conozcan la ley que él ha dado y puedan cumplirla. Por medio de aquélla la ley es absorbida al fuero exterior, y de ahí su obligatoriedad (después de la *vacatio*, como es lógico).

Pues bien, un papel equivalente al de la promulgación desempeña en la costumbre el consentimiento del legislador, del cual es constitutivo normal el plazo prescriptorio, requisito legal que valora la costumbre como norma consentida, es decir, admitida por el legislador como obligatoria (considérense atentamente las palabras del canon 25). De ello resulta evidente que si la ley intérprete necesita para su obligatoriedad la intervención del superior en la promulgación, también la costumbre intérprete la necesitará en la «*prescriptio temporis*» en la cual va implícita esa intervención.

Si la interpretación auténtica sólo proviene del legislador (cuando es «*per modum legis exhibita*») o a lo sumo de la autoridad judicial o administrativa de la Iglesia (cuando se da por medio de sentencia o rescripto), ¿cómo puede concebirse una interpretación auténtica basada en una costumbre de hecho, es decir, en una costumbre no consentida ni por el legislador ni por otra autoridad, sino sólo por el pueblo? ¿Cómo puede darse cabida a una interpretación general (cual es la que pretende indagar el sentido de una ley en su aplicación a todos los casos) que, sin embargo, no tuviera el aval del legislador, la «*vis legis*» del canon 25? Ello sería pretender para la norma consuetudinaria interpretativa un rango que no tendría la misma ley intérprete que necesariamente como tal ha de proceder del legislador.

Hay que reconocer la necesidad de que prescriba la costumbre interpretativa, a fin de que pueda adquirir fuerza obligatoria; pues toda costumbre interpretativa no hace otra cosa que quitar o añadir algo a la ley que interpreta, y no se podría conseguir realmente dicho efecto sino cuando la costumbre en cuestión fuera real y efectivamente *contra o praeter legem*. Pero para esto no bastaría el mero uso o costumbre fáctica, sino que sería precisa la prescripción que la elevara al rango de costumbre legal obligatoria. Estas razones son las que SARACENI no parece tener en cuenta.

Ciertamente —como dice este autor— la costumbre interpretativa no tiene otra misión que la de descubrir la voluntad del legislador («altro compito non ha all'infuori di scoprire la volontà del legislatore»). Ahora bien, este «scoprire la volontà del legislatore» no es otra cosa, al menos a nuestro entender, que añadir o quitar a la letra de la ley lo que la interpretación atribuye a la voluntad del legislador. Y si esta voluntad del legislador, que no aparece en el texto legal, ha de imponerse en la vida jurídica cuando la ley interpretada se haya de aplicar, entonces es preciso que el legislador manifieste dicha voluntad, bien por medio de una ley (interpretación legal auténtica), bien por medio de una costumbre que, dada su misión específica respecto de la ley, llamamos interpretativa de esa ley. Pero, repetimos, esta misión intérprete de la costumbre no releva a ésta de que haya de ser prescrita como las demás costumbres.

3. Sostiene SARACENI que no es necesario dar fuerza legal a la costumbre interpretativa, pues esto ya lo ha hecho el legislador en el canon 29 (37). Mas esta opinión creemos que está desprovista de base. El legislador, en dicho canon, no concede o da, sino *reconoce* (es decir, da por supuesta) fuerza legal a la costumbre interpretativa; fuerza legal que viene dada con arreglo a la norma de los cánones precedentes. El canon 29 sólo afirma que la costumbre, la que ha prescrito según lo dispuesto en los cánones 27 y 28, es la mejor intérprete de las leyes. Por tanto el canon 29 no consagra un nuevo tipo o especie de *consuetudo* propiamente, y sí sólo sienta un principio, recogido en el famoso axioma romano, según el cual la costumbre en general tiene además un valor intérprete, y óptimo, de la ley.

Ello además es perfectamente lógico, pues este valor interpretativo de la ley lo tiene la costumbre en el punto en que sea más explícita que aquélla. Si

(37) *Trab. cit.*, pág. 91.

la costumbre dice algo más que la ley, ya positiva (*praeter*) ya negativamente (*contra legem*) tiene que ser prescrita. Si la costumbre no quitase o pusiese algo, no constituiría verdadera interpretación, pues se habría limitado a decir lo mismo que la ley. Pero el requisito de la prescripción no es necesario que lo consigne otra vez el canon 29, después de expuesto en los cánones 27 y 28.

También, por último, es evidente y lógico que esa costumbre, debidamente prescrita, sea la mejor intérprete de la ley anterior, ya que aquí la costumbre «*vim legis obtinens*» constituye una especie de ley, una especie equiparada a la interpretación auténtica «*per modum legis exhibita*», y no hay duda que la interpretación auténtica, la que procede del legislador (aunque en el caso de la costumbre sólo se trate de una procedencia que llamaríamos indirecta) es la mejor de las interpretaciones...

Aunque al traducir la palabra «*óptima*» del canon suela usarse la castellana «*mejor*», que puede inducir a creer que se trata de un comparativo, en realidad no se trata de comparativo, sino de superlativo. «*Optimus*» quiere decir *óptimo*, perfecto, excelente, y éste es el sentido que la palabra tiene así en el canon como en el diccionario. De otra suerte, entendiendo «*óptima*» en sentido comparativo estrictamente, podríamos creer (y a este equívoco se presta la traducción «*mejor*») que la costumbre interpretativa es aún mejor intérprete que la ley (interpretación legal auténtica), lo cual no es exacto.

En este sentido no compartimos la opinión de VERMEERSCH-CREUSEN, para el cual la interpretación proporcionada por la costumbre es preferible a cualquier otra, no sólo a la privada, sino incluso a la auténtica, llegando a calificar a aquélla de «*prima inter pares, propter claritatem et suavem efficaciam suam*» (38).

