

en el de los llamamientos, para las distintas clases de la legítima, cuando hubiera llegado el supuesto general de la dativa y el nombrado extraño utilizase la excusa del art. 245.

Es de observar, también, en explicación del art. 231, que esta competencia otorgada al consejo de familia para la elección de tutor está expresamente determinada para todos los casos del art. 200, pero como hay otros muchos en los que, con diferente motivo, se hace figurar en el Código la necesidad de un tutor, que puede no existir y ser preciso nombrarle aun en hipótesis contradictorias con la del citado art. 200, tales como la de los supuestos de los arts. 59, 183, 189, 229, 317, 324, 1.352, 1.353, 1.361, etc., resulta violento declarar aquella competencia fuera de los casos del art. 200, únicos para los que expresamente se la atribuye el art. 231. Refiérese esto á la desarmonía del Código, que tantas veces hemos hecho notar, y quizá á la diferencia explícita que del mismo resulta entre la tutela permanente ó propiamente tal, y la intervención accidental del tutor ó alguno de los elementos del organismo tutelar en cierta clase de actos civiles, que llevan á cabo determinadas personas dentro de las singulares hipótesis de numerosos artículos del Código.

Por lo demás, el artículo siguiente, 232, teniendo en cuenta el capital interés de que se constituya el órgano mediante el cual el consejo de familia puede establecer la tutela dativa en *cualquier caso* (1) en que deba proveerse de tutor á los menores ó incapacitados, reproduce, con este motivo, la sanción de la responsabilidad de los *daños y perjuicios* á que diere lugar la negligencia del Juez municipal que descuidare la reunión de dicho consejo de familia.

Este sistema de sanciones que se reitera en distintos artículos del Código (203, 225, 232, 293), tiene, en cuanto á su eficacia, las dificultades consiguientes de prueba y procedimiento indeterminado, ó cuando no, de mera analogía, y las de práctica, que alcanzan á todos los supuestos de la responsabilidad judicial, aparte lo excesiva que pueda ser en sus consecuencias la que se impone á los funcionarios del orden judicial ó fiscal á que la misma se refiere, mucho más si se entiende, como parece de justicia, que ese deber de indemnización puede ser extendido por otros preceptos generales del Derecho á los daños y perjuicios que la negligencia judicial ó fiscal pudieran causar, no sólo á los menores, sino á terceras personas, es decir, una plena responsabilidad civil, que en algunos casos resultaría desproporcionada é injusta, y en los más, por este mismo alcance, se haría efectiva con mayor dificultad. Más real y practicable hubiera sido el criterio de establecer como tipo general de sanción, el de una multa, salvo el caso en que se tratara de supuestos de voluntad ó malicia, más que de negligencia, ó de perjuicios de cuantía considerable ó carácter extraordinario.

(1) Varía el supuesto respecto del artículo anterior, que dice: «en todos los casos del artículo 200», que no es lo mismo que «en cualquier caso en que deba proveerse de tutor», etc.

61. DOCTRINAS ESPECIALES SOBRE LA PROTUTELA.

a. *Del protutor.*—Sin precedente alguno en la legislación anterior española, aparece en el Código la institución del *protutor*, de origen francés, como uno de los elementos que forman el complejo organismo tutelar por él adoptado y, por cierto, de carácter principal, de numerosas aplicaciones y de ejercicio muy delicado en la función fiscal que se le encomienda.

No puede desconocerse, dado aquel sistema tutelar, que puede resultar un elemento útil para el tutelado, constituyendo una garantía en el desempeño de la tutela favorable á los intereses del mismo; pero si el protutor ha de cumplir escrupulosamente todos los deberes que el Código le impone, sin género alguno de compensación, resulta el cargo más oneroso del régimen tutelar, demanda condiciones personales de inteligencia, actividad, discreción y sentimientos de afecto por el tutelado y de celo por el cumplimiento de su ministerio, que no suelen ser siempre, por desgracia, las que adornan á todos los protutores, ni menos las que, aun pudiéndolas tener, se ofrezcan en el ejercicio del cargo, siquiera por la humana razón de la falta de estímulo del interés individual, sólo representado por el de evitar las responsabilidades á que el Código le someta dentro de una fórmula cuyo amplio margen da lugar á que incurra en aquéllas con una peligrosa facilidad.

