

situación civil de tutela, sino de patria potestad; y por igual razón sería eficaz la designación de tutor que hiciera la madre en su testamento, porque á su muerte el hijo no recae en la patria potestad de nadie, así como tendría valor la designación primitiva del tutor que hizo el padre, si la madre no la hubiera hecho. Por eso, en el 206 se dice que la madre tiene igual facultad que el padre para nombrar tutor y protutor, en el 209 se pone en el primer término al tutor elegido por el padre y por la madre, y en el 294 se lee que el consejo de familia se compondrá de las personas que el padre ó la madre, en su caso, hubiesen designado en su testamento. De donde resulta una preferencia forzosa para el tutor designado por el padre, respecto del nombrado por la madre, en el art. 206 del Código, según el cual cabe que una mujer, apta para contraer matrimonio canónico ó civil á los doce años, y sin capacidad para testar hasta los catorce, pueda quedar viuda ó ser madre y fallecer en este período de dos años, y, sin embargo, carezca de capacidad para la designación de tutor testamentario de su hijo.

El estado de patria potestad á que está sometida una persona produce únicamente el efecto de la incompatibilidad con la tutela, ó sea el de hacer imposible la designación de tutor testamentario respecto de aquel menor sometido al poder paterno, conforme al párrafo final del artículo 206. Consecuencia de esta condición excluyente de la patria potestad respecto de la tutela, es la de que la designación de tutor que haga el padre, cuando premuera á la madre y recaiga el hijo en la patria potestad de la misma, resulte ineficaz desde luego mientras dure este estado de patria potestad, y aun después de muerte la madre, si ésta hubiera hecho la designación de tutor, toda vez que el Código no debe reconocer, ni reconoce, en el tutor nombrado por el padre, preferencia alguna sobre el nombrado por la madre (núm. 1.º, art. 209), y lo único que exige, para que sea eficaz la designación de tutor testamentario que el uno ú otro hagan, es que se ordene en favor de un hijo que á la muerte del que instituya la tutela testamentaria no esté ó recaiga en la patria potestad de otro; es decir, al tiempo en que dicho tutor designado por testamento hubiera de entrar en el ejercicio de su cargo, por no hallarse entonces la persona para quien se designa sometida á la patria potestad de otra. Esta condición negativa significa que la patria potestad y la tutela son *incompatibles* en cuanto á su ejercicio simultáneo; esto es, que no haya personas á cuya potestad deba estar sometido el tutelado, ó que estas personas no puedan ejercer la patria potestad por diferentes circunstancias, privación ó suspensión de la misma por malos tratamientos (art. 171), nulidad de matrimonio y divorcio (art. 70 y núm. 2.º del 73), interdicción civil ó incapacidad ó ausencia del padre ó de la madre, declarada judicialmente (art. 160).

La paternidad y maternidad *naturales*, por regla general (art. 206), y las liberalidades de institución de herencia ó legado, hechas por un extraño en favor de un menor, son por excepción (art. 207), según el Código, fundamento de capacidad para la designación, mediante testamento, de

tutores y protutores, y respecto del padre ó la madre, también para la del consejo de familia (art. 294).

Son *restricciones* de esta facultad del nombramiento de tutor ó protutor por testamento: 1.ª La que se refiere á la madre que hubiera contraído segundas nupcias, cuya designación de tutor y protutor testamentario necesita la aprobación del consejo de familia, que es una consecuencia del criterio de recelo y precaución del Código, como garantía contra las posibles influencias del segundo marido, por si pudiera ser perjudicial para la prole del matrimonio anterior (1). 2.ª La relativa al nombramiento de tutores testamentarios, pero no protutores, por un extraño que instituya heredero al huérfano ó le deje legado de importancia, cuya aceptación previa por el consejo es requisito indispensable para que tal tutela testamentaria surta efecto. Pudiera tal vez en algún caso ofrecer ciertos riesgos esta facultad que al consejo se concede, por lo que tiene de discrecional; pero es innegable que puede constituir una garantía y es, además, una necesidad para suplir el defecto de capacidad civil del menor ó incapacitado respecto de quien el extraño ordena la tutela testamentaria, pues fundándose la eficacia de ésta en la herencia ó en el legado que se le dejara, es forzoso completar su base mediante la aceptación que dicho menor ó incapacitado no puede prestar por sí mismo. 3.ª La misma restricción resulta para este caso de tutela testamentaria ordenada por extraño, no facultado sino para designar tutor, pero nunca protutor, ni menos vocales para el consejo de familia.