4. Se ha dicho por nuestro autor que el canon 29 repite la palabra *consuetudo* de la vieja máxima, y el término, en el sistema y en la técnica del Código, no quiere siempre significar fuente formal de normas consuetudinarias, llamándose a menudo «*consuetudo*» al hecho que da lugar a la norma (39).

Digamos algo sobre la distinción entre «*consuetudo iuris*» y «*consuetudo facti*» antes de abordar esta cuestión.

(38) *Epitome iuris canonice*, Romae, 1937, I, pág. 133.

(39) SARACENI, *trab. cit.*, pág. 94.

Esta distinción entre una y otra no la juzgamos ilógica, cual suponía Alasia (40), antes bien, creemos factible en buena lógica la discriminación mental de los dos conceptos, uno de los cuales es presupuesto indispensable para la existencia del otro. Por eso no nos parece acertada la técnica del Código que opta por la univocidad de ambos conceptos.

Sostenemos la distinción entre la *consuetudo* fáctica (que, haya o no prescrito, siempre es la sucesión frecuente de actos semejantes de la comunidad eclesiástica) y la *consuetudo iuris* o norma vinculante que resulta de aquella sucesión (41), y en consecuencia creemos se debiera dar a cada una un nombre distinto. En este sentido hubiera sido conveniente, para evitar confusiones, que el legislador hubiera llamado a la primera «usus» y a la segunda «consuetudo».

Pero ya que el Código llama «consuetudo» indistintamente a una y a otra, puestos en la duda acerca de si el canon 29 se está o no refiriendo a la costumbre de hecho, es más lógico pensar, por el lugar en que está colocado el canon, que el legislador se refiere en él no a ésta, sino a la costumbre legal y debidamente prescrita. Y ello resulta fácil de ver. Después de precisar en los cánones 27 y 28 los requisitos de la costumbre contra ley y fuera de ley respectivamente, proclama en el 29 su óptimo valor interpretativo. Pero, lógicamente, sobreentendiendo que la costumbre reúna aquellos requisitos. Puesto que el canon 29 no consagra una especie más de costumbre, sino que establece una aplicación de las dos clases de costumbre antes tratadas, es obvio que el legislador no tenga que repetir los requisitos y, de hecho, no los repita.

Por otra parte no cabe suponer que una costumbre pueda tener fuerza interpretativa, es decir, valor auténtico para interpretar una ley, si el legislador no le reconoce carácter de fuente formal. Y este carácter no puede tenerlo una costumbre fáctica. Luego, de los dos sentidos que el Códex da indistin-

(40) Vid. su obra *De legibus*, 1783, pág. 322, donde dice: «Ex his colligitur primo non esse ad logicae regulas compositam divisionem consuetudinis in consuetudinem facti, quae nil aliud est quam frequentia actuum, et consuetudinem iuris, quae est ius ex illa frequentia ortum.»

(41) Decimos «haya o no prescrito» al definir la costumbre fáctica, porque consideramos que cabe perfectamente discriminar *in mente*, aun en la misma costumbre prescrita, lo que es elemento fáctico de lo que es elemento jurídico; aunque precisamente en la costumbre prescrita, ambos elementos constituyan en apariencia un «*totum unicum*.»

tamente a la palabra «consuetudo», sólo el de «consuetudo iuris» puede aplicarse a la costumbre de que trata el canon 29.

Además, ¿cómo es posible que el legislador quiera abandonar a los vaivenes de la doctrina la determinación del momento en que esa interpretación consuetudinaria obligue? Y si ese momento, ese plazo, no lo ha fijado en el canon 29, es porque ya lo determinó en los cánones 27 y 28, de los cuales el 29 es una aplicación.

5. Por último, SARACENI exige, o al menos desea para la costumbre interpretativa, un rango especial: la científicidad. «La masa —dice— no está preparada para una labor que ha sido siempre honor y gloria de electos ingenios» (42). Y más adelante: «nos parece que si se puede hablar de costumbre interpretativa, la misma debe sobre todo buscarse en la interpretación constante de los jurisprudenciosos... ¿Por qué escandalizarse? ¿Quién no sabe cuán grande sea la fuerza de una constante interpretación jurisprudencial, por la que, una vez encontrada, el jurisprudencioso práctico tiene la casi certeza de poder cantar victoria?»

Mas el canon 29 no dice, ni expresa ni tácitamente, que la costumbre interpretativa haya de elaborarse en los medios técnicos o científicos, ni que haya de identificarse con la jurisprudencia. Ciertamente la ciencia y la jurisprudencia tienen un alto valor al crear derecho consuetudinario, mas no son medios exclusivos en la interpretación consuetudinaria de la ley, antes bien, el Código no las menciona con ocasión de la costumbre interpretativa, sino al exponer en el canon 20 los medios supletorios en las lagunas legales. El mismo SARACENI, al afirmar que la costumbre interpretativa «debba *soprattutto* ricercarsi nella interpretazione costante dei giureconsulti», parece da a entender con el «*soprattutto*» que el derecho científico, sobre tener una preeminencia y una garantía indiscutibles, no es medio exclusivo, sino concomitante con otros en la interpretación basada en el canon 29.

Es lógico por otra parte que el autor (que se inclina por la teoría de que el legislador se refiere en el canon 29 a la «consuetudo facti») exija como necesaria, o al menos subraye como muy conveniente, para la elaboración de la costumbre interprete la intervención del elemento culto, pues sólo el elemento culto podría dar, en un corto plazo de vida de la costumbre que introdujera, garantía sólida de razonabilidad a la misma. Ahora bien, si

(42) Trab. cit., pág. 92.

suponemos (y ello lo creemos más lógico según dijimos más arriba) que la costumbre del canon 29 ha de ser prescrita por *cierto* plazo, poco importa entonces quién sea el que introduzca esa costumbre, pues antes de expirar el plazo legal, podría la autoridad eclesiástica competente cortar el uso introducido en el caso que éste no fuese natural y canónicamente viable.

