

mente justificada, establecida para la guarda de las personas y bienes (1), ó solamente de los bienes (2), de los que no estando bajo la patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismos, ya por razón de menor edad según la declaración legal, ya por razón de incapacidad, declarada previamente por los Tribunales y dentro de los límites que aquéllos determinen, dando lugar en todos estos casos á una situación ó estado civil permanente del tutelado mientras subsiste la razón de la tutela y ésta no se declara extinguida.

Esta es la *tutela* en su consideración más normal y comprensiva; pero no debe olvidarse que existen en el Código diferentes hipótesis de situaciones tutelares (3) más incompletas, por lo transitorio, singular y concreto de su aplicación á determinados actos y en suplemento de defecto de capacidad civil de ciertas personas, que sin este concurso tutelar no darían á aquéllos la necesaria eficacia legal. De esto resulta la indicada distinción general de la tutela, en normal, permanente y perfecta ó plena; singular, anormal, pasajera é imperfecta ó menos plena.

Observemos lo preciso, en explicación del art. 200 respecto de las personas sujetas á tutela, á saber:

a. *Los menores de edad no emancipados legalmente.*—La condición esencial de *no emancipados legalmente*, para que los menores de edad estén sujetos á tutela, no guarda congruencia con varias declaraciones del Código, según se ha dicho en otros lugares, á los que ahora nos remitimos (4); y lo de *legalmente* no quiere decir que la emancipación haya de ser de la especie que en el Derecho anterior se llamaba *legal*—por el matrimonio ó por la mayor edad—para diferenciarla de la voluntaria ó la judicial, sino que se refiere á cualquiera de ellas, con tal que el resultado sea que el menor no se halle *legalmente emancipado*, esto es, cuando es menor de edad, no está sometido á la patria potestad y tampoco está todavía emancipado *legalmente* ó sea por uno de los medios que la ley tiene establecidos para la emancipación (5);

(1) Para los menores de edad no emancipados legalmente, locos ó dementes, y sordomudos que no sepan leer y escribir (art. 200, núms. 1.º y 2.º), si bien respecto de estos últimos, en la declaración judicial, se fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de los mismos (art. 218).

(2) Para los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos (art. 200, número 3.º), cuya declaración debe hacerse en juicio contradictorio, y determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia (art. 221), sin que la declaración de prodigalidad prive de la autoridad marital y paterna, ni atribuya al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo (art. 224); y para los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil (núm. 4.º, art. 200), cuya tutela se limitará á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado (art. 229).

(3) Tales, como las de los supuestos de los arts. 59, 317, 324, 1.323, 1.352, 1.353, 1.361, explicados en diferentes lugares de este volumen.

(4) Principalmente en el núm. 25, cap. 17 de este tomo.

(5) Según el art. 314, explicado en el cap. 29 de este tomo.

siendo de advertir que uno de ellos, que es la mayor edad, puede legalmente realizarse en virtud del beneficio de la misma por concesión del consejo de familia y con los demás requisitos que señala el art. 322 (1), equiparándose su condición civil, según el 324 (2), á la que tiene el emancipado, conforme al 317 (3). Sin embargo, este artículo exige la intervención del tutor en determinados actos del menor emancipado, lo mismo que otros del Código (4), lo cual da lugar—además de no mencionarse la *emancipación* entre las causas por que concluye la tutela según el art. 278—á que resulte que en todos esos casos de menores emancipados, no obstante la regla del núm. 1.º del art. 200, de que sólo los menores *no emancipados legalmente* están sujetos á tutela, subsista ésta, aunque de manera más transitoria y de aplicación circunstancial y limitada, conforme al art. 317 y demás antes citados. En estos casos no es la tutela un organismo de funciones permanentes para la representación, defensa y protección de la persona y bienes del menor ó incapacitado, no representando tampoco el tutor á éstos en todos los actos civiles, por regla general, salvo aquellos que, por disposición expresa de la ley, pueden ejecutar por sí solos (art. 262), sino que constituye únicamente un modo de suplir el defecto de capacidad del menor emancipado, á fin de obtener la eficacia civil de determinados actos.