En suma, pueden instituir la tutela *testamentaria*:

a. *Total y absolutamente*, en todos los elementos que constituyen el organismo tutelar, ó sea *tutor, protutor y consejo de familia*:

1.º El padre, respecto de sus hijos legítimos, legitimados y naturales que, á su muerte, no se hallen sometidos á la patria potestad de la madre ó de un adoptante (arts. 206, primer párrafo, y 294).

2.º La madre que no hubiera contraído segundas nupcias, respecto de los hijos que estén en las condiciones anteriores (arts. 206, párrafo segundo y 294).

b. *Total y condicionalmente*, ó sea siempre que la designación del régimen tutelar hecha en testamento sea aprobada por el consejo de familia: la madre que hubiera contraído segundas nupcias (arts. 206, párrafo segundo, y 294).

c. *Parcialmente*, sólo para nombrar *tutor y protutor*, pero no *consejo de familia*.

1.º El padre, respecto de los hijos ilegítimos que no sean naturales y á quienes, según el art. 139, están obligados á alimentar, y que no estuvieran sometidos á la patria potestad por virtud de la adopción de otra persona (arts. 206, párrafo primero, y 302, párrafo segundo).

(1) Nótese que este consejo de familia puede ser designado por la misma madre, para lo cual está facultada por el art. 294, circunstancia que disminuye la fuerza moral de esta garantía.



2.º La madre, en iguales condiciones (arts. 206, primer párrafo y 302, párrafo segundo).

d. *Parcial y condicionalmente*, sólo para nombrar *tutor*, pero no *protutor* y *consejo de familia* (art. 207), el extraño que deje herencia ó legado de importancia al menor no incapacitado que no se halle sometido á la patria potestad, siempre que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó legado (1).

El principio absoluto en el Código de la *unidad* de la tutela que proclama el art. 201, tiene su complemento en los arts. 208 al 210, que proveen á los supuestos en que por distintos orígenes puedan resultar nombrados varios tutores testamentarios. Según el 208, la *unidad* de la tutela no significa que el padre, lo mismo que la madre, no puedan nombrar un tutor para cada uno de sus hijos y hacer diversos nombramientos, á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados. La base de la tutela es la persona del tutelado y la *unidad* de la misma significa que á cada *tutelado* corresponde una *tutela*, aunque sean varios los tutelados procedentes de la persona que hace la institución tutelar por testamento, como puede suceder en el caso del padre ó de la madre respecto de varios hijos. Lo que el Código prohíbe es la concurrencia al *ejercicio* de una tutela de varios tutores, y por eso establece en el segundo párrafo de este artículo 208, que en caso de duda se entenderá nombrado un solo tutor para todos los hijos y se *discernirá* (2) el cargo al primero de ellos que figure en el nombramiento.

Nótese que, dado el principio de la *unidad de la tutela* establecido en el art. 201 y la *pluralidad de elementos* que forman el organismo tutelar, este art. 208, confundiendo la *tutela* con el *tutor*, habla sólo de éste y ni siquiera menciona al *protutor*, cuando al nombramiento de ambos se refiere la facultad de hacerlo por testamento las personas que designa el art. 206. Aunque el consejo de familia parece el elemento superior del organismo tutelar, susceptible de consideración preferente á todos los demás que lo forman, porque á su subsistencia, como entidad, no afectaría ni el mero y sucesivo cambio de algunos de sus vocales cuando la renovación no fuera total, el Código no ha tomado como base de dicha *unidad de tutela* el consejo, y si el tutor, sin duda porque el ejercicio de

(1) Es equivocada la interpretación que se da al art. 207 del Código civil, en que se faculta para poder nombrar tutor para los menores á la persona que los instituye por herederos ó los deja legado de importancia, pues esta facultad sólo comprende el caso de que los menores no tengan padre ó madre, como lo demuestran los artículos anteriores y subsiguientes al citado; pero no cuando los padres existen y los hijos menores están sometidos á la patria potestad, de la cual el testador no puede despojarlos.—Resolución de la Dir. Gen. de los Reg., 13 Abril 1892.—(Gac. 20 Agosto.)

