

no sería de estimar la infracción de los arts. 201, 231, 232, 234, 236, 278, 280, 281, 283 y 305 del Código civil por la aprobación de las cuentas de aquella, no justificándose que por consecuencia de las supuestas irregularidades hayan sobrevenido perjuicios para el menor, ni que el tutor en el ejercicio de su cargo los haya causado prevaliéndose de aquéllas (1).

En el propio caso, no se infringen los arts. 264 y 269 del Código, si el tutor entregó al menor para su sustento y alimentación cantidades de su hijuela, autorizado al efecto por el consejo de familia; cuyas entregas no constituyen los pagos hechos a un menor, a que se refiere el art. 1.163, en relación con el 1.264 (2).

Los preceptos de los arts. 281, 282 y 283 del Código civil y las obligaciones que a los mismos se refieren, no se oponen a que el menor llegado a la mayor edad, proceda en lo que afecte a sus intereses, con plenitud de capacidad, en tanto en cuanto los derechos del tutor no sean perjudicados por los actos de aquél; actos que dada su validez, y en tales condiciones realizados, no sólo no obstan, sino que pueden servir de base para que el tutor cumpla las obligaciones que le imponen los referidos preceptos legales (3).

El precepto del art. 279 del Código civil no obsta para que el tutor relevado de la dación de cuentas pueda dar las que estime convenientes al ejercicio de algún derecho que le interese (4).

Es doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 1.º de Octubre de 1897 de acuerdo con el espíritu de los arts. 879, 880 y 881 del Código civil, por la íntima relación que guardan entre sí, que el tutor a quien se ha deferido la tutela con la asignación de frutos por alimentos, no está obligado a rendir cuentas anuales ni generales de su gestión como tutor, y que la obligación de rendirlas a la excusión de ellas, en el caso expresado, no excluye el derecho que tienen el menor ó el incapacitado cuando han salido de esta condición de exigir del tutor, por acción distinta, reparación de cualquiera clase de perjuicios que haya podido irrogarles durante el desempeño de su cargo, y entendiéndolo así la Sala sentenciadora no infringe los arts. 237 al 240 del Código civil (5).

La asignación de frutos por alimentos, ya se haga por testamento, ya por el consejo de familia, no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y reas de los bienes de su pupilo, sino que implica la obligación correlativa con aquel derecho, no sólo de administrar los bienes del menor ó incapacitado, sino también de suministrarle alimento, vestido y educación con arreglo a su clase y circunstancias, de tal modo, que el incumplimiento de estos deberes priva necesariamente al tutor del derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal del menor, porque así se desprende del sentido recto y gramatical de la locución «frutos por alimentos» y porque la interpretación contraria constituiría un beneficio notorio para el tutor, con daño de los intereses del pupilo, lo cual se opone a los principios fundamentales de la institución tutelar (6).

En cuanto la Sala sentenciadora estima que nombrada tutora la abuela paterna de un menor no puede ser separada sin ser oída, por tener ya inscrita

(1) Sent. 3 Octubre 1902.

(2) Idem id.

(3) Sent. 22 Julio 1904.

(4) Sent. 14 Noviembre 1904.

(5) Sent. 28 Noviembre 1905.

(6) Idem id.

su tutela en el respectivo Registro. infringe los arts. 234 y 243 del Código, si el nombramiento de aquella no aparece hecho por razón de su mejor derecho sobre el abuelo materno, sino por la supuesta incapacidad de éste, quedando consiguientemente subordinado aquél a la resolución definitiva de dicha incapacidad, no siendo, por lo tanto, aplicables para dicha tutora, realmente interina, las reglas y condiciones de la remoción y si el precepto del art. 243, mientras estuvo pendiente la cuestión de remoción del protutor, resultando asimismo infringido por aplicación inoportuna el 234, porque este artículo no se opone a que un protutor pueda ser nombrado tutor sin perjuicio de cumplir después y en consecuencia con todas las demás formalidades legales antes de que el nuevo tutor entre en el ejercicio de su cargo (1).

48. CRITERIO ESPECIAL DE TRANSICIÓN.—La octava disposición transitoria del Código civil dispone que los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción a ella conservarán su cargo, sometiéndose en cuanto a su ejercicio a las disposiciones del mismo Código (2).