6. El tema propuesto constituye un problema de insegura solución si se la queremos dar a base del texto legal escueto. Por eso, y para dársela verdaderamente, propugnaríamos se diera una mayor explicitud al canon 29; por ejemplo, que indicase claramente que la costumbre «optima legum interpretis» fuese precisamente la referida en los dos cánones anteriores, para, de este modo, tener la seguridad de que ha de ser prescrita.

Creemos sinceramente, y además lo avala la casi unánime doctrina, que el legislador tuvo intención de decir esto último. No obstante, si hubiéramos de ser rigoristas, habríamos de dudar, o quedar perplejos al menos, ante la escueta redacción del canon. Por ello sabemos respetar y reconocer cierta lógica a la opinión sostenida por SARACENI. Por otra parte, este autor tampoco se muestra concluyente en su aserto. «L'opinione da noi difesa —dice— presta il fianco, è vero, ad una spontanea obiezione; si dirà che non è piccolo inconveniente l'aver lasciato imprecisato il periodo di tempo necessario o il numero degli atti necessario per poter ravvisare praticamente una consuetudine interpretativa.» Y a tal posible objeción responde quizá un tanto vagamente: «Noi risponderemo che la scienza del diritto regna sovraneamente difficile sulle altre scienze, appunto perchè non ha un'unità di misura. Se questa ci fosse, attingere giustizia sarebbe un fatto banale, non il tormento eterno delle generazioni!» (43).

CONCLUSION

Es insostenible, según hemos demostrado, la opinión que propugna que la costumbre interpretativa no necesite plazo prescriptorio concreto. Esta costumbre, que en definitiva se resuelve en la *praeter* o en la *contra legem* (aunque se diferencia de ellas en cuanto a su peculiar carácter de accesorie-

(43) SARACENI, trab. cit., pág. 94.

dad respecto de la ley que interpreta), requiere necesariamente por este motivo el mismo plazo de cuarenta años que la ley exige para la prescripción de aquellas dos.

Sin embargo, ante la duda que origina la lacónica redacción del canon 29, nos atrevemos a insinuar respetuosamente, como «optandum» ante la anunciada reforma del Codex, el que el canon 29 pudiera redactarse así: «Consuetudo admissa in canonibus 27 et 28 est optima legum interpres», con lo cual quedaría resuelto el problema a base de una explicación lógica y también legal.

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA
— SANACIÓN MATRIMONIAL

1) EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD

En el canon 1.138 del Código de Derecho Canónico ¿qué entendemos por «retrotractio circa effectus canonicos ad praeteritum»? Interpretando y traduciendo casi literalmente la expresión de la Ley, ello significa la *proyección* al pasado de los efectos canónicos del matrimonio, que entonces no se produjeron debido a que existía un impedimento que obstaculizaba la eficacia del consentimiento, pero que ahora, en virtud de la sanación que remueve dicho impedimento, parece como si esos mismos efectos hubieran de producirse y, por lo mismo, con un carácter retrospectivo. Aun cuando los efectos surgen en virtud de un hecho presente que es la sanación, existe un inevitable desplazamiento retroactivo en la virtualidad misma de la operación sanatoria, que deduce los efectos del tiempo pasado.

Deducir los efectos del pasado, no es atribuir los efectos al tiempo pasado. Esto último constituiría un evidente imposible metafísico.

Algunos autores, como MUELLENDORF (1), para salvar el inconveniente de la imposibilidad metafísica, sin dejar por otro lado de admitir la producción de los efectos en el mismo tiempo pasado, han recurrido a una original e inverosímil explicación, basada en la supuesta condición a que el Papa sometería sus propias leyes en lo que se refiere a la eficacia invalidante del matrimonio.

Suponen estos autores que el matrimonio sanado en la raíz ha sido válido desde el principio de su celebración, debido a que el R. Pontífice dio antes sus leyes irritantes del matrimonio sujetándolas a una condición, a saber: No quedan sometidos a estas leyes aquellos matrimonios a los que, según previsión divina, el Papa otorgará a su debido tiempo la sanación en raíz. En este sentido la sanación sería una mera operación declaratoria del Papa que reconocería en el fuero externo y eclesiástico el valor y eficacia inicial del matrimonio sanado.

(1) *Act. Theol. Oenip.*, III, 473.

Expongamos a continuación los argumentos que pueden ser opuestos a esta doctrina:

1. La teoría en cuestión supone un hecho falso, a saber: que el matrimonio sanado en la raíz ha sido válido desde el principio, y reduce, equivocadamente, el decreto pontificio que otorga la sanción a una mera sentencia declaratoria del valor perdurante del matrimonio desde la fecha de su celebración.

2. Al objeto de evitar la imposibilidad metafísica que supone una producción de efectos jurídicos en el pasado, incurrir en otro absurdo tan grave como el de considerar condicionadas las normas eclesiásticas anuladoras del matrimonio. ¿En qué lugar del derecho canónico encontramos, pues, algún vestigio al menos de semejantes leyes sujetas a tal condición?

3. Tal condición impuesta en la ley, obligaría como la misma ley; mas para ello se requería una promulgación de la misma condición (2). Todo matrimonio sanado en la raíz, habría sido inválido en un principio, antes de la sanación, en virtud de la ley anuladora eclesiástica, y, al mismo tiempo, habría sido válido también por causa de esa intención oculta del Papa que, en cuanto no promulgada, no podría ser eficaz.