(2) No quiere decir esta palabra que subsista el *discernimiento* de los cargos de tutor y protutor, que establecía la ley de Enjuiciamiento civil á título de aprobación ó posesión dada por el Juez, pues esto sería contrario á todo el sistema del Código y al precepto del art. 261, general para todos los casos de tutela y relativo al ejercicio de la misma, según el cual «el consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y á los protutores».

la tutela corresponde á éste, y es en este *ejercicio* en donde se ha querido realizar ese principio de unidad de acción en la guarda. Así es que la unidad de tutela y su consecuencia de que un solo tutor lo sea de cada tutelado ó de varios, en el supuesto del art. 208 de que el padre nombre un solo tutor para todos los hijos ó de que, habiendo nombrado varios, en caso de duda se entienda nombrado uno solo para todos ellos y se confiera el cargo al primero de los que figuran en el nombramiento, no significará siempre, atendidos otros preceptos del Código, como el 294 y el 297, que haya de ser también *uno y el mismo* el consejo de familia para todos los hijos menores ó incapacitados, cuando por razón de la variedad de residencia de aquéllos, falta de designación del padre ó de la madre de las personas que han de componerlo y aun por su excusa en razón de la distancia del punto de residencia fuera del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radica la tutela, sobrevenga la necesidad de que sea diversa su constitución respecto de uno ú otro. Cierto es que no se abona la conveniencia, ni siquiera la facilidad para el desempeño de la tutela de un tutor que lo sea de distintas personas por razón de un nombramiento de origen común y que tenga que estar sometido á la influencia reguladora de diferentes consejos de familia; pero también lo es que, tomada por base de la unidad de la tutela la persona del tutor, y dados aquellos preceptos, es innegable esta *posibilidad legal*, según el Código.

También este art. 208 faculta á los padres para hacer diversos nombramientos de tutores, á fin de que se sustituyan unos á otros los nombrados, con lo cual se confirma el principio de que sólo un tutor debe ejercer la tutela, pero no se detallan más los términos de esta *sustitución*, al efecto de determinar si, como parece lo más acertado, ha de entenderse sólo en el caso de cesar el tutor que la venía ejerciendo; siendo de notar que tampoco se extiende este principio de la sustitución al protutor, del cual no se hace mención alguna en dichos arts. 208 á 210, relativos únicamente al tutor en los casos de institución de tutela testamentaria por el padre ó por la madre. El 206, del cual son aquellos otros un desarrollo, le faculta para nombrar lo mismo tutor que protutor. Puede ser esto una omisión involuntaria, aunque lamentable, de los redactores del Código, y no parece violento admitir las reglas de dichos artículos de igual modo para el protutor que para el tutor, designados por los padres en el testamento.

Las reglas del Código para llevar á cabo este principio de *unidad de tutela*, eligiendo entre varios tutores designados para un mismo tutelado, determinan las siguientes preferencias: 1.º El elegido por el padre ó por la madre. 2.º El nombrado por el *extraño* (1) que hubiese

(1) Más ó menos impropia, esta denominación significa todo el que, pariente ó verdaderamente extraño del menor ó incapaz, le haya nombrado tutor por haberle instituido heredero ó dejado manda de importancia; es decir, el que no sea padre ni madre del tutelado.



instituido heredero al menor ó incapaz, si fuera de importancia la cuarta de la herencia. 3.º El que deje manda de importancia al tutelado. 4.º Si hubiera más de un tutor en el cual concurriera la misma circunstancia de cualquiera de los dos últimos lugares, corresponderá al consejo de familia declarar quién debe ser preferido (1).

El tutor llamado por el padre ó por la madre goza de iguales preferencias, sin que en realidad pueda darse el conflicto de que haya dos tutores nombrados por cada uno de los padres, puesto que, según el párrafo final del art. 206, no es posible nombrar tutor ó protutor á persona que se halle sometida á la patria potestad de otra.

Este art. 209 establece sólo la preferencia respecto del tutor, guardando silencio, como el anterior, respecto del protutor. Verdad es que, como la preferencia es entre el tutor elegido por el padre ó madre, cualquiera de los dos figura en el primer lugar, y los otros dos números siguientes del 209 se refieren al nombrado por el extraño que instituye heredero ó deja manda de importancia, no cabe hablar de protutor, puesto que el 207 no autoriza al extraño, como el 206 á los padres, para nombrar protutor, sino tan sólo tutor.