Por todas estas circunstancias es de temer que se acepte con recelo, que se ejerza con disgusto y que no siempre se desempeñe con la necesaria discreción, convirtiéndose en un motivo de complicación para la marcha normal de la tutela misma, por dar ocasión á incompatibilidades y desavenencias entre el tutor y el protutor, y que los hombres bien avenidos con su tranquilidad excusen cuanto les sea posible el admitir cargo de tan difíciles y arriesgadas condiciones, haciendo probable todo ello que sus bondades teóricas no ofrezcan siempre resultado de igual naturaleza en la práctica.

En *cuatro* aspectos se ofrece el ejercicio de la *protutela*, que pudiéramos llamar: de *sustitución*, de *intervención*, de *fiscalización* y de *mediación*. Es lo primero, en cuanto el protutor está llamado á *sustituir* al tutor, representando en juicio y fuera de él los derechos del tutelado, ya cuando estén en *oposición* con los intereses del tutor, ya en el caso del art. 256, en que ejerce una especie de tutela respecto de los bienes, regulada por el criterio discrecional en cada caso del consejo de familia. Es lo segundo, en cuanto es necesaria su concurrencia para la formalización de hechos fundamentales en la tutela, como son la formación de inventario, la constitución de la fianza del tutor, etc. Es lo tercero, porque al protutor está encomendado cuanto se refiere á la vigilancia del ejercicio de la tutela. Y es lo cuarto y último, en tanto que al protutor compete en ocasiones cierta mediación entre el tutor y el consejo de familia y hasta el derecho de promover la reunión de éste para el nombramiento de un nuevo tutor, cuando la tutela queda vacante ó abandonada.

La *protutela* se instituye por los que tienen derecho á elegir tutor para los menores ó, en su defecto, por el consejo de familia. No hay protutores *legítimos*; sólo admite el Código los *testamentarios* y los *dativos*.

Aquella parte que se transcribe del art. 233 pugna con el 206, 207 y el 201. La antinomia consiste: primero, en que, según el 206, el padre ó la madre tienen facultad para nombrar tutor y protutor, no sólo á sus hijos menores, sino también á los mayores incapacitados; y aquel artículo 233 no habla más que de menores, siendo así que, además, es general el precepto del 201, según el que la tutela, sin distinguir ninguna de sus especies, se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, lo que hace indispensable en todo caso la intervención del protutor; y segundo, en que sólo el padre y la madre son los facultados para nombrar tutor y protutor, por el 206, pero no los extraños que dejan herencia ó legado de importancia al menor ó incapacitado, los cuales, según el 207, sólo lo están para nombrar tutor; y como el 233 remite la facultad de nombrar protutor á los que la tienen de elegir tutor, resulta manifiesta la discordancia entre ambos textos y la necesidad de optar, mientras aquélla no se corrija, por uno de ellos, que, á nuestro juicio, debe ser el 206.

Concordando con la disposición general del art. 201, el 234 determina que el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido *nombrado* el protutor». Lo de *nombrado* debe entenderse como *posesionado* del cargo por el consejo de familia (art. 261), pues el simple nombramiento no basta para que intervenga el protutor en las operaciones necesarias preliminares al ejercicio de la tutela, y aun para que ésta se defiera al tutor, inventario de bienes del tutelado y constitución de fianza de aquél (núm. 2.º, arts. 236 y 252).

Por esto precisamente no tendría explicación satisfactoria, dentro de esos textos, la segunda parte de este art. 234, si significase ser posible que el tutor ejerza la tutela sin estar nombrado el protutor.

Sólo para asegurar más el cumplimiento de este precepto se ha escrito, sin duda, la segunda parte del mismo art. 234, que declara causa de remoción (1) y de responsabilidad (2) para el propio tutor, que ya estuviere nombrado, el no reclamar el nombramiento del protutor, ya que mientras no se haga no puede *constituirse* la tutela, y equivaldría á un abandono ó propósito de un ejercicio ilegal de la misma.