No se infringe la disposición primera de las transitorias para la aplicación del Código civil, porque antes de la publicación de éste no existía el derecho de la menor a que su tutela fuera ejercida con arreglo a la legislación antigua, fundada en haber contraído la madre de aquella su segundo matrimonio antes de la publicación del Código, toda vez que la tutela nació del nombramiento hecho por la madre de la menor en su testamento de 20 de Septiembre de 1891, y este hecho, generador del derecho a la tutela, ocurrió después de la publicación del Código, no teniendo aplicación tampoco la octava de las mismas disposiciones transitorias, porque ésta habla de tutores y curadores nombrados bajo el régimen anterior y con sujeción a ella, y no a los nombrados bajo el régimen del vigente Código (3).

§ 5.º

Explicación.

49. Coinciden el Derecho anterior y el Código civil en el reconocimiento de la necesidad de aquella institución llamada *tutela*, comprendida entre las *cuasi-familiares*; pero discrepan fundamentalmente en cuanto a su organización. Mientras el régimen tutelar de la legislación precedente se diversificaba en las dos especies, *tutela* y *curatela*, como medios *preventivos*, los cuales se complementaban con el *represivo* ó *reparatorio* de la *restitución por entero*, se adopta en el Código civil para la protección de los menores de edad y de los incapacitados, el criterio de la *unidad de guarda*, siquiera no puede decirse, ni mucho menos, que se realiza con perfección y con lógica, refundiendo en lo que se llama *tutela* las dos instituciones de carácter *preventivo*, tratando de imitar hasta cierto punto el criterio adoptado por importantes legislaciones extranjeras (4), y borrando de nuestro Derecho la de carácter *represivo* y extraordinario de la *restitución in integrum* (5).

(1) Sent. 19 Octubre 1907.

(2) Sent. 27 Junio 1891.

(3) Sent. 1.º Mayo 1894.

(4) Como las de Francia, Italia, Portugal y Alemania.

(5) No sólo por el silencio que el Código guarda acerca de esta institución, sino por

50. Esa *unidad de guarda*, que da lugar á una sola institución denominada *tutela*, no significa que este principio de protección legal en favor de menores é incapacitados se lleve á cabo sólo mediante el tutor, sino incorporando á ella otros elementos que, juntos todos, aspiran á formar un *organismo*, que es el *sistema* ó el *régimen tutelar* del Código.

En el Derecho anterior constituía el régimen tutelar: la *tutela*, la *curatela* ordinaria, *ad bona* ó ejemplar, y la especial *ad litem*; los elementos que se denominaban *tutor* ó *curador* de cualquiera de estas clases eran *completados* con la intervención y concurso de la *autoridad judicial*.

En el Código dicho organismo se forma por los siguientes elementos: *tutor*, *protutor*, *consejo de familia* y cierta intervención del *Poder judicial*. Los cuatro concurren á la formación, funciones y fines de la *única* institución protectora de la menor edad y de la incapacidad, designada con el nombre de *tutela*, la cual, por tanto, no es el resultado del ejercicio del solo cargo de un tutor, sino consecuencia del concurso orgánico de esos cuatro elementos que integran la institución tutelar. Dos de ellos completamente nuevos, como el protutor y el consejo de familia; y otros dos, antiguos, que son el tutor y los Tribunales, pero modificados, más que en su concepto, en la mayor ó menor extensión ó forma de sus aplicaciones.

El tutor es el único cargo admitido por el Código, dentro de la normalidad de la tutela, para la representación de todo menor de edad impúber ó púber, ó del incapacitado, y la autoridad judicial ha dejado de tener aquella intervención necesaria para todo caso de tutela ó curatela, ya en el discernimiento del cargo, ya en la aprobación de la fianza, ya en la enajenación de bienes ó transacción de derechos de menores ó incapacitados, ya en la misma designación ó nombramiento de los tutores ó curadores, que en algunos casos le atribuía la ley de Enjuiciamiento civil con una reglamentación legal minuciosa para todos estos supuestos de su intervención.

No ha sido excluido por completo este elemento judicial del nuevo régimen tutelar del Código, pero suele concurrir á él de un modo incidental, accesorio y subsidiario en ciertos casos (1), sin formar parte, por

lo que revela el art. 1.291, declarando fuera del recurso de rescisión legal por parte de los menores los contratos que celebraran los tutores con autorización del consejo de familia, y sólo considerándolos rescindibles cuando falte dicha autorización, y la lesión sea de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de los mismos.