Más grave es la omisión del art. 210, que se refiere al supuesto de que, hallándose un tutor en ejercicio, aparezca otro nombrado por el padre, al cual manda que se le transfiera inmediatamente la tutela, si es que no se entiende, como creemos, que se refiere lo mismo al padre, que á la madre (2). Cuando este nuevo tutor que apareciera fuese nombrado por un extraño en las hipótesis de los núms. 2.º y 3.º del artículo 209, limita su eficacia sólo á la administración de los bienes del que lo haya nombrado mientras no vaque la tutela en ejercicio. Este art. 210 establece *dos hipótesis*, y las resuelve con criterio opuesto á saber:

1.ª La de que, hallándose en ejercicio un tutor que no sea nombrado por el padre ni por la madre, aparezca el nombrado por cualquiera de éstos, ordenando que se transfiera al mismo inmediatamente la tutela; es decir, que á ese tutor nombrado por el padre ó por la madre que aparece cuando ya se halla sometido el menor ó incapacitado á otro tutor en ejercicio nombrado por persona extraña, se transfiere la tutela, ó sea cesa en toda intervención el tutor nombrado por el extraño y le sustituye

(1) El art. 209, que establece estas reglas de preferencia entre los tutores nombrados por diferentes personas, habla sólo, en el párrafo inicial, del nombramiento «para un mismo menor», y en el número 2.º dice «al menor é incapaz»; pero creemos deben entenderse aplicables las reglas de este artículo á la tutela por una ú otra causa, á pesar de aquel defecto de redacción.

(2) Parece esta inteligencia más aceptable, á pesar del valor literal del artículo al mencionar sólo el padre, porque de otro modo resultaría en contradicción con el número 1.º del 209, que otorga igual preferencia al tutor elegido por el padre ó por la madre, y porque de otra manera podría resultar que si el padre legítimo nombrase tutor á sus hijos que no sean naturales, habrá de anteponerse la eficacia de este nombramiento al mismo tutor que hubiera designado la madre y que viniera ejerciendo de antemano la tutela.

por completo el designado por el padre ó por la madre que después apareciera.

2.ª La de que el tutor que nuevamente apareciera fuera el nombrado por un extraño, si el que se hallase en ejercicio fuese el elegido por el padre ó por la madre, en el cual supuesto no se transfiere al tutor de designación paterna ó materna el desempeño de la tutela por su extensión á los bienes que el extraño que nombró tutor hubiera dejado al menor ó incapacitado, sino que el tutor por éste designado queda reducido al cargo de *administrador* de los bienes en que instituyó heredero ó hizo el legado la persona extraña á dicho menor ó incapacitado, mientras no vaque la tutela en ejercicio, ó sea no se extinga la designación paterna ó materna. Si el criterio de este artículo hubiera sido igual para cada uno de esos supuestos, no se diría en la primera parte del mismo tan sólo que se transfiere la tutela inmediatamente al nombrado por el padre, sino que se añadiría, sin perjuicio de que el tutor que se hallaba en ejercicio, y que dejaba de serlo por haber aparecido el nombrado por el padre, conservara la administración de los bienes de la persona extraña que lo nombró y en que instituyó ó legó al menor ó incapacitado, que es el criterio empleado en la segunda hipótesis de la segunda parte del art. 210.

En todo caso, el art. 210 previene que, cuando quiera que aparezca un tutor nombrado por el padre, lo mismo que cuando la tutela esté ejercida por el tutor de designación paterna, prevalecerá esta tutela sobre la ordenada por el extraño, pero con la diferencia de que si el tutor que estuviese ejerciendo la tutela fuera el nombrado por el padre, y el que apareciera después fuese el nombrado por el extraño, éste conservará el carácter de administrador de los bienes que motivaron la designación tutelar, cosa que no sucede si la hipótesis se ofreciera en sentido contrario, ó sea que el tutor en ejercicio fuera el de la designación por persona extraña, y el aparecido después el de nombramiento paterno. El texto no consiente otra inteligencia, aunque ésta se resienta de falta de unidad de criterio para resolver igual aplicación en ambas hipótesis. De todas maneras, ese carácter de *administrador*, que en una de ellas se concede al tutor nombrado por persona extraña, ofrece cierta aparente incompatibilidad en el desempeño de la tutela, para algunas aplicaciones de la misma respecto de los bienes, tales como las de los núms. 5.º á 9.º del art. 269, que son actos que se refieren á los bienes del tutelado, aunque es cierto salen de la esfera de las facultades de todo administrador, que es el punto de vista dentro del cual puede resolverse aquella aparente dificultad.