El criterio legal de existencia de la tutela por razón de la edad, descansa en la regla de que la patria potestad constituye una institución civil principal, superior á la tutela é incompatible con ella; y la tutela una institución civil subsidiaria y parcialmente supletoria, cuando, siendo necesaria la patria potestad, por razón de la menor edad de los hijos, la muerte de los padres, la condena que les priva de su ejercicio, el divorcio, que se la veda á los que son culpables del mismo, la ausencia, la interdicción civil ó la incapacidad que les inhabilita para el poder paterno, hacen imposible dicha patria potestad ó suspenden su ejercicio y la sustituyen con la tutela. Por eso se ha dicho que donde hay padre—lo mismo madre,—no se da tutor, y que éste suple *civilmente* la falta de aquél.

b. *Los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos.*—Partiendo de lo dicho en otro lugar (5), es sólo de observar con relación á este punto: 1.º Que empleando enumeraciones más ó menos propias, comprensivas y uniformes, el Código declara causa de tutela la enfermedad mental, cualquiera que sea su naturaleza; pues, aunque dice sólo «locos ó dementes», y en el art. 32 (6), que es el correlativo de carácter general, suprime la palabra *locos* y menciona la *imbecilidad*, que aquí

(1) Explicado en el núm. 7, cap. 8.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Ídem en el cap. 29 de este tomo.

(3) Ídem id.

(4) Regla 3.ª del 50, 59, 1.352, 1.353, 1.361, etc., citados para el efecto de observar esta incongruencia, con el núm. 1.º del 200, en el núm. 25, cap. 17 de este tomo.

(5) Núm. 20, cap. 9.º, t. II, 2.ª edic.

(6) Explicado en el núm. 14, cap. 5.º, ídem id.

omite, de estos y de otros artículos del mismo concepto legal, que contienen aplicaciones varias de esta causa de incapacidad (1), se deduce claramente que el sentido del Código es referirse, en general, á las enfermedades mentales, sin distinguir su especie. 2.º Que no es obstáculo para ello la existencia de intervalos lúcidos (2). 3.º Que no basta el hecho de la enfermedad mental para considerar á los que la padezcan sometidos á tutela, sino que es indispensable la *declaración previa de que el loco ó demente es incapaz para administrar sus bienes*. La regla del núm. 2.º del art. 200 ha de entenderse completada con la prescripción del 213.

c. *Los sordomudos que no sepan leer y escribir*.—También este caso de tutela exige la *previa declaración* de que «el sordomudo que no sabe leer ni escribir sea incapaz para administrar sus bienes», circunstancia sin la cual no procede la tutela; y claro es que se refiere, aunque el número 2.º del art. 200 no lo diga, pero sí el 213, á los sordomudos *mayores de edad*, pues si fueran *menores* estarían sujetos á tutela por razón de la *edad* y no por la *sordomudez*.

d. *Los pródigos declarados tales por sentencia firme*.—Se da por reproducido lo dicho en otro lugar (3), como explicación suficiente de este número 3.º del art. 200.

e. *Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil*.—Según lo dicho en otra ocasión (4), y en los términos que más adelante se explica, el fundamento de este caso de tutela es de evidente necesidad, por virtud de la falta de libertad del penado. Por otra parte, las condiciones en que éste ha de vivir durante su condena excluyen toda idea de cuidado de la persona del mismo por parte del tutor, y limitan la tutela á la administración de bienes y á la representación en juicio del interdicto (5), si bien ha de entenderse que, por conveniencia de aquélla, también tendrá el tutor la representación extrajudicial del penado.

Por el art. 201 del Código se afirman dos caracteres esenciales de su régimen tutelar: 1.º La *unidad* de ejercicio en la tutela. 2.º Su condición *colectiva* y *orgánica*. Respecto del primero, tiene por objeto desterrar del ejercicio de la tutela el peligro de la *pluralidad* de tutores, que era posible según el Derecho anterior, aunque con tendencias manifiestas á que el ejercicio recayera en un solo tutor por la designación judicial (6).