4. Esa dependencia de las leyes eclesiásticas respecto de la condición de la futura declaración pontificia, es un hecho ficticio, supuesto por los mantenedores de esta tesis, y que no corresponde a realidad histórica alguna, pues hasta ahora ningún Soberano Pontífice ha hecho manifestación alguna de semejante intención que haya tenido al promulgar leyes eclesiásticas sobre el matrimonio o sobre otra cuestión. Es más, esa manera de promulgar las leyes sería improcedente en una sociedad visible cual es la Iglesia.

5. Los autores que propugnan esta tesis no pueden, en modo alguno, conciliarla con la práctica eclesiástica. El consentimiento matrimonial que se hace depender en cuanto a su efectividad de una condición futura y contingente al presente, es decir, cuando se celebra el matrimonio, es evidente que no puede producir todavía el vínculo matrimonial (pues la condición todavía está en un futuro imprevisible). Si se recurre a la previsión divina, y, mediante ella, quieren reducir la condición de futuro a condición de presente, entonces es cierto que deben admitir el valor inicial de ese matrimonio que, en la previsión de Dios, ha de ser sanado por la Iglesia. Pero esta lógica consecuencia

(2) «Leges instituuntur dum promulgantur», c. 3, D. IV; Canon 8, p. 1.º

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA SANACIÓN MATRIMONIAL

chocaría con las palabras de una decretal de Benedicto XIV (3) que dice: «Sed —per sanationem in radice— effectus de medio tolluntur, qui ob huiusmodi matrimonii nullitatem ante indultam dispensationem atque etiam in ipso matrimonii contrahendi actu *producti* fuerunt.»

6. Alguna vez la Iglesia exige en la sanación la renovación del consentimiento en ambas partes, lo cual ciertamente no sería procedente si ya el matrimonio hubiera sido válido desde un principio (4).

7. El matrimonio, como tal, surge en el momento de la sanación. A partir de ese punto quedan removidos los obstáculos que impedían jurídicamente la producción de sus efectos al consentimiento matrimonial prestado antes. Ese consentimiento fue naturalmente suficiente, más jurídicamente ineficaz. La sanación es una intervención de la autoridad legítima que hace que aquel consentimiento inicial produzca el matrimonio y el sacramento. Si se habla precisamente de una sanación del consentimiento, o sea de la raíz; si esa es la denominación que se da a la institución en cuestión, ¿cómo querer suponer la validez, es decir, la eficacia jurídica del matrimonio antes de la operación *sanatoria*? De ser exacta la postura de aquellos autores habría que dar otro nombre a la institución.

No ha lugar, pues, a pensar cabalmente que pueda tener viabilidad esta posición.

La tesis clásica, por el contrario, siguiendo una tradición constructiva que data del siglo XVII, aboga, en su explicación, por la eficacia retroactiva que tiene la ley que dispensa del impedimento dirimente. No hay ficción. Simplemente se dice que la dispensa se retrotrae al momento inicial del matrimonio, y la prole se hace legítima en cuanto a todos los efectos.

Valgan, por todas, las palabras de SCHMALZGRUEBER:

«Papa sic dispensando non facit, ut matrimonium reipsa non fuerit nulliter contractum, sed tantum revocat, et tollit damna, ex iure ecclesiastico profecta, et prolem restituit in statum, in quo fuisset, si lex ecclesiastica matrimonium irritans tempore matrimonii contracti non fuisset» (5).

(3) «Cum nuper» de 27 de septiembre de 1755.

(4) Vid. WERNZ-VIDAL-AGUIRRE: *Ius canonicum*, tom. V, Ius matrimoniale, Romae, 1946, not. 21, págs. 865 y 866.

(5) SCHMALZGRUEBER: *Ius ecclesiasticum universum seu lucubrationes canonicae in quinque libros Decretalium*, vol. IX, Romae, 1845, pág. 357.

2) LA FICTIO IURIS

No es lo mismo ficción de derecho que presunción de derecho. Existe ficción de derecho (6) al suponer la existencia de algo cuando por otra parte se sabe precisamente que eso mismo que se «da» por supuesto no tiene, o no ha tenido, existencia real. La ficción parece que construye en la mente del legislador unas formas que no se corresponden con una existencia efectiva. En una ficción se declara, por ejemplo, legítima la prole, a fin de favorecerla concediéndole los derechos de los hijos legítimos, cuando por otro lado se sabe con certeza, y precisamente por eso, que tales hijos han nacido fuera de matrimonio válido o putativo, es decir, que no son originaria y realmente legítimos. Se trata de una categoría que *propter favorem* les otorga el legislador. Por eso se dice con razón que «fictio cessat ubi veritas locum habere potest» (7).

La presunción de derecho supone, para su aplicación, un estado de duda. Es, como dice el canon 1.825, p. 1.º, «rei incertae probabilis coniectura» (conjetura probable que se hace de una cosa incierta). Por tanto, la presunción de derecho se acerca más a la realidad que la ficción, pues abriga una conjetura «probable», y, por el contrario, la ficción reconoce la irrealidad material como indubitada.

ALCIATO definió la *fictio iuris* como «legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio» (8). Es, pues, una disposición legal que, mediando una causa justificante, contradice, jurídicamente tan solo, a una realidad en una materia en que sea posible esa contradicción.

En esta definición la «veritas» se refiere a una categoría jurídica y no a una realidad física. Este punto del concepto de la *fictio iuris*, no deducible fácilmente de la definición, hay que subrayarlo.

CARRIERE (9) distingue dos clases de efectos de la *sanatio in radice*: los efectos reales y verdaderos, y aquellos otros que no existen sino «ex fictione

(6) Vid. H. JONE: *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, tom. III, 1955, canon. 1826, pág. 182.