El final del art. 210 que limita al carácter de administrador el tutor nombrado por el extraño, mientras no vaque la tutela en ejercicio, quiere decir que, cuando esto suceda, el *administrador* se convierte en *tutor*; pero como tal caso no puede referirse más que al designado por el extraño que ha instituido heredero al huérfano ó que le ha dejado manda de importancia, si ha de conservarse el orden de prelación que sobre tal tu-



tor establece el núm. 1.º del art. 209 á favor del elegido por el padre ó por la madre, no cabe otra inteligencia que considerar que no existirá *vacante* la tutela en ejercicio cuando apareciera un nuevo tutor elegido por un extraño, sino en el caso de que cese el tutor nombrado, ya por el padre, ya por la madre, aunque este art. 210 menciona sólo la hipótesis de hallarse en ejercicio un tutor instituido por el padre.

#### B. TUTELA LEGÍTIMA.

a. *De los menores.* No expresa el art. 211 cuándo procede la tutela *legítima* de los menores no emancipados; pero del orden en que enumera los modos de deferirse la tutela el 204, habría motivo para inducirlo, si no quedare fuera de toda duda este punto en el 231, según el cual, á falta de la tutela *testamentaria*, entra la *legítima*, y en su defecto, la *dativa*. Procederá, pues, la tutela legítima en todo caso en que falte la testamentaria, ya por no haberse instituido, ya por cesar el tutor testamentario; esto es, cualquiera que sea la causa de su inexistencia. Por dicho artículo 211 se establece para los *menores no emancipados*, sin que se añada el adverbio *legalmente* que consigna el núm. 1.º del 200, lo cual no importa para que se reputa suplido por el 211.

Verdad es que hay menores *emancipados* que pueden necesitar, para completar su capacidad en la celebración eficaz de ciertos actos civiles, el concurso de un tutor, según lo revelan los arts. 59, 317 y otros; pero esto no constituye un *estado civil de tutela*, propiamente tal, sino, á lo sumo, aquella *tutela imperfecta*, de que se ha hablado (1). Así es que, en realidad, este art. 211 no está escrito para tales supuestos, siéndoles aplicable, á lo sumo, por analogía, y atendido que tal vez fuera de más fácil práctica y de mayor justificación racional, suplir en tales casos aquel defecto de capacidad con la designación de un tutor *legítimo*, si ya no lo tenía *testamentario*, en lugar de acudir á uno *dativo*, nombrado, conforme al art. 231, por el consejo de familia, que también sería preciso constituir (2).

No está establecido el orden de personas á quienes se ha de deferir la tutela legítima de los menores, según el art. 211, en exacta subordinación á aquel principio: *ubi sucessionis est æmolumentum ibi et tutelæ onus esse debet*, fundamento de esta doctrina en el antiguo Derecho, ni podía estarlo, entre otras razones, por el principio de *unidad de tutela*, afirmado en el art. 201, y la extensión de ésta, lo mismo á los menores que no pueden que á los que pueden hacer testamento.

(1) Núm. 56 de este capítulo.

(2) Siempre queda en pie la dificultad de que, formado el organismo tutelar, con arreglo al art. 201, por el tutor, el protutor y el consejo de familia, en todos los casos, de la intervención singular de un tutor y aun de la subsidiaria y alternativa del protutor, del consejo de familia ó de cualquiera de sus vocales, á que, por ejemplo, se refieren los arts. 1.352, 1.353 y 1.361, esta tutela *imperfecta*, á pesar de sus fines accidentales y transitorios, haya de exigir, según el Código, la prolijidad de todos esos elementos, sobre todo, si de antemano no hubieren existido, por no haber estado sometido el menor emancipado, antes de serlo, á un estado de tutela *perfecta*.

Más racional que aquella reciprocidad entre el eventual derecho á suceder abintestato al tutelado por tutela legítima de los menores y la carga de la misma, es que la ley fijara, como lo ha hecho, el orden de esos parientes á quienes deba deferirse la tutela legítima, atendiendo los afectos preferentes que son de esperar en ciertos grados de parentesco y la mayor aptitud para el ejercicio del cargo, como el sexo, la línea de que procede el parentesco y las necesarias condiciones de independencia y plenitud de derechos civiles en el tutor. Por eso, el orden del artículo 211, para deferir la tutela legítima de los menores, es el siguiente: abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna viuda, abuela materna viuda, hermanos varones de doble vínculo mayores de edad; hermanos consanguíneos, también varones—pues aunque el Código no añade esta condición, debe entenderse suplida por el sentido manifiesto con que está redactado el precepto legal—mayores de edad, y hermanos uterinos de iguales condiciones, de varones y mayores de edad.