Dada la misión *fiscal* y de *intervención* que el protutor tiene en los actos del tutor, se halla muy en su lugar lo prescripto en el art. 235, esto es, que el nombramiento del primero no puede recaer en parientes del segundo, en cuanto puede temerse, aunque no sea siempre cierto, que tal vínculo del parentesco haga de práctica más difícil aquellas funciones. Y es extraño que el texto legal diga parientes de la misma línea del

(1) Concuera con el núm. 2.º del 238.

(2) Dice «de los *daños*», que ha de entenderse también los *perjuicios*.

tutor, pues no distinguiendo la clase, claro es que se comprende lo mismo la recta ó directa que la oblicua ó colateral, y, por consiguiente, que todo parentesco de consanguinidad, ó sea de relación entre personas procedentes de un tronco común, es causa de incompatibilidad entre tutor y protutor. No pasará lo mismo con el de afinidad, porque, á pesar de su analogía en grados con el de consanguinidad, no existe identidad de línea. Como el Código no determina límite en el parentesco, siempre que lo haya por la procedencia de ambos en la misma línea, cualquiera que sea su grado, deberá considerarse incluido en la prohibición de este art. 235. Lo que el Código no resuelve es la influencia que esta incompatibilidad ha de tener en el caso en que, faltando protutor, el consejo de familia designara á uno que resultara pariente del tutor ó viceversa. En el primer caso, á pesar de no aparecer limitada esta facultad del consejo de familia en los diferentes artículos que se la reconocen, no podrá menos de entenderse que lo está por el art. 235, para que su elección no recaiga en un protutor pariente de la misma línea del tutor en ejercicio; pero en el segundo, si falta el tutor, es preciso cubrir la vacante con un nuevo nombramiento, y si existe el protutor, dado el carácter *principal* del tutor en la tutela, es preferible conservar la libertad del consejo de familia en la designación del mismo, aunque resulte pariente del protutor, cesando éste y nombrándose otro que no tenga la expresada incompatibilidad de parentesco. La solución tiene, al parecer, algo de arbitraria, por desigual en un caso respecto del otro; pero responde á aquel fundamento racional de la mayor importancia del tutor que del protutor, en la tutela. Es, sin embargo, cierto que el Código no ofrece regla alguna en este punto y que la solución sólo se aconseja como *supletoria* del silencio del mismo y por un criterio meramente *doctrinal*.

A determinar, en parte, el *contenido* de la *protutela* se refiere el artículo 236, puesto que no expresa *todas* las obligaciones y atribuciones que al protutor corresponden, sino que las refiere á otros lugares del Código ó de las leyes, en general, bajo el núm. 5.º de dicho artículo. De las expresas en éste y de las referencias que le complementan resulta comprobado lo que antes se indica acerca de los cuatro aspectos de la función protutelar: de *sustitución*, *intervención*, *fiscalización* y *mediación*. Distingamos unas y otras en dos grupos.

Primer grupo. Las enumeradas por el art. 236 son las siguientes:

a) El protutor está obligado á *intervenir en el inventario de los bienes del menor* (1) y *en la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar á ella*. Lo primero, para que conste determinado con

(1) En estos dos números primeros del art. 236 el Código no se refiere más que al menor y no al incapacitado; pero ésta es una omisión de redacción, y debe entenderse referido ese precepto á ambos, puesto que están sujetos á tutela y ésta no puede ejercerse, según el art. 201, sino mediante esos tres elementos del organismo tutelar, además de que en la tutela testamentaria, á que se refiere el art. 206, se reconoce al padre y á la madre la facultad de nombrar tutor y protutor para los hijos menores y para los mayores incapacitados.

exactitud el patrimonio del tutelado, ya en el número de bienes y derechos, ya en su valor y calidad, mediante su concurrencia á la formación de inventario y á la comprobación de las operaciones todas relativas á dicho fin. Lo segundo, según la clase de fianza, cumpliendo en la hipotecaria cuanto previene para la constitución de hipoteca el art. 151 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria (1) ó en la pignoratícia, haciendo que se depositen los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin é interviniendo, igualmente, en ambas cuando deba aumentarse ó disminuirse la fianza, según las vicisitudes que experimente el caudal del menor ó del incapacitado y los valores en que aquélla esté constituida (arts. 257 á 259).

b) Está también obligado el protutor á *sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor*. En tales supuestos, y únicamente para aquellos casos de oposición de intereses, el protutor se convierte en tutor y le reemplaza, sin que el Código diga si en tal hipótesis ha de nombrarse un protutor especial, á fin de que la tutela resulte ejercida siempre en los términos orgánicos y de vigilancia del protutor, que establece el art. 205, como parece racional y necesario (2).