(1) Núm. 20, cap. 9.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Otro es el criterio para testar, respecto de los momentos lúcidos del testador demente, según los arts. 665 y 666, explicados en los núms. 28 á 32, cap. 5.º, t. V, 1.ª edición y VI de la 2.ª; y otro, el necesario para conciliar la diferencia, porque no es lo mismo el acto singular de testar que las necesidades permanentes de regir la persona y bienes, que es el fin de la tutela.

(3) Núms. 21 y 22, cap. 9.º, t. II, 2.ª edic.

(4) Núm. 9, cap. 12, t. II, 2.ª edic.

(5) Art. 229.

(6) L. 2.ª, tit. 16, Part. VI.

Cuando se trate de la tutela de los locos, sordomudos ó de los que sufren interdicción, que, con arreglo al núm. 1.º del art. 220 y al 230, corresponde en primer término al cónyuge no separado legalmente (1), como no distinguen esos preceptos entre cónyuge mayor ó menor de edad, habrá que suplir en el segundo caso su defecto de capacidad para ciertos actos, conforme al art. 317, con el consentimiento del padre ó de la madre, y, en último término, del tutor. El resultado de la combinación de tales circunstancias y preceptos es, por un lado, el de que el cónyuge menor viene á ser tutor de su cónyuge loco, sordomudo ó interdicto, á pesar de necesitar por su menor edad la acción complementaria de un tutor en muchos casos y cuando, según el núm. 1.º del art. 237, no pueden ser tutores ni protutores los que están sujetos á tutela, cuya antinomia no tiene dentro del Código otra solución que la de considerar que esa acción complementaria de un tutor para el cónyuge menor emancipado, según el art. 317 no constituye un estado perfecto de tutela plena ó propiamente tal, sino, á lo sumo, circunstancial y transitoria, para actos singulares y determinados, y que, por tanto, no se puede hacer equivalente á la causa de incapacidad para ser tutor del núm. 1.º del artículo 237. Este criterio sirve para demostrar que en tal supuesto no existe, en realidad, la tutela, ó sea un doble organismo tutelar, considerando que fuera uno el del cónyuge menor sobre su consorte loco, sordomudo ó interdicto y otro el del tutor que completara en determinados casos, con arreglo al 317, la capacidad de aquel cónyuge menor y tutor, á pesar de ser inferior en edad al incapacitado; lo cual, no es lo mismo que la existencia de otro perfecto régimen tutelar; si bien no cabe desconocer que estas confusiones y dudas las ha engendrado el Código, por su empeño de usar la palabra *tutor* para unas y otras aplicaciones y no haber conservado para las de la última clase la institución de la *curatela*.

Respecto del segundo carácter *colectivo* y *orgánico* de la tutela en el Código, es indudable. Constituye una institución compleja formada por tres elementos, tutor, protutor y consejo de familia, que concurren todos simultáneamente á la función civil de la tutela: el tutor con su acción directa, representativa y ejecutiva de cuanto se refiere á la persona del menor y de su patrimonio, salvas las restricciones de algunas especies de tutelas que tienen en su cometido ciertas *limitaciones*, como sucede con la de los sordomudos (art. 218), la de los pródigos (art. 221) y la de los interdictos (art. 229); el protutor, con los fines de intervención, fiscalización y sustitución respecto de los actos y de la función misma del tutor en algunos casos que el Código le atribuye; y el consejo de familia, con su carácter superior y complementario, que representa algo parecido al poder legislativo dentro del organismo tutelar. Añádase á esto un *cuarto* elemento, con aquella intervención que á los Tribunales

(1) Lo mismo que la representación del ausente se otorga al cónyuge por el art. 183.

se otorga en varios casos, según se hizo notar (1), y que en realidad debió mencionarse también en este art. 201, que ahora se examina. Sólo cuando concurren en la función de la tutela esos *cuatro elementos* se podrá decir que existe el *organismo tutelar perfecto* ó la completa institución de la *tutela*, tal como el Código la ha concebido y establecido:

Pero la nota más saliente es la de desconfianza respecto del ejercicio del cargo de tutor, que ha de tener lugar *bajo la vigilancia* del protutor (2).