Obsérvase en este orden de llamamientos la preferencia de la *línea paterna* sobre la materna en los abuelos y abuelas; la del *sexo*, llamando antes á los abuelos que á las abuelas y á los hermanos varones, pero no á las hermanas, á diferencia de lo prescrito en el núm. 5.º del art. 320, que también llama en último lugar á las hermanas, que no estuvieren casadas, para la tutela legítima de los locos y sordomudos, sin duda porque, atendido el motivo de enfermedad que origina esta tutela, pueden servir á sus fines las mismas ternuras y delicadezas del sexo, que no son siempre lo más á propósito para el ejercicio de autoridad y dirección sobre un menor, ya adolescente ó joven; y la del *doble vínculo*, en la fraternidad, sobre el *sencillo*, manifestándose en éste la misma preferencia de la línea paterna sobre la materna, así como la necesaria condición de *independencia*, por falta de la cual no se otorga la tutela legítima de los menores á las abuelas, sino *mientras se conserven viudas* (1).

La declaración final del art. 211, es que la tutela legítima de los menores «no tiene lugar respecto de los *hijos ilegítimos*». ¿Se comprenderán en éstos los *naturales*, ó sólo los *demás ilegítimos* en los que no

(1) Pugna con esta enumeración taxativa de personas á quienes corresponde la tutela legítima de los menores, el exótico precepto, dentro del sistema del Código, del art. 245, objeto ya de otros fundados reparos—núm. 62 de este capítulo—, en el cual, y con ocasión de tratar de las *excusas* de la tutela y protutela, se lee: «Los que no fueren *parientes* del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela si en el territorio del Tribunal que la defiere existieren parientes *dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo*». Á pesar de esta viciosa redacción, por lo general é indeterminada, debe entenderse que se referirá á tutores *testamentarios*, cuando hubiesen sido designados varios en sustitución los unos de los otros, ó á lo sumo, á tutores *dativos*—supuesto más difícil, pues apenas se concibe, dada la unidad de la tutela, por lo que al tutor se refiere, que el consejo de familia nombre más que uno,—pero nunca á tutores legítimos, ni que con esto se entienda posible extender la tutela legítima á los parientes dentro del sexto grado, ni se amplien los llamamientos tasados de los arts. 211, 220, 227 y 230.



cabe esta aplicación de la patria potestad á los hijos naturales (art. 154), cómo ha facultado al padre ilegítimo para nombrar tutor testamentario á los hijos ilegítimos, á quienes está obligado á alimentar (arts. 139 y 206) y cómo, en fin, no distingue de paternidad y filiación legítima ó ilegítima para la tutela legítima de los locos, sordomudos, pródigos é interdictos (arts. 220, 227 y 230), mientras niega á los padres la tutela legítima por razón de edad y la permite por razón de incapacidad? Ya que no se salvaran todas estas inexplicables faltas de lógica y de unidad de criterio en el legislador, al menos pudieran parecer fundamentos para inducir la procedencia de una interpretación restrictiva de la frase final del art. 211, *hijos legítimos*, y suponer que en ella no se comprendían los *naturales* y sí sólo los *demás ilegítimos* que no tuvieran aquella condición de *naturales*, teniendo presente, además, que con este nombre les suele designar el Código, diferenciándoles de la otra prole ilegítima.

Sin embargo, parece más fiel con el texto legal de la última parte del art. 211, aunque ponga de relieve las inconsecuencias de pensamiento con que el Código se ha redactado, la inteligencia lata é indistinta, según la que resulta negada la tutela legítima de los menores para todos los hijos *ilegítimos*, sean ó no *naturales*. Para ello, nos fundamos en que *ilegítimos* son en el Código todos los procreados en uniones extramatrimoniales; así los denomina «de los hijos ilegítimos» en la rúbrica del cap. 6.º, tít. 5.º, lib. I, y comprende en sus disposiciones á los *naturales* y á los que no lo son, que designa con la frase «de los *demás ilegítimos*», notándose también que en algunos pasajes dice «hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición de naturales» (arts. 139 y 143). Si el art. 211 hubiera querido distinguir entre hijos ilegítimos que no son naturales y los que lo fueran, lo hubiere hecho así.

