



LA REPRESENTACIÓN PROMÍSCUA

I

La representación promiscua del Ministerio de Menores con los padres en ejercicio de la patria potestad ¿es realmente una institución de nuestro código civil?

Los glosadores sostienen que lo es. Al comentar el artículo 59 y sus correlativos, Segovia y Machado lo afirman sin reservas. Llerena la admite sólo en ciertas y determinadas circunstancias. "Nuestra opinión — escribe — es que la intervención del Ministerio de Menores cuando el padre legítimo administra los bienes de sus hijos solo debe tener lugar en aquellos casos en que para obrar le es necesaria al padre la autorización judicial, tales como en los del artículo 97 u otros expresamente determinados".

Las decisiones judiciales, desde cuarenta años a esta parte, han girado sobre ambas opiniones sin decidirse por ninguna. Imprecisas, anodinas, carentes de ese nervio que dá fuerza y vigor a una ideación y la hace actuar con eficacia en la vida del derecho, ellas no han hecho hasta ahora más que orillar la cuestión sin resolverla. Con frecuencia, diariamente casi, las crónicas forenses nos hacen conocer a la vez que resoluciones en las que los magistrados, vacilantes y perplejos, manifiestan sus dudas sobre el alcance impreciso de la representación promiscua, otras por las

cuales se anulan actuaciones de uno, cinco, o diez años, elaboradas en expedientes tan gruesos como dispendiosos, solo porque el actuario se olvidó de dar intervención al Asesor de Menores en alguna diligencia.

De esa disparidad en la manera de apreciar las instituciones más claras y precisas de la codificación, ha nacido la costumbre, arraigada ya en los tribunales del país, de invocar subsunciones en que prime una u otra "interpretación", según convenga al fin que se persigue, como "casos de jurisprudencia". Son pocos los negocios judiciales en los que, mientras el escrito del actor afianza sus argumentos substanciales en determinada sentencia de tal juez, el demandado los refuta con los considerandos de otro fallo de otro juez que, al dirimir una cuestión semejante a la *sub lite*, "sentó" una "jurisprudencia" contraria a la de aquel. Al calor de esa práctica viciosa, tan contraria al desarrollo armonioso del derecho, ha florecido una verdadera literatura de llamados repertorios de jurisprudencia, donde la holgazanería encuentra sin mayor trabajo las recetas aplicables a todas las situaciones que se quiera. Y como la función hace el órgano, según es bien sabido, el apego a esa rutina ha diferenciado al abogado "práctico", dudo en el metier, hábil en el mecanismo de la profesión, por contraposición al que estudia para resolver los problemas del derecho.

Al estudiar el régimen de los menores en nuestra ley civil, conviene, pues, apartarse de los antecedentes judiciales. No existe una jurisprudencia en la materia de la representación de tales incapaces, aún cuando los letrados afirmen lo contrario. Jurisprudencia quiere decir tanto como uniformidad en el concepto de un sistema determinado de normas positivas; quiere decir tanto como continuidad en la hermenéutica jurídica; quiere decir todo eso y algo más hondo y fundamental aún: la armonía indestructible, viviente, eficaz y en perpétua evolución de la ley con la conciencia jurídica del pueblo. A cada momento histórico de la vida colectiva corresponde una manera característica de apreciar sus

normas de derecho: eso es la jurisprudencia. Y no se puede ni se debe designar con ese nombre a lo que sólo es una serie de decisiones más o menos arbitrarias.

II

Todos los argumentos aducidos por los comentaristas para sostener que el código civil ha instituído la representación promiscua señalada se reducen a estos tres:

1.º Si se exceptuara de esa representación a los hijos bajo la autoridad paterna se extendería el mandato de la ley a un caso no previsto por la misma desde que la única excepción que ha establecido es la que se refiere a las mujeres casadas.

2.º En nuestro sistema de administración de los bienes de los incapaces se ha equiparado el padre al tutor, sin que haya diferencia en cuanto a la extensión de sus autoridades respectivas.

3.º El artículo 494 pena con nulidad los actos y contratos, sin excepción alguna, en que se interesen los bienes de los incapaces y que se hayan verificado sin intervención del Ministerio de Menores.

En el libro de Machado se enumeran otros tres, — consignados también en la obra escrita por el doctor Segovia en 1881—: pero, repito, todos ellos se pueden refundir en los expuestos sin detrimento alguno y antes, por el contrario, con evidente ventaja para el estudio. Así, el que el comentarista designa con el número uno, que renueva por vía de argumento lo que solo es un principio de interpretación: *ubi lex nec distingue*; así el que señala con el número cuatro, que se remonta a fuentes originarias que no existen; y así el que señala con el número cinco, que se afianza precisamente en lo que se quiere demostrar

Conviene pues, analizarlos, en la forma en que los he sintetizado.