(7) BARBOSA: *Axiomatum iuris usu frequentiorum expositio*, Axioma XCVIII, Fictio.

(8) *Parergon iuris*, VI, cap. I.

(9) CARRIERE, *De matrimonio*, París, 1837, tom. II, pág. 548.

iuris». Todo efecto retroactivo es ficticio. «Cum vero —dice— quod factum est infectum esse nequeat, effectum non producit (dispensatio) quoad praeteritum nisi ex fictione iuris». Los hijos nacidos antes de la sanación son «considerados» (he ahí el efecto ficticio) como legítimos.

Para GURY (10), que califica también de ficticios los efectos retroactivos de la *sanatio in radice*, los hijos nacidos antes de la concesión de la *sanatio* no son solamente «considerados» como legítimos, sino que lo son realmente.

El Código de Derecho Canónico, inspirado en este punto en la doctrina de GASPARRI, adopta la tesis de la *fictio iuris* para explicar los efectos retroactivos de la sanación. «La subsanación del matrimonio en la raíz es una revalidación del mismo —dice el canon 1.138, p. 1.º— que lleva consigo, además de la dispensa o cesación del impedimento, la dispensa de la ley que impone la renovación del consentimiento y la retracción del matrimonio al tiempo pasado, por una *ficción del derecho*, en cuanto a sus efectos canónicos».

GASPARRI dice que «Ecclesia.. per fictionem iuris retrotrahit hanc dispensationem ad initium matrimonii, nisi aliud dicatur (seu fingit hanc dispensationem fuisse concessam quando matrimonium initum fuit) ...et prolem legitimam habet ab inito matrimonio (11).

Con mayor claridad se expresa DE SMET al decir que el matrimonio comienza a ser válido «ex nunc» pero a él se le reconocen los efectos jurídicos, especialmente la legitimación de la prole, del mismo modo que si hubiese sido válido «ex tunc», es decir, en el momento de la celebración inicial del contrato, o en otro momento posterior (12). En una nota hace alusión expresa al mecanismo de la ficción: «per fictionem iuris —dice— censetur matrimonium ab initio (vel a momento intermedio) fuisse validum et effectus canonicos sortitum: in specie legitima censetur prolis ac si fuisset legitime nata, ac ita ut in omnibus aequiparetur legitimè natis» (13).

CHELODI-CIPROTTI subraya la categoría jurídica de la ficción, que supone, como hemos señalado al principio, algo evidentemente desconectado de la realidad física. Después de afirmar que el matrimonio obtiene «ex nunc» su valor y que la Iglesia no podría («cum haec sit metaphisica impossibilitas») hacer que fuera válido desde el principio, explica el poder retroactivo de la

(10) GURY, *Handbuch des Kirchenrechts*, Leipzig, 1898, II, pág. 507.

(11) GASPARRI: *Tractatus canonicus de matrimonio*, tom. II, 1932, pág. 260.

(12) DE SMET: *Tractatus theologico-canonicus de Sponsal. et matrimonio*, Brugis, 1927, pág. 623 y 624.

(13) DE SMET: *Ob. cit.*, not. I, pág. 624.

sanatio diciendo que la Iglesia puede, sin embargo, *jurídicamente*, y en lo referente a los efectos canónicos, *considerar* como válido el matrimonio. Por una *ficción* de derecho —sigue diciendo— ciertamente la dispensa se retrotrae al tiempo anterior de la celebración y consiguientemente el matrimonio, cosa perfectamente posible, se considera como válido, del mismo modo que si se hubiese celebrado desde un principio sin impedimento, abrogándose en el pretérito todos los efectos de la ley irritante; por consiguiente los hijos se consideran nacidos de justas nupcias y legítimos (14).

Los hijos serán legítimos desde el momento en que se aplica la sanación al matrimonio del que nacieron. Esta sanación tiene la eficacia de remover en el tiempo pasado el obstáculo *jurídico* que se oponía a esa legitimidad presente de tales hijos. Por eso el autor explica que: «*Haec plenissima coniugii instauratio vocatur sanatio in radice, quia iuridice (non obiective) regreditur usque ad eius originem et removet causam nullitatis*» (15). Por esta razón no nos parece exacta la expresión de BANK que, al señalar los efectos de la sanación en raíz, dice, en lo que se refiere a los hijos del matrimonio sanado: «... 4.º proles legitimae sunt a momento consensus licet invalide manifestati: *ex tunc*» (16).

WERNZ-VIDAL también se acoge a la *fictio iuris* para explicar cómo la dispensa se considera (censetur) que precede al matrimonio. Después de la ejecución de la dispensa, el matrimonio se considera como válido desde el momento de su celebración. Veamos cuáles son sus palabras textuales:

«*Praeterea quia per fictionem iuris dispensatio censetur praecedere matrimonium, post executionem dispensationis matrimonium reputatur taquam validum inde a momento primae celebrationis matrimonii, sive ut dicitur «ex tunc», et consequenter coniuges ipsi etiam ex tunc quoad effectus consentur legitimi.*»

«*Alter effectus principalis sanationis in radice est legitimatio prolis ex tunc sive inde a prima celebratione matrimonii progenitae*» (17).

Con mucha claridad se expresa CAPPELLO. «El matrimonio —dice— se hace válido «*ex nunc*» (y, para los bautizados, el sacramento comienza «*ex*

(14) CHELODI-CIPROTI: *Ius canonicum de matrimonio*, Vicenza, 1947, página 211.

(15) BANK, *Connubia canonica*, Romae, 1959, pág. 573.

(16) *Ibidem*.

(17) WERNZ: *Ob. cit.*, pág. 878.