58. El régimen tutelar es de carácter *obligatorio* en relación á los cargos que lo componen. Los de tutor y protutor no son *renunciabiles* sino en virtud de *causa legitima* debidamente justificada (art. 202), y los de vocales del consejo de familia son igualmente *obligatorios* para los parientes del menor ó incapacitado, llamados por la ley, que residieren dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela (art. 297).

A pesar de la diferencia de dicción entre lo de *renunciar con causa legitima* del art. 202, y lo de poder *excusarse* de la tutela y protutela del 244, no vemos motivo dentro del Código para dudar de que ambos preceptos guardan entre sí estrecha relación, y que el segundo es corolario del primero, constituyendo todos los motivos de *excusa* que enumera otras tantas *causas legitimas* en que fundar la renuncia, siempre que se invoquen en tiempo oportuno (arts. 247 y 248), toda vez que el cargo de tutor y protutor son de indeclinable ejercicio para el nombrado, á no ser que se *excuse* por alguna de las expresadas causas del 244, ó que resulte inhábil por cualquiera de las del 237, ó sea removido con arreglo á las prescripciones del 238 y siguientes (3).

Esto no obstante, no puede desconocerse cierta diferencia de sentido gramatical entre las palabras *causa legitima* y *excusa*, ó *causa* legal de exención, así como es posible que existan otras causas que puedan considerarse *legitimas* al efecto, en cuanto deban reputarse *racionalmente* suficientes y no estén comprendidas en las de *incapacidad*, *excusa* ó *remoción*, mencionadas en el Código; y, por último, que como éste no

(1) Núms. 49 y 55 de este capítulo.

(2) Como este precepto es absoluto en el Código, resultan aplicaciones del mismo tan violentas como la siguiente: Al padre, y en su defecto á la madre, corresponde, según el núm. 2.º del art. 220 y 230, la tutela de los locos, sordomudos é interdictos que no tengan cónyuge no separado legalmente, que es el llamado en primer lugar á ejercerlo, y no puede menos de ser violento admitir que quien hasta los veintitres años tuvo en su patria potestad al que hoy ha de tener en su tutela, se vea obligado á ejercer ésta bajo la vigilancia de su protutor; consideración también aplicable, hasta cierto punto, á las otras personas llamadas al ejercicio de la tutela y ligadas por vínculos de afecto que repugnan una fiscalización tan indispensable por parte del protutor cuando la tutela del incapacitado se ha de ejercer por el cónyuge; los hijos, los abuelos y aun los hermanos. Es, sin embargo, terminante y absoluto el precepto del art. 201.

(3) También comprueba este sentido el art. 246, al decir que «los *excusados* pueden, á petición del tutor ó protutor, *ser compelidos* á admitir la tutela luego que hubiese cesado la *causa de la exención*».

expresa dichas causas, sino en su consideración individual y aislada, respecto del tutor y protutor, olvidando el carácter *orgánico* de la tutela y la función fiscalizadora que al segundo corresponde respecto del primero, pudiera muy bien suceder que, no concurriendo individualmente en ninguno de ellos *causa legitima* de renuncia de las taxativamente enumeradas para la *excusa* y aun, si se quiere, para la inhabilidad y la remoción, fuera, sin embargo, evidente la inconveniencia de mantener en el ejercicio de la tutela á un tutor y un protutor que fueran entre sí incompatibles por razón de enemistad, ó, por el contrario, faltos de garantía para la tutela por amistad íntima ú otros motivos que hicieran temer racionalmente la falta de la necesaria independencia del uno en cuanto al otro para el cumplimiento de sus deberes respectivos en el ejercicio orgánico de la tutela, naciendo de aquí respetables motivos de delicadeza en que fundar la renuncia.