(1) Tales son, por ejemplo, los relativos á su iniciativa para el nombramiento (203); declaración de incapacidad (216 al 218); nombramiento de defensor en el expediente de declaración de pródigo (223); reunión del consejo de familia para nombrar tutor dativo (232); reclamación del tutor removido ante los Tribunales (240); aprobación judicial previa de las determinaciones del consejo cuando sustituye al tutor á quien hubiese sobrevenido incapacidad durante el ejercicio de su cargo (243); recurso á los Tribunales contra la desestimación de las excusas por el consejo (249); ó sobre cuantía ó cali-

decirlo así, de la entraña del mismo y de la normalidad de su función. Si bien, dentro de ella, el tutor es el único representante del pupilo, existen determinadas circunstancias de excepción, porque para el ejercicio de la misma el Código atribuye transitoriamente la representación del pupilo, unas veces al protutor (número 2.º, art. 236), otras al mismo consejo de familia (art. 243): mencionándose, también, otras representaciones para las personas menores ó incapacitadas, tales como el *representante* nombrado al desaparecido de su domicilio, sin saber su paradero ni haber dejado apoderado antes de ser declarado *ausente* (art. 181); el *defensor*, para el hijo de familia, en los casos de incompatibilidad de intereses con su padre ó madre (art. 165); el *administrador*, en el supuesto de administración especial para los hijos reconocidos ó adoptivos, á que puede dar lugar el 166; la indicación, sin duda equivocada, que de *curador* ó administrador de una persona incapaz que constituyó el depósito hace el art. 1.764; y tantos otros en que se habla de la representación conferida sólo al tutor ó al protutor ó al consejo de familia, ó á cualquiera de sus vocales para determinados actos de las personas menores de edad, según lo atestiguan numerosos artículos del Código, tales como los 59, 317, 324, 1.352, 1.353, 1.361, etc.

51. Esto revela que, no obstante el principio de *unidad de guarda* y de la consiguiente refundición en la institución de la *tutela* de las que, con distintos nombres y para diferentes supuestos, constituían el mecanismo legal del Derecho precedente, subsiste todavía en el Código cierta desordenada *variedad* para realizar los fines de dicha representación; y, si no deja de ser plausible el haber prescindido de mantener el criterio antiguo en el concepto y amplitud de aplicaciones que tenía, no es menos de lamentar que fuera de estos casos, y para los de representación y complemento de capacidad del menor é incapacitado en circunstancias más ó menos transitorias y de excepción, no se haya conservado la *curatela* con su mero carácter individual y sin las condiciones complejas y orgánicas que constituyen el sistema tutelar vigente, de difícil uso y adaptación á esos casos singulares.

52. Conviene distinguir lo que puede significar en el Código la tutela desde los siguientes puntos de vista: como *institución* ó en su concepto total; como *función* orgánica de protección y suplemento de capacidad del tutelado; como *cargo* ó condición legal del tutor por las *causas* que la producen ó momento en que legalmente debe aparecer; y como *situación* ó *estado civil* del sometido al poder tutelar; averiguando, además, si en este último concepto el Código civil ha satisfecho ó no la necesidad de una regla que fijara claramente la *capacidad* de los menores é incapacitados sujetos á ella.

La tutela, como *institución* en su concepto total, significa el conjunto de los elementos y variadas funciones de los mismos, por cuya sistemá-

ficación de fianzas (255); ó contra el acuerdo que fija la retribución del tutor (276); ó sobre cuentas (279); y acerca del registro de tutelas (288 al 292).

tica reunión y común ejercicio se realiza, según el Código, el principio de protección legal de menores é incapacitados.

La tutela, como *función*, es el resultado de aplicación de aquel organismo puesto en ejercicio en cada caso de su competencia para la realización del mencionado principio.

La tutela, como *cargo* ó condición legal del tutor, no es más que la expresión de uno de los elementos que forman el mecanismo legal de la tutela, si quiera tome el nombre de la institución.

La tutela, en orden á las *causas* que la producen ó instante en que debe comenzar su actualidad, dice relación al momento de su *constitución legal*.

La tutela, como situación ó *estado civil* del tutelado, se refiere á determinar en éste las condiciones de insuficiencia para regirse por sí mismo, por razones de edad y de incapacidad, y en estado civil de sometido al poder tutelar.