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA SANACIÓN MATRIMONIAL

nunc»); sin embargo, en cuanto a los efectos canónicos, se considera válido «ex tunc», esto es, desde el momento de la celebración, o, si se hubiera expresamente así dispuesto, desde el tiempo intermedio. La retrotracción consiste en que la Iglesia *jurídicamente* considera al matrimonio como si ya desde el principio, esto es «ex tunc», hubiese sido *válidamente* contraído, y quita para el pretérito todos los efectos de la ley irritante. Esta retrotracción es meramente ficticia, pues se hace por una ficción de derecho. Ciertamente no se podía hacer de otro modo (18).

Del mismo modo CONTE A CORONATA explica el mecanismo de la retrotracción por medio de la ficción, y así dice que el matrimonio «fictione iuris ad momentum emissi primitus consensus naturaliter sufficientis inefficacis autem ob impedimentum ecclesiasticum aut ob defectum formae, retrotrahitur (19).

En cuanto a los hijos, este autor habla de «plena legitimitas, non legitimatio», como efecto de la sanación (así también DE SMET, CHELODI, etc.).

Algunos autores hablan de «legitimación» plenísima (como, por ejemplo, WERNZ-VIDAL), pero ya que la legitimación supone generalmente alguna limitación o excepción (20), parece más adecuado emplear la palabra «legitimidad» cuando se trata de la sanación, ya que, como dice CONTE A CORONATA, ésta hace a los hijos legítimos sin limitación (21).

Creemos también nosotros más lógico y procedente hablar de «legimitas», y no de «legitimatio», no sólo por la razón que apunta CORONATA, sino, y esto es mucho más trascendente, porque la legitimación no supondría necesariamente retroactividad, mientras que la legitimidad, reconocida a favor de un hijo que antes de la sanación ha sido ciertamente ilegítimo, entraña una visión *retrospectiva* («retrotractio», como dice la Ley) por parte del legislador, en cuyo ánimo está el propósito de restablecer lo mejor posible las cosas en el estado en que se hubieran encontrado de no haber existido el impedimento matrimonial. Para la legitimación no haría falta recurrir a la *fictio*. Para la legitimidad sí que hay que recurrir a ella, pues el hijo «ilegítimo» no puede convertirse en «legítimo», rigurosamente hablando, sino más bien «legitimarse». Por eso

(18) CAPPELLO: *Summa iuris canonici*, vol. II, Romae, 1951, pág. 382.

(19) CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, De Sacramentis, volumen III, 1946, Taurini-Romae, pág. 962.

(20) El «nisi aliud expresse cautum fuerit» del c. 1.117.

(21) CONTE A CORONATA, *ibid.*, nota 3.

parece que se hace más necesaria la ficción para explicar el cambio. Y la *factio*, tengámoslo en cuenta, es presupuesto legal.

3) LA POSICION DE BERNHARD

JEAN BERNHARD, en dos importantes trabajos publicados sobre la materia (22), se muestra poco partidario de la teoría de la *factio iuris* aplicada a la sanación en raíz del matrimonio. Pone en tela de juicio científico la teoría de GASPARRI, plasmada en el Código, como informada tal vez por la corriente de los autores que habían dado a la ficción una explicación distinta a la genuina del derecho romano. No hay que olvidar, a este respecto, que el concepto romano de la ficción, y que afecta a las cualidades jurídicas y no a las realidades físicas, es el punto de partida, como dice el mismo BERNHARD (23), de la institución canónica auténtica.

BERNHARD rechaza la teoría de la *factio* porque la supone inadecuada, en el sentido de que no se ajusta al verdadero carácter que la *factio iuris* tiene en el derecho romano. «¿No valdría más —dice este autor sin rodeos— suprimir en el texto oficial los términos «per fictionem iuris», y abandonar a los canonistas el cuidado de analizar el mecanismo interno de la retroactividad de la «sanatio in radice?» (24).

En otro lugar el autor nos dice que «a partir del momento B (que es el de la concesión de la sanación) los hijos nacidos de matrimonio nulo entre A (momento del «initium matrimonii») y B son, en virtud del canon 1.138. p. 1.º, legítimos después de A: lo que implica necesariamente la supresión de su ilegitimidad primera. El fundamento físico de la ilegitimidad primitiva —sigue diciendo— quedará siempre, pues el legislador no puede modificar la naturaleza metafísica de los hechos, pero al estado jurídico de ilegitimidad, basado en el canon 1.114, sucede el estado jurídico de legítimi-

(22) JEAN BERNHARD: «Propos sur la nature juridique de la sanatio in radice dans le droit canonique actuel», en *Ephemerides iuris canonici*, vol. IV, 1948, págs. 389-406; y «L'explication juridique de la retroactivité de la sanatio in radice dans la doctrine canonique moderne», en *Ephemerides iuris canonici*, vol. VII, 1951, págs. 80-88.

(23) JEAN BERNHARD: *L'explication juridique...*, pág. 85.

(24) JEAN BERNHARD: *L'explication juridique...*, pág. 88.

dad fundado en el canon 1.138, p. 1.º Asistimos —dice— a una sucesión de estados jurídicos tan reales jurídicamente el uno como el otro».

Continúa el autor: «Y si después del momento B, los hijos nacidos de matrimonio nulo entre A y B son, jurídicamente hablando, legítimos después de A, es, pues, que no son solamente considerados como tales, así como dice la doctrina común. Esta distinción merece ser indicada; en el primer caso, la legitimidad retroactiva es un hecho jurídico real, en el segundo, un hecho jurídico supuesto.»