59. Desde el momento en que los menores é incapacitados llegan á situación que hace necesaria la tutela hasta que ésta se constituye, y el tutor y protutor nombrados son puestos en posesión de sus cargos por el consejo de familia (art. 261), el Código, aunque con alguna confusión, provee á tal necesidad por tres medios sucesivos, que dan lugar á lo que podría llamarse *tutela provisional*, en este orden:

1.º Por las personas que, según la ley, tienen la obligación de proveer al cuidado de aquellas á que se refiere esa necesidad de tutela (final del primer párrafo del art. 203), que no deben ser otras, aunque el Código no haga mención especial de ellas, que los ascendientes, descendientes y hermanos del menor ó incapacitado, obligados á la prestación de la deuda alimenticia, según el art. 143 y, en general, los llamados al desempeño de la tutela legítima en sus diferentes especies.

2.º En defecto de los anteriores, los Jueces municipales del lugar en que residen las personas sujetas á tutela, tan pronto como por cualquier medio le sea conocida su existencia (1).

Esta forma provisional de proveer á las necesidades de la tutela dura, según el art. 203 que la establece, hasta el *nombramiento del tutor*; pero debe entenderse, por una parte, que dicho nombramiento, sin el de protutor, dada la conjunción necesaria de ambos cargos (art. 201), y el precepto del 205, en cuanto previene que el tutor no entrará en el desempeño de sus funciones sin que el nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas, así como la posesión que el consejo de familia ha de conferir (art. 261) á los tutores y protutores, resuelven lo del *nombramiento de tutor* en lo de la *constitución legal de la tutela*; y por otra, que no puede ser de distinta manera, atendido que el 232 y el 293 imponen como primer deber al Juez municipal promover la formación del consejo,

(1) Confiado á los Jueces municipales el Registro civil de defunciones, ésta podría ser una ocasión de que conocieran la existencia de menores hijos del difunto, necesitados de este medio provisional mientras la tutela se constituye, y que de oficio procedieran á llenar ese cometido que les confía el art. 203; pero sobre todo, en las grandes poblaciones es éste un ideal que se verá pocas veces realizado en la práctica.

y una vez formado éste, según el 301, es el consejo, y no el Juez, el que debe proceder á dictar todas las medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado y *constituir* la tutela, debiendo desde que hay consejo formado, con arreglo á este art. 301, y no desde que haya nombramiento de tutor, como prescribe el 203, cesar el Juez municipal en los deberes y responsabilidades de esa especie de tutela provisional. 3.º Una vez formado el consejo de familia, á éste corresponde, según lo dispuesto en el art. 301 indicado.

Como sanción establece el Código, en el párrafo 2.º del art. 203, que los Jueces municipales, «si no lo hicieren—es decir, si no desempeñasen esa tutela *provisional* y *transitoria*,—serán responsables de los *daños* que por esta causa sobrevengan á los menores ó incapacitados». Siendo de notar aquí la extrañeza que produce que en el art. 232 se imponga al Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia la responsabilidad de los *daños* y *perjuicios* á que diere lugar su negligencia, y en el indicado art. 203 sólo la de *daños*; aunque de todas maneras esta garantía ha de resultar poco efectiva en la realidad (1).

60. La consideración *total* de la *tutela*, según el Código, como un organismo integrado por distintos elementos, permitiría afirmar que no hay más que *una especie* de tutela, que podría llamarse *legal*, ó tal cual la ley la organiza. Las diferentes iniciativas que por la determinación de los elementos que forman aquel organismo tutelar están facultados para intervenir, dan lugar á lo que puede calificarse de *especies* de la tutela, según que se instituye (2) por testamento, *testamentaria*; por la ley, *legítima*; y por el consejo de familia, *dativa* (3). En realidad, estas iniciativas, más que á la organización total de la tutela, refiérense á la designación de los elementos personales que la forman, tutor, protutor y consejo de familia, aunque la designación de éste por testamento no es posible en todos los casos en que lo es la de tutor y protutor.