De estos cinco puntos de vista, los tres primeros pueden tal vez considerarse diferenciados lo suficiente en el Código; no así el cuarto, atendida la variedad de aplicaciones permanentes y eventuales, totales y parciales, respecto de las que diversos textos del mismo se refieren con distinto alcance á la función tutelar y la necesidad del concurso simultáneo, generalmente, de los varios elementos que forman este organismo y de alguno solo de ellos, por excepción, para aplicaciones singulares, á fin de que resulte posible declarar *desde cuándo* la tutela debe considerarse *constituida*, y cuál puede ser, según los supuestos, la *causa* de su *constitución*. Por ejemplo, si por tal puede reputarse simplemente los hechos que provoquen su necesidad, menor edad, incapacidad (art. 200); nombramiento por cualquiera de los medios, á virtud de los que la tutela se define (art. 204); necesaria designación del protutor (art. 233); principio de su ejercicio por la toma de posesión del tutor y protutor (art. 261); ó hecho singular que demande la intervención del tutor ó de cualquiera otro de los elementos del organismo tutelar (arts. 59, 317, 324, 1.352, 1.353, 1.361, etc).

Menos bien determinadas resultan en el Código, según reglas precisas, la consideración de la tutela como *situación* ó *estado civil* del sometido á ella, y la definición consiguiente del grado de su capacidad de Derecho; á cuyo efecto sólo pueden tenerse en cuenta los preceptos generales del art. 262, en cuanto declaran que el tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley puede ejercitar por sí solo, los del 32, que se limita á considerar la menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez y la interdicción civil—supuestos todos de tutela conforme el artículo 200,—como *restricciones de la personalidad jurídica*, y los especiales de los referidos arts. 59, 317, 324 y otros análogos.

53. La consideración capital en que debe apreciarse la forma tutelar del Código para juzgar de su conveniencia, se refiere á tres puntos, á saber:

1.º Si se ha hecho bien, al refundir en un solo medio ó institución legal, bajo el nombre de *tutela*, por la cual hayan de suplirse todas las situaciones defectuosas de capacidad, á que la misma se aplica.

2.º Si, en efecto, se ha logrado esta refundición ó sentido legal de *unidad*.

3.º Si la manera como se ha dispuesto el organismo tutelar es perfectamente sistemática, clara y expedita en la acción del mismo, ó expuesta ó no á confusiones en su ejercicio, dificultades en su ministerio y contingencias dañosas á los fines de *protección legal* de las personas en cuyo favor se halla establecida.

54. En explicación del primero, abona la contestación negativa una multitud de consideraciones. Basta observar la diversidad de supuestos, situación y circunstancias de las distintas personas que, teniendo defecto de capacidad civil, necesitan suplirla por medios que la completan para su ejercicio ó capacidad de obrar. Fundamento tiene en nuestro Derecho anterior aquel más predominante sentido *personal* que *patrimonial*, que caracterizaba á la tutela y viceversa á la curatela, como diferencia visible entre los menores, los incapacitados mentalmente y los declarados pródigos ó aquellos que sufren interdicción civil: mucho más, todavía, si se compara este caso de tutela con los en que de manera singular y para un acto concreto y determinado ha de suplirse el defecto de capacidad de una persona con el consentimiento, asistencia ó representación de otra, sin que por ello se constituya un estado legal permanente de complemento de la persona representada por la representante. ¿Á qué llevar sin distinción á tan variados casos, como lo hace el Código, lo complicado de un organismo tutelar de igual condición para todos los supuestos, formado *siempre* de diversos elementos, innecesarios muchas veces, como el protutor, por ejemplo, y el consejo de familia en sus funciones de vigilancia y fiscalización de la tutela, cuando se trata de personas que por sí mismas pueden cumplir más eficazmente aquellos fines; ni menos llegar al absurdo de que, al desempeñar un padre ó madre, hijo, cónyuge ó abuelo, la tutela legítima del loco, sordomudo, pródigo ó sujeto á interdicción, se suponga necesario—sobre todo respecto de los padres—igual intervención y fiscalización del protutor y del titulado consejo de familia, que en los casos en que se ejerza por otras personas de más remoto parentesco ó extrañas; ni, en fin, indicarse el despropósito de la necesidad de un tutor ó de otros elementos de la tutela (1) para personas que no están sometidas á ella, según el art. 200 que las enumera?