Y más abajo concluye: «Nos queda que motivar jurídicamente la sustitución de la legitimidad (estado jurídico real) a un pasado jurídico no menos real (la ilegitimidad primitiva)». «La explicación más simple —dice— consistiría en suprimir en el canon 1.138, p. 1.º, las palabras «per fictionem iuris». «El hijo nacido de un matrimonio sanado en su raíz sería declarado legítimo retroactivamente, en virtud de la ley. No parece que el derecho natural sería frustrado, y sería suficiente modificar en consecuencia el canon 1.114. La regla sería la siguiente: son legítimos los hijos concebidos o nacidos de un matrimonio válido, putativo o sanado en su raíz...» (25).

«Proponemos —dice BERNHARD— que se vuelva a tomar sencillamente la explicación jurídica tradicional de la «sanatio in radice», a saber, la abrogación particular de la ley irritante, con anulación de sus efectos jurídicos pasados. Esta solución presenta la ventaja de aplicar un principio jurídico universalmente admitido» (26).

Es curioso analizar las palabras del autor con las que termina el razonamiento de su teoría. Dice así:

«No ha lugar a *considerar* que el legislador ha acordado la dispensa en el momento de la celebración del matrimonio, sino que él abroga efectivamente (para el caso particular del matrimonio que se ha de sanar en la raíz), en el momento de la concesión de la «sanatio in radice», la ley irritante que en otro tiempo se había opuesto a la eficacia jurídica del consentimiento inicial: esta disposición retroactiva del legislador anula ciertamente un estado jurídico pasado, pero sin que sea necesario sustituir una cualidad jurídica a sabiendas falsa en lugar de otra que en realidad no continúa subsistiendo menos. Ninguna confusión de éstas existe en nuestra explicación, pues no nos encontramos allí en presencia de dos categorías jurídicas simultáneas;

(25) JEAN BERNHARD: *Propos sur la nature...*, págs. 402 y 403.

(26) *Ibidem*, pág. 403.

no hay allí más que una, la segunda absorbiendo a la primera. En efecto, resulta de la abrogación retroactiva de la ley del impedimento, que la ilegitimidad primera es suprimida en el momento B (en el de la concesión de la sanación); de manera que a partir de B el consentimiento inicial se hará tan válido como posible, es decir, en cuanto a sus efectos jurídicos según el sentido del canon 1.138, p. 1.º» (27).

De estos largos párrafos, que casi integralmente hemos transcrito para aquilatar con exactitud el pensamiento del autor, colige éste que no existe ninguna confusión, que no estamos allí en presencia de dos categorías jurídicas simultáneas, sino que una, la segunda, absorbe a la primera («nous n'y sommes pas en présence de deux catégories juridiques simultanées; il n'y en a qu'une, la seconde absorbant la première»). Ahora bien, preguntamos nosotros: ¿Puede la tesis de la ficción, rectamente entendida, suponer o imaginar tal confusión de categorías jurídicas? La confusión, inverosímil por cierto, existiría si se tratase, no de categorías, sino de realidades. Mas, tratándose de meras categorías jurídicas, tan sólo pensamos que cabe una absorción (como el autor dice) de una categoría por la otra.

¿Qué dificultad existe, por otra parte, para explicar esa absorción por medio de la *ficción*, que allanaría en este caso el evidente inconveniente teórico del mecanismo mismo de esa sustitución de categorías?

Es cierto que los hijos, nacidos antes de la sanación del matrimonio ahora sanado, no sólo son considerados, sino que son verdaderamente legítimos, que hay una sustitución de categorías, que una de ellas absorbe, por así decirlo, a la otra; pero no es menos cierto, a nuestro parecer al menos, que esa sustitución se opera mediante un procedimiento ficticio, pues la legitimidad de un hijo, hoy por hoy sólo puede conseguirse según la taxativa normatividad del canon 1.114, que para nada se refiere a la sanación en raíz. No cabe «*iure condito*» otra posibilidad de obtener un hijo legítimo que mediante dicho canon. Si en la sanación suprimimos la ficción, el elemento ficticio, entonces la sustitución de categorías quedaría reducida a un mero procedimiento de «legitimación» por rescripto pontificio, pero no se trataría de verdadera legitimidad, como el autor propugna. Luego, resulta ineludible acudir al procedimiento técnico de la ficción (con toda su vaguedad e imperfección) para explicar todo este sutil mecanismo.

(27) BERNHARD: *Propos sur la nature...*, págs. 403 y 404.

LA FICCIÓN EN LA RETROACTIVIDAD DE LA SANACIÓN MATRIMONIAL

Es evidente que los hijos, después de la sanación, son legítimos realmente, y no «meramente considerados» como tales. En este último punto de «considerar» a los hijos como legítimos, flaquea evidentemente la doctrina común (como apunta el autor), y en ello damos toda la razón a BERNHARD. Pero, sin embargo, no estamos de acuerdo con él en creer que sería más perfecta la noción teórica del procedimiento sustitutivo, eliminando la *fictio* de la teoría.

4) LA VERDADERA INTERPRETACION DE LA «FICTIO IURIS» EN EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS CANONICOS DEL MATRIMONIO

La ficción, en nuestro caso, creemos que consiste en admitir la concomitancia o, mejor aún, relacionar el matrimonio sanado y el hecho del nacimiento a partir del momento de la sanación. Que se trata de una *fictio iuris* es evidente, ya que esta construcción no altera por supuesto los hechos en su realización temporal; el matrimonio empieza a ser válido en el momento de la sanación (28) y el nacimiento se supone, conforme a la realidad, verificado en el tiempo anterior a aquélla. La ficción, *in casu*, tan sólo admite la concomitancia de ambos hechos como mera categoría jurídica de ellos; concomitancia o relación que, en este sentido y en cuanto sólo es una categoría jurídica, excluye los supuestos de hecho contrarios a la realidad.