III

El primer razonamiento se ha originado en la disposición del artículo 60. Es él el responsable. El doctor Segovia fué quién lo consignó en la nota pertinente como razón para afirmar que “ese artículo no exceptúa a los menores bajo la patria potestad.”

Y en verdad, ese precepto no exceptúa a los menores bajo la patria potestad; se refiere a las mujeres casadas. ¿Y? ¿Ha de seguirse de ahí que el código instituye la representación promiscua?

Sostener la afirmativa es sostener la lógica del personaje aquel de Larra que resolvió a su favor una controversia sobre economía política afianzándose en que su adversario tenía una verruga en la nariz...

El artículo 60 crea una excepción a lo preceptuado por el artículo 59, artículo en cuya virtud “a más de los representantes necesarios los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores”.

¿Cuáles son esos incapaces con cuyos representantes debe actuar promiscuamente el Ministerio pupilar? El artículo 57 nos lo dice: de las personas por nacer: sus padres, y a falta o incapacidad de estos, los curadores que se les nombre; de los menores impúberes o adultos: sus tutores; de los dementes, sordo-mudo, o ausentes: sus padres, y a falta o incapacidad de estos, los curadores que se les nombre; de las mujeres casadas, sus maridos. Como se vé, este artículo 57 es claro e indubitable en su designio de excluir de su enumeración a los menores sujetos a la patria potestad. En consecuencia, si se le puede observar que su redacción incurre en el error de suponer que en algún caso pueden existir “personas por nacer” a quienes falten los padres, cuando todavía la ciencia no ha resuelto el problema de la generación espontánea, no se puede atribuir a inadvertencia la omisión de una excepción semejante a la creada para las mujeres casadas.

Si el artículo 57 hubiera incluido a los padres entre los representantes de los incapaces, el argumento de los comentaristas cobraría una eficacia indiscutible; solo una declaración como la contenida en el artículo 60 les hubiera exceptuado de la representación promiscua; pero habiendo ocurrido lo contrario, ella carece de objeto, de sentido y de valor.

IV

El segundo argumento se apoya en que el codificador, al consagrar la doctrina francesa que equipara el padre al tutor, ha consagrado también la representación promiscua.

Se puede admitir sin inconveniente alguno que las funciones del tutor sean equiparables a las del padre en ejercicio de la patria potestad. Numerosas disposiciones del título VII del libro I°, particularmente las de los artículos 411 a 415, tienen semejanzas apreciables a la simple lectura con las del título III° del mismo libro. Más aún, algunas de las de este último lugar prohíben a los padres que realicen ciertos y determinados actos de la vida civil sobre los bienes de sus hijos sin especial autorización del juez del domicilio (artículos 297 y 298. Véase también el artículo 61).

Pero ¿se puede y debe seguir de esta semejanza que el código haya instituido la representación inseparable del padre con el Ministerio de Menores? La afirmativa extiende demasiado el argumento de suyo elástico e impreciso. Pueden coexistir en nuestra ley el sistema de la representación promiscua de los representantes de incapaces de que habla el artículo 57 con el Ministerio pupilar, al lado de la representación unilateral de los padres en ejercicio de la patria potestad.

Razones apodícticas militan para ello. Es una de ellas la que Segovia mismo expresa en la nota al artículo 60 cuando opina que si se ha exceptuado de la dualidad representativa al ma-

rido respecto de su esposa, con más razón debía exceptuarse al padre respecto de su hijo, salvo en ciertos y determinados negocios.

La patria potestad es diferente, esencialmente diferente de la tutoría, bien que tenga sus puntos de contacto. Segovia, al comentar el artículo 297, observa que la primera es mucho más extensa que la segunda. Y Machado, que al pié del artículo 59 ha catalogado como argumento de su tesis la semejanza señalada, no puede menos que reconocer, al examinar el artículo 264, que la potestad paterna va mucho más allá de donde va la administración tutelar.

La diferencia no puede discutirse sino a condición de negar lo que es notorio. Mientras el código protege a los incapaces del artículo 57, "al solo efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina" (artículo 58); la patria potestad comprende el conjunto de los derechos que las leyes conceden (reconocen) a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en las personas y bienes de los mismos (artículo 264). En aquellos el Estado para protegerlos suple la falta del favor paterno; en estos la ley no hace otra cosa que reconocer con sus sanciones eso que por obra de la naturaleza es la proyección persistente del hombre en el tiempo y el espacio. Para aquellos el Estado "crea" una institución artificial; para estos "reconoce" un estado de cosas anterior a la ley misma.