Es indudable, además, que estos medios supletorios de la capacidad civil no pueden ni deben *unificarse* hasta el extremo de refundirlos en uno solo, lo mismo cuando se trata de la guarda y dirección de la persona menor ó mentalmente incapacitada, que cuando se atiende sólo á

(1) De lo cual son buena prueba diferentes artículos del Código, tales como el 59, 166, 181, 183, 189, 314, 317, 1.352, 1.353, 1.361, etc.

suplir defectos de capacidad para actos singulares y, á lo sumo, para constituir una administración legal de bienes de quien por sí mismo no puede verificarlo en atención á circunstancias, como la interdicción civil, sordomudez y la misma prodigalidad (1); casos todos en que no puede decirse que sean *idénticas* las condiciones de necesidad de la garantía de una fiscalización de la gestión del tutor, encomendada á distinta persona. Los medios legales de protección y de suplemento de capacidad de las personas que no son suficientes para regirse á sí mismas, en su individuo ni en su patrimonio, para la gestión de sus bienes ó para la celebración, con eficacia, de un acto civil cualquiera, deben establecerse de modo congruente, no defectuoso, pero tampoco excesivo, respecto de los supuestos que los hacen necesarios; y es evidente que la necesidad de la acción supletoria de aquéllos no es igual en unos casos que en otros y, asimismo, lo es que en algunos de condición más singular podrá tal vez resultar contraproducente un mecanismo legal, como la compleja institución tutelar del Código, que impide la facilidad de su ejercicio y hasta enerva y desvanece los motivos de responsabilidad en el tutor, cuyas funciones no se ejercen sin el concurso de autorizaciones, previas como las del consejo, de colaboración como las del protutor, y hasta de recursos judiciales ante los Tribunales y de juicios de que tales decisiones pueden ser objeto.

55. ¿Se ha logrado, en efecto, por el Código esa *refundición* ó sentido legal de *unidad* de guarda, de representación y, en general, de formas ó medios legales de suplir el defecto de capacidad civil de algunas personas en multitud de casos en que la realidad lo hace necesario, sin que pueda decirse que propiamente constituyen situaciones de *tutela*? Ciertamente es que, como institución de esta índole, sólo aparece sancionada la tutela (2) con su naturaleza colectiva y orgánica, integrada por *pluralidad* de elementos; pero no lo es menos que en el Código se diversifica esa misma tutela, distinguiéndose la que es guarda de la persona y bienes, de la que es solamente de los bienes, es decir, hasta por su *objeto* y *fin*, según que se refiere á los menores de edad no emancipados legalmente y sordomudos que no sepan leer ni escribir ó á los que tengan esta instrucción, á los pródigos y á los sujetos á interdicción civil, registrándose, por último, supuestos de la propia curaduría antigua, á la vez que con distintos nombres, y aun con el mismo de *tutores*, se muestran casos de suplemento de capacidad de ciertas personas, que no son las únicas que el Código declara sometidas á tutela á tenor del artículo 200 (3).

(1) Que, por cierto, según el art. 224, no priva de la autoridad marital ni paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo; lo cual pugna con la coexistencia del consejo de familia.

(2) Una sola vez, sin duda por descuido, ya hemos hecho notar que suena en el Código la palabra *curador* en el art. 1.764.

(3) Diganlo si no los casos de tutor para el hijo de matrimonio declarado nulo con mala fe de ambos cónyuges, ó cuando éstos son los dos culpables del divorcio (pár. 3.º,

¿No dice esto bien claro que, no obstante aquella tendencia del Código á la pretendida *unidad* de las instituciones tutelares que parece inspirarle, no ha podido menos de sobreponerse la realidad, y, aunque, con mayor confusión que en el Derecho antiguo, existe verdadera *variedad*, que pone de manifiesto la necesidad de restablecer francamente la *curaduría*, sino como una doble institución tutelar, en los términos y extensión que antes tenía, con el carácter singular y no colectivo, con el individual y no orgánico, de servir de suplemento de capacidad más ó menos transitoriamente, siempre que fuera preciso para las distintas aplicaciones de Derecho que no constituyan un *estado de tutela* propiamente tal y, por tanto, de cierta generalidad y permanencia, reservando la curaduría para todas aquellas situaciones más pasajeras y circunstanciales ó actos singulares en que se necesite complementar el defecto de capacidad de ciertas personas para determinados actos ó relaciones de su vida civil? Lo tenemos por evidente.