El orden con que estas *especies* se enumeran no es indiferente, sino que representa una preferencia reconocida, según la sucesión con que se aplican en el art. 204, así como lo confirma el 231, declarando la prelación á favor de la tutela *testamentaria* respecto de la *legítima*, y de estas

(1) En punto á responsabilidades judiciales de esta índole, faltas de precisa reglamentación, difíciles de suyo por las necesidades de la prueba de los extremos en que se funde su reclamación, que la experiencia enseña suelen ser una verdad teórica y una mentira práctica, bastaría acomodarlas á los preceptos del tit. 7.º, libro II de la ley de Enjuiciamiento civil que, según el art. 703 de la misma han de exigirse en juicio ordinario y ante el Tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en ella.

(2) El art. 204 dice: «La tutela *se defiere*», cuya frase se emplea en un sentido que se presta á confusiones en otros artículos, como el 245 y el 252.

(3) Esta clasificación de especies se refiere á la tutela propiamente tal ó perfecta; pues, según se ha observado repetidamente, el Código hace mención de otras aplicaciones de la tutela, y mejor de algunos de sus elementos, para completar defectos de capacidad de ciertas personas y dar validez á determinados actos civiles por ellas celebrados, sin que por eso pueda decirse que están constituidas en un *estado civil* de tutela.

dos en cuanto á la *dativa*. No es nueva esta condición de *principal* ó *subsidiaria* de las unas especies de tutela respecto de las otras, pues en el Derecho anterior se estableció para la tutela propiamente tal, ó sea la guarda de los menores de edad púberes ó impúberes y por la institución de la tutela ó de la curatela. Lo que sí es nuevo es la extensión de este principio; pues, habiéndose fundido las instituciones tutelares, quedan sometidas á este criterio de subordinación, no sólo la tutela por razón de menor edad, sino la que se confiere por incapacidad, y puede darse el caso en esta última de que la designación testamentaria prive de la guarda á los padres y á los cónyuges respecto de sus hijos y cónyuge incapacitado: violento resultado, que no autorizaba ninguna ley sustantiva ni adjetiva de nuestro Derecho anterior (1). El que esté facultado cualquier extraño que instituya heredero al huérfano ó le deje manda de importancia para nombrarle tutor en el testamento, mas no protutor ni consejo de familia, serviría para comprobar la misma doctrina de no derivarse esta facultad de designación de tutor testamentario de la patria potestad; pero si ésta fuera sólo la razón que invocara en tal sentido, no sería igualmente decisiva que las anteriores, si se consideraba tal supuesto como un precepto de *excepción*.

A. TUTELA TESTAMENTARIA.—La patria potestad no es en el Código el fundamento de la tutela testamentaria. Hay quien tiene la patria potestad, como el adoptante (art. 154), y no puede nombrar tutor ni protutor al hijo adoptivo (arts. 206 y 207); y quien no la tiene, como el padre ó madre en los hijos emancipados, cuando se trate de la tutela de los mayores de edad por incapacidad ó cuando ellos están privados ó suspensos del ejercicio de la patria potestad, ó en cualquiera otra situación anormal en que se puedan encontrar dichos padres; por ejemplo, en virtud de divorcio, y, no obstante, es indudable que pueden ordenar la tutela testamentaria para los hijos sobre quienes no ejercen aquel poder

(1) Si se atendiera á la letra del art. 245, aun resultaría otra especie de tutela *judicial*, puesto que en el mismo se dice «si en el territorio del Tribunal que la defiere»; supuesto que no concuerda con ninguno de los otros artículos del Código, carece de todo desenvolvimiento en el sistema del mismo sobre la tutela y se opone abiertamente á los términos taxativos del 204, que no menciona como medios de institución de la tutela más que el testamento, la ley y el consejo de familia. Otro punto de vista para la clasificación de la tutela, dentro de los textos del Código, será el que inicia el mismo art. 199, al distinguir la tutela, que tiene por objeto la guarda de la persona y de los bienes, como la de los menores y otra que tiene por objeto solamente la de los bienes como sucede con la de los pródigos ó la de los sujetos á la pena de interdicción civil, ó con situaciones semejantes como la que produce la administración de bienes de los hijos del padre desheredado (arts. 761 y 857), y aun la de los hijos naturales y adoptivos respecto de la administración de sus bienes, que no tendrán los padres que los reconocen ó adoptan si no aseguran con fianza sus resultados (art. 166); pues en estos últimos casos, aquel á quien se confía la administración de los bienes de estos menores, sometidos, sin embargo, á la patria potestad para cuanto al cuidado de su persona se refiere, vendrá á ser una especie de *tutor*, aunque sin el nombre de tal, y con el carácter de *administrador* por lo relativo al cuidado de los bienes de los mismos, cuya administración está negada al padre.