No son, pues instituciones idénticas la tutoría y la patria potestad. En consecuencia, las normas positivas que las rigen no son ni serán nunca semejantes, como no sea en una expresión verbal estéril y falaz.

La protección de la infancia ha sido siempre una preocupación de las legislaciones, cuyo móvil secreto se conoce; pero ella no puede ni debe ir más lejos de donde sea necesario. La acción del Estado, en este orden de consideraciones, es plausible cuando se manifiesta allí donde hace falta. Entre nosotros ningún motivo digno de consideración justificaria un afán intervencionista que

lo único que haría sería importarnos el Estado-nodriz, porque al grado de cultura conseguido en las relaciones domésticas no corresponde más celo que el de los progenitores.

La comprensión extraordinaria del codificador ha penetrado muy hondo en el problema para que podamos atribuirle un propósito tan contrario a su actitud al suprimir todas las trabas de la legislación antigua. Deliberadamente exceptuó de la promiscuidad a la representación de los padres en ejercicio de la patria potestad. Lo comprueba no solamente la exclusión del artículo 57, no solamente el obstinado silencio guardado en aquellos casos en que el padre está impedido de obrar sin la autorización del juez del domicilio, no solamente la opinión de la mayoría del senado nacional manifestada al discutirse la enmienda propuesta al artículo 57 con el designio de evitar que los menores sujetos a la patria potestad fueran comprendidos entre los incapaces representados promiscuamente por el Ministerio pupilar, (Llerena, comentarios, sobre el artículo 59, N° 3); sí que también porque así lo ha expresado al referirse a las personas por nacer.

El artículo 69 circunscribe la intervención del Ministerio de Menores, en relación a las personas por nacer, al día del parto. Desde ese instante, dice el código, comienza la representación de los menores. ¿Quién la ejercerá? El padre. Pero el padre y nadie más, porque si el designio de la ley fuere de que ella sea ejercida por éste a la vez que por el Ministerio pupilar no hubiera sido necesario que la hiciera cesar por un concepto para comenzar por otro. La cesación de la representación demuestra, pues, que desde entonces el padre única y exclusivamente sigue ejerciéndola.

V

El tercer argumento es de Machado. Ni a Segovia ni a Llerena, que escribieron antes que él, se les había ocurrido mencionarlo; lo que hace presumir que no lo reputaron eficaz.

Y así es, en efecto. Descansa en lo estatuído por el artículo 494 cuya sanción generaliza de tal modo que la extiende a todas las situaciones én que intervengan incapaces, cualquiera sea la persona que les represente.

El artículo 59. al referirse al Ministerio de Menores lo consagra como parte “esencial” en “todo acto y todo juicio”. Como si esto no fuere suficiente para nulificar virtualmente “todo acto y todo juicio” en que se omita lo “esencial”, le ha impuesto la pena de nulidad, de nulidad inconfirmable porque afecta al orden público, y que no ha menester que se la juzgue para ser tal, en los artículos 1038, 1041 y 1042. Pero si como todo ello no bastase todavía, el comentarista afirma que el artículo 494, al decir que son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas de los menores e incapaces si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores, reitera aquellas declaraciones y las vincula a la situación jurídica de los menores sujetos a la patria potestad.

¿Qué objeto perseguiría esta tantología de la ley? ¿No basta, no es clara y eficaz la sanción del artículo 59?

Invocar el contenido del artículo 494 en apoyo de la tesis de la representación promiscua del Ministerio pupilar con los padres en ejercicio de la patria potestad es tanto como reconocer que los artículos 57, 59 y 60 son insuficientes para demostrar que ella sea una institución del código civil. Solo a esa condición se puede admitir como argumento que los padres en ejercicio de la patria potestad no habiendo sido comprendidos en la enumeración del artículo 57 y, por ende, en lo estatuído por el artículo 59, lo hubieran sido por el artículo 494.

Este argumento excluye en cierto modo a los demás. Pero aún cuando para dilucidar este problema sea menester tomarlo en cuenta, es evidente que no aporta más luces al debate que los que se han consignado en la obra de Segovia y que las escritas después de ella no han hecho más que repetir con diferencias de forma y de detalle.

La colocación del artículo 494 al final de los preceptos del título XIV, libro 1º, sección IIª. relativos al Ministerio pupilar demuestra a la luz de una aceptable hermenéutica legal que su disposición se refiere a lo estatuido por los artículos 491, 492 y 493, todos los cuales hablan tan solo de la curatela y de la tutela. El título entero, pues, está dedicado única y exclusivamente a estas dos instituciones del derecho; y es natural que no aluda a las personas por nacer desde que ellas se rigen por los preceptos del título IIIº.