El tutor legítimo se entiende instituido por ministerio de la ley, sin necesidad de designación previa y especial. Al orden que la ley establece, según las circunstancias del caso, es al que habrá de sujetarse el consejo de familia para poner en posesión al tutor (art. 261), y en esta clase de tutela, la posesión dada al que corresponda por la ley servirá de expresión concreta del nombramiento.

No hay protutela *legítima*; sólo existe la *testamentaria*, designada por el padre ó por la madre (art. 206) y *dativa*, designada por el consejo de familia (art. 233).

Dentro de la tutela *legítima* de los menores se hace cargo el Código (art. 212) de la de los expósitos, y la confiere á los jefes de estas Casas, pero sólo mientras aquéllos estén recogidos y educados en ellas, no después que salieran de las mismas, aunque sean todavía menores, y no hayan perdido su triste condición filial; lo cual, sin duda, no se refiere á los casos en que *accidentalmente*, por motivos de lactancia ú otros análogos, vivan fuera del establecimiento, pero bajo su patrocinio y autoridad (1). En tales circunstancias la tutela es *legítima*, ejercida por los

(1) Son de tener en cuenta en esta materia la ley de Beneficencia de 20 de Junio

naturales? Sí, si se tiene en cuenta que el Código ha incluido en la tutela á los jefes de las Casas de expósitos; los cuales, como son los *administradores* de dichos establecimientos, según las disposiciones vigentes (1), asumen todas las facultades que corresponden á los tutores y al consejo de familia, salvo la representación en juicio de dichos funcionarios en su calidad de tutores, que estará á cargo del Ministerio fiscal. Con aquel último carácter corresponderá á dichos jefes de las Casas benéficas proveer de tutor *dativo* á los expósitos menores que salgan del establecimiento de modo definitivo.

b. *Tutela de los locos y sordomudos*.—Si se atiende á los términos de la *Base séptima* de la ley de 11 de Mayo de 1888 y al art. 204 indistintamente, aparece que la tutela en general, sea por menor edad, sea por incapacidad, puede deferirse por el *testamento*, por la *ley* ó por el *consejo de familia*; pero si se observa que en el art. 206 se confiere la facultad de nombrar tutor al padre y á la madre para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, y en el 207 para unos ú otros á cualquiera que les deje herencia ó legado de importancia; y, por otra parte, si se tiene en cuenta que los artículos 213 á 220, reguladores de esta tutela de los locos y sordomudos, constituyen una sola sección del cap. 3.º (2), que lleva por epigrafe, *De la tutela legítima*, se deduce á primera vista que sólo á las de esta especie se referían las disposiciones de dichos artículos 213 á 220, no siendo esto cierto, sin embargo, ya que el Código no admite el supuesto de tutela testamentaria por demencia ni por sordomudez para los menores, á los cuales, aunque adolezcan de esta incapacidad, les coloca siempre bajo las reglas de la tutela por razón de menor edad. Esto no obstante, á todo caso de tutela testamentaria y legítima, por razón de demencia ó sordomudez, serán aplicables las disposiciones de los citados artículos 213 á 220, excepto el orden establecido por este último, cuando la tutela sea testamentaria y la designación de la persona del tutor no se acomode al mismo; si bien con la violencia, en el caso de que el nombramiento del tutor testamentario para el incapacitado sea hecho conforme al art. 209 por quien le deje herencia ó legado de importancia, de que conforme al orden de prelación que para las tutelas, en general, determina el art. 231, haya de ser preferida la designación de tutor testamentario al orden de personas que para el desempeño de la tutela legítima de los locos y sordomudos establece el art. 220.

El Código debió distinguir, aun tratándose de menores de edad, la diferente influencia que en su capacidad civil había de producir la simple falta de edad, por no haber llegado á la mayor, ó el estado de demencia ó sordomudez; pero es lo cierto que no lo ha hecho, y en orden á

de 1849, el Reglamento de 14 de Mayo de 1852, la Instrucción de 27 de Abril de 1875, reformada por el Real decreto de 28 de Julio de 1881 y la de 27 de Enero de 1885.

(1) Citadas en la nota anterior.

(2) Tit. 9.º, lib. I del Código.