civil; y como el padre de los *ilegítimos* no naturales, á los cuales tiene obligación de alimentar (arts. 139 y 143) y le corresponde, sin embargo de no tener patria potestad, la facultad de instituir la tutela testamentaria (art. 206), dándose el contrasentido de que quien en vida carece de toda facultad directiva respecto del hijo ilegítimo, que no es natural, ni siquiera puede ser su tutor legítimo (art. 211, párrafo último), esté facultado para conferir esa especie de delegación que significa el establecimiento de un régimen tutelar respecto de hijos ilegítimos que sólo tienen derecho á los alimentos reducidos que se llaman *auxilios*, y á quienes se niega el apellido del padre, á cuya designación de tutor, sin embargo, han de quedar sometidos, lo mismo por razón de edad que por la de incapacidad. El resultado es más extraño cuando se trata de un hijo ilegítimo mayor incapacitado que puede estar durante la menor edad en la patria potestad de la madre; y cuando sobreviene la incapacidad después de mayor y de emancipado, ha de quedar sometido á la tutela del padre ilegítimo, aun con preferencia á la designación de tutor que la madre pudiera hacer (1).

(1) En la Memoria correspondiente al año 1901, exponía el ilustrado Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo:

«Dos interesantes extremos sobre derecho á nombrar tutor y capacidad del nombrado ha resuelto este Tribunal, que merecen ser aquí mencionados. Acerca del primero dispone el art. 207 que pueden nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que los deje herencia ó legado de importancia, y sobre si era ó no legado de importancia el que una abuela dejaba á su nieto con designación de tutor por haber contraído segundas nupcias la madre del menor, se siguió pleito y se entabló recurso, que resolvió la Sala declarando: que no desconociéndose por el juzgador el alcance del precepto contenido en dicho artículo, la mera estimación de la importancia de la manda no podía servir de materia de la casación. Efectivamente, esta clase de recursos, la indole de la casación, el objeto que con ella se ha propuesto el legislador, que no es otro que el de fijar la inteligencia é interpretación de las leyes, no consiente hacer extensivo tales recursos á aquellas cuestiones que hay que resolver con un criterio meramente racional y subjetivo que no se puede establecer y dar con arreglo á una base cierta, segura é igual por depender como depende de la estimación de datos muy relativos. Si el Tribunal Supremo hubiera de conocer de esta clase de cuestiones no podría proceder como Tribunal de casación, señalando á los inferiores norma alguna jurídica é inmovible para la resolución de todos los casos. Sería la suya más ó menos acertada en cada uno, como sucede con las de las Audiencias, pero nada enseñarían á éstas para lo sucesivo, no estableciendo, como no establece el Código, regla alguna de proporcionalidad, bien con relación al caudal del que deja la manda, como á la posición social y económica de quien la recibe. Se halla, pues, esta materia, en el mismo caso que otras varias de apreciación meramente subjetiva y que por serlo, únicamente pueden ser tratadas y decididas con la garantía de la responsabilidad de los Tribunales cuando éstos faltaren notoria y abiertamente, según los casos, á reglas claras de buen criterio.