56. La manera, en fin, como se ha dispuesto el *organismo tutelar* en el Código, ¿es perfectamente *sistemática, clara y expedita* en la acción del mismo, *autónoma é independiente* en la esfera privada ó, por el contrario, es expuesta á *confusión* en su ejercicio, *dificultades* en su ministerio y aun á *contingencias dañosas* para los fines de protección legal de las personas, en cuyo favor se ha establecido? A pesar de la primera impresión que ofrece, no puede decirse que el organismo tutelar del Código sea *perfectamente sistemático*, porque más bien es *ecléctico é indeterminado*, con excesivas muestras de *discrecional* en las funciones del consejo, que es su gran elemento regulador, no obstante lo cual se halla sujeto á la acción *correctoria* de los Tribunales por distintos motivos y en variadas formas ó por recursos de diferente naturaleza, algunos con el manifiesto peligro de toda contienda judicial, según lo revelan diversas dicciones del propio Código (1).

No es, por tanto, *claro y expedito* dicho organismo en la acción desembarazada de sus elementos, ni siquiera el de mayor preponderan-

art. 70, y pár. 2.º, núm. 2.º, art. 73); para el marido menor de diez y ocho años ó mayor de diez y ocho y menor de veintitrés, respecto de ciertos actos, en defecto de padre ó madre (art. 59); para el marido ausente y de quien deba ser tutora ó administradora la mujer (arts. 187, 220 y núm. 1.º, 1.441); para el hijo de familia en situaciones de incompatibilidad de intereses con el padre ó madre (art. 165); para el emancipado sin padre ni madre en cuanto á determinados actos (art. 317); para el que disfrute venia de edad en iguales casos que el anterior (art. 324); para la mujer casada en el ejercicio de algunos derechos respecto de garantía ó enajenación de sus bienes dotales (arts. 1.352, 1.353 y 1.361); casos todos de suplemento de la capacidad, sin que pueda decirse que se constituye previamente un propio *estado de tutela*.

(1) «Formular reclamación ante los Tribunales» (art. 240); «promover contienda judicial» (art. 241); «recurrir á los Tribunales contra los acuerdos del consejo de familia, señalando la cuantía ó haciendo la calificación de la fianza, ó fijando la retribución del tutor» (arts. 255 y 276); «alzarse ante el Juez de primera instancia de las decisiones del consejo los vocales que hayan disentido de la mayoría, el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión, salvo el caso del art. 242, de acuerdo unánime favorable al tutor» (art. 310).

cia, que es el mencionado consejo de familia, puesto que puede venir á turbar su acción la fácil y frecuente intervención de los Tribunales, lo cual merma también su *autonomía* y quebranta la pretendida independencia; en la esfera privada, de todo ese *régimen tutelar*, inspirándose al parecer en el deseo mal servido por la falta, sin duda, de confianza suficiente, de sustraerle á la acción del Poder público, la cual, si tiende á ser reemplazada por el consejo de familia, negando á aquél el carácter de elemento *propio* y *necesario*, que antes tenía, y aparentando sustituir un sistema á otro, con la aspiración de ventajas más ideales que reales y efectivas en la práctica, sólo resulta en la realidad la creación de un organismo *más complejo*, que acumula unos medios á otros y da al antiguo de la acción de los Tribunales, diferente y, si se quiere, *subsidiaria* participación, con el plausible propósito, es verdad, de que sirvan los antiguos medios de garantía última á los tutelados, por no atreverse á confiar á los nuevos el éxito de la institución tutelar.

Todo esto ha tenido que producir la necesaria pesadez y complicación en el nuevo mecanismo y la consiguiente dificultad en la práctica de su ministerio civil; que cualesquiera que sean, por otra parte, las innegables ventajas de mayores garantías morales de un consejo de familia, formado de personas que deben suponerse afectas al tutelado por vínculos del próximo parentesco—lo cual no siempre sucede, cuando hay que acudir á parientes más remotos ó á extraños—si se comparan con la fundadamente temida indiferencia de la antigua intervención de la autoridad judicial en los actos de jurisdicción voluntaria, resultan, en efecto, todas aquellas dificultades de ejercicio.