El artículo 494, examinado a la luz de la economía del código civil no consagra, pues, la representación promiscua de la cuestión propuesta.

VI

El comentario mismo de Machado es adverso a su teoría.

Veámoslo:

Habla el comentarista: “El Ministerio de Menores no interviene en los actos y contratos de los menores o incapaces, cuyos guardadores no podrían aceptar una posición de dependencia que disminuiría su autoridad moral” (nota al artículo 493). La terminología del código es inexacta, “el Ministerio de Menores no interviene sino en los actos judiciales” (nota al artículo 494).

Acepta, pues, la distinción, — tan discutida sin embargo, — entre los actos jurídicos y los actos judiciales, y afirma de seguida que el Ministerio de Menores solo debe intervenir en los segundos.

Cuando el doctor Varela, defendiendo un asunto personal, expuso por primera vez la teoría que distingue el acto jurídico del acto judicial, sostuvo que si el código civil ha podido reglar la forma, la validez y la nulidad de los actos jurídicos, nada ha podido estatuir respecto de los actos judiciales porque los procedimientos mediante los cuales han de producirse son materia ajena a la legislación civil. Los términos de su manera de pensar no fue-

ron alterados por el interesantísimo debate que siguió a su exposición, en que tomaron parte principal el doctor Juan B. Ferreira y el doctor Salvador de la Colina. Quedó, pues, sintetizada así: respecto de los actos jurídicos impera la ley de fondo; respecto de los actos judiciales impera la ley de forma.

Machado, que la acepta, como acaba de verse, no ha advertido, sin embargo, que su exégesis jurídica transcripta relativa al Ministerio de Menores le crea una contradicción inexcusable en el autor de la Exposición y Comentario del Código Civil. Cuando él dice que el artículo 494 excluye al Ministerio de Menores de los actos jurídicos que celebraren los tutores o curadores y que solo exige su promiscuidad en aquellos de carácter judicial ¿qué otra cosa hace sinó negar lo que afirma la doctrina mencionada?

No para ahí la inadvertencia. Si se admite que Machado haya inventado una doctrina diferente de la del doctor Varela — supuesto que formulo nada más que a los efectos de la dilucidación jurídica — llegaremos a otra conclusión más grave todavía; llegaremos de manera directa, irreductible, a poner al distinguido glosador en el aprieto de destruir con sus propios argumentos el motivo, para él fundamental, que le hace sostener la tesis de la representación promiscua. En efecto, si el artículo 494 se refiriese únicamente a los actos judiciales — como tendría que ser en el supuesto formulado — vá de sí que ese precepto nada tiene que ver con lo estatuido por el artículo 59 en relación con el 57. Estos últimos se referirían a los actos jurídicos y aquel a los actos judiciales. He ahí, pues, la prueba dada por el mismo glosador, de la ineficacia del argumento último de su tesis que hace de la representación promiscua discutida una institución del código civil.

VII

Y después de todo ¿en qué hemos de quedar? ¿Aceptaremos, ante la inconsistencia de las otras la opinión recordada de Llerena?

Es necesario acostumbrarse a la idea de que un código civil es tanto más claro y más preciso cuanto menos se le quiera “interpretar”. Si es un cuerpo hecho con ciencia, su sentido está en sí mismo, es decir en sus preceptos. No puede haber asunto de la vida cotidiana que no sea susceptible de ser resuelto por él mismo, — a menos, claro está, que se trate de situaciones nuevas creadas por la evolución jurídica del medio — Comentarlos es casi siempre obscurecerlos; mejor es aprenderlos a manejar, vinculando sus principios a la vida. Se debe desconfiar de los maestros que forman abogados a base de distingos y sutilezas teológicas, y se debe repudiar a los magistrados que disfrazan su ignorancia o su holgazanera, o ambas cosas a la vez, recurriendo a la socorrida paleontología cerebral de huecos “principios generales de la filosofía”, que no entienden, cuando las normas positivas son sencillas y claras y precisas.

El código no dice en parte alguna que el Ministerio pupilar — esa mujer con cola que baila en todos los litigios — deba intervenir en los casos en que el padre en ejercicio de la patria potestad solicita la autorización del juez del domicilio; luego, el padre debe ir solo. Y la teoría de Llerena es inexacta e infundada porque no se apoya en otra cosa que no sea su opinión que, con todo y ser en alto grado respetable, no es la ley.

En conclusión, nada autoriza a creer que la representación promiscua del Ministerio de Menores con los padres en ejercicio de la patria potestad sea realmente una institución de nuestro código civil.

SAUL ALEJANDRO TABORDA.