»Con ocasión del mismo pleito y recurso se discutió otra cuestión de mayor importancia y trascendencia, propia de la materia de la casación, cual fué la de saber si pudo ser designado como tutor el marido, que en segundas nupcias casó con la madre del menor. Preceptúa el art. 168 que la madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, salvo la excepción en el mismo consignada, y con este motivo se hicieron extensas y no descaminadas, al parecer, consideraciones, acerca de lo anómalo y contradictorio que sería entregar el cuidado del menor al marido de la madre incapacitada, siendo así, que el temor á la influencia de este segundo marido

Es, pues, visto que en la patria potestad, ni siquiera la normalidad ó anomalía de situaciones personales y familiares en los padres influye en su facultad de instituir la tutela testamentaria en sus hijos, cuyo único fundamento descansa en su condición natural de padres y, por tanto, en el vínculo de la generación legítima ó ilegítima, sea la tutela ocasionada en la menor edad ó en la incapacidad de los hijos. La única restricción que los padres tienen respecto de la tutela de los hijos *ilegítimos* que no sean naturales, es la de que su facultad de instituir la por testamento no alcanza á la designación de los vocales del consejo de familia (1).

Ni el art. 206, que ahora se examina, ni el mismo 209, en que se establece la prelación que ha de tener el tutor designado, según el origen de su nombramiento, ni, en fin, el 294, relativo á la formación del consejo de familia, revelan en el Código criterio alguno de preferencia que aplicar á los tutores que hayan sido designados, respectivamente, por el padre ó por la madre. Ninguna duda ofrecerá en el caso de prelación del padre, pues aunque hubiera designado tutor en su testamento, como el hijo recaía en la patria potestad de la madre sobreviviente, se hace ineficaz la designación del tutor mientras aquélla viviera, con arreglo al párrafo final del art. 206, porque el hijo no quedaba, á la muerte del padre, en

sobre la voluntad de la mujer, la coartación racional de su libertad, la contradicción de intereses si llegase á tener hijos y otras razones análogas, fundadas todas en cierta incompatibilidad de familias, son las que abonan la sanción de la expresada incapacidad; pero á esta Sala hubo de parecerle, y así lo ha declarado, que, dada la esencial diferencia que existe entre la institución de la tutela y la de la patria potestad, esencialidad revelada en la situación del menor, según que esté bajo una ú otra, y en la diferencia tan radical que existe entre los derechos, facultades y atribuciones del padre, de la madre y del tutor, no cabía, sin notoria incongruencia, hacer extensivas las razones de la incapacidad de la madre, para ejercer la patria potestad á un caso de tutela. Aquí no procedía hacer aplicación del principio de Derecho *ubi eadem est ratio eadem esse debet juris dispositio*, porque aun cuando pudieran alegarse algunas razones de orden moral, las mismas para un caso que para otro, la base en que descansan estas razones es fundamentalmente distinta, dada la radical diferencia entre la institución de la patria potestad y la de tutela; y, sobre todo, porque no es que haya que suplir el silencio de la ley, pues ésta habla, y al tratar de los casos de incapacidad de los tutores no comprende éste que nos ocupa, siendo de notar que para el caso de la tutela de los locos y sordomudos llama también á la madre, sin distinguir si ésta se halla ó no casada en segundas nupcias. Diversas consideraciones de variado orden podrían añadirse en defensa de esta opinión que es la que prevaleció en la Sala; pero debe especialmente mencionarse la de que el padre ó la madre que tiene la patria potestad la ejercen libremente sin sujeción á intervención ninguna interin no lesionen los derechos de sus hijos, mientras que la tutela se halla organizada de manera que, aparte la inspección constante que el consejo de familia y el protutor mismo ejercen sobre el tutor, éste tiene extraordinariamente coartada la libertad de acción hasta el punto de que apenas puede moverse para lo que más principalmente interesa al menor sin el consentimiento y autorización de dicho consejo. Tanto, pues, por razón de las disposiciones diversas que acerca de esta materia contiene el Código, como por tratarse de instituciones jurídicas tan diferentes, como por la manera especial que tiene de funcionar el organismo tutelar, se impuso la solución que el Tribunal Supremo dió á esta cuestión del recurso.»

(1) El cual ha de ser formado por el Fiscal municipal, como Presidente, y cuatro vecinos honrados (art. 302, pár. 2.º).