Es también ocasionada esa mezcla de elementos públicos y privados, y más con la falta de *precisión* que el concurso de los últimos ofrece en el Código, á que la intervención judicial, que se conserva para revisar, confirmar ó revocar los Tribunales los acuerdos del consejo de familia ó intervenir en otros supuestos ó aplicaciones de la tutela, se convierta en una *excepción* que alegar para eludir responsabilidades de los elementos personales y privados de la tutela, tutor, protutor y consejo de familia, cuando la declaración judicial ulterior les ha podido colocar realmente fuera del alcance de las mismas, dando lugar á esos temores de *contingencias dañosas* para los propios *fin*es de protección legal de las personas en cuyo favor la tutela se ha establecido.

57. El Código no define la tutela. Las «disposiciones generales» que forman el cap. 1.º del tít. 9.º, lib. I, quedan reducidas á la determinación de su *objeto* (art. 199); á la enumeración de las *personas sujetas á tutela* (art. 200); á la expresión de alguno de sus *caracteres* (arts. 201 y 202), y á la de la *manera* con que ha de proveerse provisionalmente á sus necesidades mientras tiene lugar su constitución legal (art. 203) (1).

(1) Pues el 204 y el 205, que figuran también entre las *disposiciones generales*, entendemos que se hallan mejor sistematizados refiriéndolos á otros lugares en la clasificación de la doctrina, según lo verificamos.

«El *objeto* de la tutela (art. 199)—mejor diría, el *fin* ó los *fin*es—es la *guarda* de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.»

Guarda equivale á *cuidado*, *defensa* y, por lo tanto, *representación* de la persona y de los bienes ó sólo de los bienes, puestos bajo la protección tutelar; de lo cual resulta ya una primera distinción de *especies*, en la tutela, según que se da para la *persona* y *bienes* ó sólo para los *bienes*, sin que esta diferencia de *extensión* en el *objeto* impida que sean casos de *tutela*, tanto los unos como los otros.

Intégrase el *concepto legal* de la tutela, según el Código, con las otras dos condiciones negativas que aquel texto señala á los tutelados, á saber: 1.ª, que no estén bajo la patria potestad por incompatibilidad entre ambas situaciones civiles, toda vez que la patria potestad es institución *familiar* y la tutela *cuasi familiar* y, por consiguiente, *supletoria* de aquélla é innecesaria cuando la primera existe; 2.ª, que sean incapaces para gobernarse por sí mismas las personas que hayan de ser sometidas á la tutela, puesto que, dado su objeto, carecería de toda aplicación tratándose de personas con plena capacidad civil. Sólo por el defecto de capacidad civil en los tutelados es por lo que se da la tutela, y ese es el significado de las palabras «incapaces para *governarse* por sí mismos», cualquiera que sea la impropiedad de este verbo, sin extenderlo á otras situaciones de mayor ó menor dificultad en las personas por edad avanzada ó enfermedad, en general, mientras no constituyan estados legales de defecto de capacidad civil, que, por menor edad y falta de patria potestad, á la cual estuvieren sometidas ó por incapacidad previa y judicialmente declarada, necesitan caer bajo la acción supletoria y protectora de la tutela.

Agréguese á esto los caracteres de *unidad de ejercicio* de la tutela por un solo tutor y de la forma del mismo bajo la necesaria vigilancia y concurso del protutor y del consejo de familia (art. 201), así como la condición de *irrenunciab*les, á no ser por justa causa, de los cargos de tutor, protutor y vocales del consejo (arts. 202 y 298), y, por último, la naturaleza civil y privada que la institución de la tutela ofrece, pues sus condiciones de *legal* y *necesaria* no bastan para atribuirle aquel supuesto carácter de *cargo público* (1), según antiguas leyes y escritores, y podría quedar definitivamente formulado su *concepto legal*, según el Código, en los siguientes ó parecidos términos.

Es la *tutela* una institución legal y *cuasi familiar*, confiada al ejercicio de un solo tutor y protutor con el concurso del consejo de familia, de naturaleza *civil* y obligatoria para dicho tutor, protutor y vocales de aquél, y, por tanto, irrenunciable, á no mediar causa legítima debida-

(1) Por este carácter *civil* y no *público* de la tutela, pueden ser lo mismo tutores, protutores y vocales del consejo de familia los extranjeros que los españoles, toda vez que, según el art. 27 (explicado en el núm. 41, cap. 13, t. II, 2.ª edic.), aquéllos gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden á éstos, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado ó en los Tratados internacionales.