Si la ficción supusiera alguna transposición de hechos, v. g.: considerar que el matrimonio fue válido o existió en el momento de su realización inicial, o, por el contrario, que el nacimiento se verificó después de la revalidación o sanación del consentimiento matrimonial, entonces llegaríamos a consecuencias irreales en el orden físico y material. En el primer supuesto habríamos de reconocer legítimos a los hijos en una época (la que antecede a la sanación) en que realmente no lo fueron; en el segundo tendríamos que reconocer la inexistencia de esos hijos en aquellas mismas fechas anteriores a la sanación. Pero no es éste el mecanismo de la ficción operante en la sanación. En esta última cabe tan sólo la ficción de derecho. Según se desprende de la consideración del derecho romano, dice DEKKERS:

(28) De aquí deriva una importante consecuencia práctica, y es que un matrimonio sanado en su raíz puede ser disuelto mediante dispensa *super rato* a pesar de la consumación anterior, si es que los ahora cónyuges no han tenido relaciones conyugales después de la sanación. Vid. esto en BERTOLA: *Il matrimonio religioso* (Dir. matrimoniale canonico), 3 ediz. Torino, pág. 247.

1.º «El punto de vista de las realidades físicas es extraño a esta teoría, que queda limitada al dominio jurídico.» «Las realidades físicas no tienen nada que ver en todo esto. Sólo entra en juego la propiedad de las cualidades jurídicas.»

2.º «La ficción de derecho es un procedimiento técnico que consiste en situar por el pensamiento un hecho, una cosa o una persona en una categoría jurídica a sabiendas impropia, para que salga beneficiada con tal solución práctica, según corresponde a esta categoría.» «La ficción jurídica consiste en dar valor (*consacrer*, dice el autor) no tanto a una irrealidad natural cuanto a un error jurídico» (29).

Por esta razón, en el mecanismo de la *fictio iuris*, tan sólo se puede fingir la categoría jurídica, que en este caso es la concomitancia o relación de esos dos hechos (matrimonio y nacimiento), relación desconectada de todo el lastre fáctico.

El legislador se encuentra con que hay que legitimar plenamente a unos hijos que han nacido de un matrimonio inválido, y que esta legitimación (o mejor dicho, legitimidad) se ha de obrar en virtud de la misma sanación. Es cierto que la sanación tiene un efecto retroactivo (*vis quaedam retroactiva*, como dice WERNZ) en cuanto que hace legítimos (no legitimados como suponía WERNZ) a unos hijos que, en virtud del nacimiento (hecho pasado), no lo serían de ninguna forma. Los hace legítimos mirando al pasado. Si el canon 1.114 dice que son legítimos los hijos «concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo», el matrimonio válido o putativo opera, por así decirlo, sobre el nacimiento para hacer así legítimo al nacido. Normalmente se da esta virtualidad del matrimonio cuando éste antecede al nacimiento. Pero ¿y en el caso inverso en que el nacimiento precedió al matrimonio? Entonces hay que reconocer esa misma virtualidad, pero *retrospectiva*, al matrimonio, para que, de esta forma, el hijo sea legítimo en los términos del canon 1.114, y no meramente *legitimado* «*rescripto principis*».

Esa retroactividad de la sanación supone una ficción, no en el sentido de que, mediante esa ficción, la dispensa se entienda concedida en el momento de la celebración del matrimonio (lo cual sería imposible de fingir, como acabamos de demostrar), sino en el de que se reconoce al matrimonio re-

(29) DEKKERS: *La fiction juridique*, París, 1935, págs. 23 y 86, citado por BERNHARD.

validado, y a partir del momento de la revalidación (único tiempo que cae realmente bajo el imperio de la norma sanatoria), una cualidad jurídica pura y simple que le relaciona con el hecho pasado del nacimiento. En este sentido y no en el puramente material, el efecto retroactivo tiene un carácter de ficción. No es la ficción como supuesto contrario a la realidad física, sino la ficción como supuesto contrario a la realidad jurídica. Supuesto contrario a la realidad jurídica en cuanto que la efectividad actual del matrimonio sanado respecto a los hijos que nacieron antes, se resuelve mediante la ficción de una categoría jurídica que esos hijos no tienen y que, sin embargo, se les reconoce. Y se les reconoce mirando, por así decirlo, al pasado.

Se les reconoce: ficción. *Proyectando* el vínculo presente al nacimiento pasado: retracción.

5) CONCLUSION

Subrayamos el papel indispensable que la teoría de la *fictio* desempeña en la explicación adecuada de la retracción de los efectos jurídicos en la sanación en raíz del matrimonio. La doctrina clásica, en este sentido, ha sido superada por el Código. No admitimos, por tanto, la conclusión de BERNHARD de que sería mejor prescindir de la «*fictio*» en la sanación matrimonial.

Es muy acertado el adverbio *juridicamente* que algunos autores recientes insertan en su exposición teórica del mecanismo de la retroactividad.

Rechazamos la tesis de los que insinúan que los hijos no se «hacen» sino que se «consideran» legítimos.

Nosotros hemos explicado la *retrotractio ad praeteritum* como una especie de deducción que de un hecho pasado (el nacimiento) hace el legislador en el momento presente en que otorga la dispensa sanatoria, o, mejor aún, como una proyección del vínculo matrimonial *presente* al hecho *pasado* del nacimiento para así hacer legítimos, y no meramente legitimados, a unos hijos en virtud del canon 1.114. Por eso y para dar esa fuerza retrospectiva a los términos del 1.114 era preciso recurrir a una ficción... y ficción de derecho.

ACABÓSE DE IMPRIMIR ESTE LIBRO
EN LA TIPOGRAFÍA MODERNA DE LA
CIUDAD DE VALENCIA, EL DÍA 12 DE
JUNIO DE 1961, FESTIVIDAD DE SAN
LEÓN III, PAPA

LAUS  DEO