(1) «Art. 151. En el acta de la constitución de hipoteca se expresarán las circunstancias siguientes:

- »1.^a El nombre del tutor ó curador y el de la persona que lo haya nombrado.
- »2.^a La clase de la tutela ó curaduría.
- »3.^a La clase del documento en que se haya hecho el nombramiento y su fecha.
- »4.^a La circunstancia de no haber relevación de fianza ó la de que, á pesar de haberla, el Juez ó Tribunal ha creído necesario exigirla.
- »5.^a El importe del capital y rentas del huérfano ó incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces de la que consista en otra clase de bienes.
- »6.^a El importe de la fianza que se haya mandado prestar, expresando si se ha fijado con audiencia del Ministerio fiscal ó del curador para pleitos del menor.
- »7.^a Relación de las fincas ofrecidas en fianza, con expresión del valor y cargas de cada una y del título de su última adquisición, todo con referencia á los títulos de propiedad, y certificación del Registro y avalúos que se hayan presentado.
- »8.^a Acto de la constitución de la hipoteca por la cantidad señalada para la fianza.
- »9.^a Designación de la cantidad por que cada finca queda hipotecada, según la distribución que se hubiera hecho con aprobación del Juez ó Tribunal.
- »10. La fecha del acto, el nombre del Secretario ante quien se haya celebrado y la firma del tutor ó curador ó del que por él hubiere constituido la hipoteca.
- »11. La inscripción hipotecaria hará mención además del auto de aprobación de la hipoteca dictado por el Juez ó Tribunal.

»La inscripción de la misma hipoteca se hará con arreglo á lo prevenido en este Reglamento y expresará además las circunstancias 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 8.^a, 10 y 11 de este artículo.»

Claro es que, después de la publicación del Código civil, ha de entenderse modificado este artículo en alguno de sus pasajes, por ejemplo, sustituyendo la palabra *acta*, á que se contrae el primer párrafo, por la de *escritura*; suprimiendo las de *curador ó curaduría* en otros lugares, y referirse, cuando habla del *Juez ó Tribunal*, al *consejo de familia*. En la circunstancia 10, por referirse á la escritura de constitución de hipoteca, es ocioso lo del Secretario, y en la 11 se sustituirá lo del auto del Juzgado por el acta del consejo de familia, aprobando la fianza.

(2) Son aplicaciones especiales de esta regla general dentro de la tutela, las que se

c) Lo está asimismo á *llamar la atención del consejo sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor*. Atribuciones que se refieren á su facultad de *vigilancia* y á su mediación entre el tutor y el consejo de familia, estimulando la acción de éste, que es el órgano superior del régimen tutelar, en los casos en que lo considere necesario, ya respecto de la persona del tutelado, ya respecto de sus bienes, y sin limitación alguna para todas las aplicaciones que á uno ó á otro aspecto se refieren.

d) Igualmente está obligado el protutor á *promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento del nuevo tutor*; y mientras no se haga su designación en virtud de la vacante del que hubiera entrado ya en el ejercicio del cargo ó por falta de posesión del incapaz nombrado, dicho consejo proveerá á los cuidados de la tutela, si bien en el primero de estos supuestos las determinaciones que adopte, caso de promoverse litigio, no podrán ejecutarse sin previa aprobación judicial (art. 243).

e) Es también expreso en el art. 236, aunque fuera ya de enumeración en el último párrafo del mismo, el *derecho del protutor de asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas, pero sin el de votar*: precepto, que concuerda con el del 308, en cuanto éste declara que el tutor y el protutor tienen obligación de asistir á las reuniones del consejo, pero sin voto, cuando fueren citados, y que también podrán asistir, siempre que aquél se reúna á su instancia. Tal limitación no la impone al derecho del protutor el párrafo último del art. 236, antes indicado, de donde se deduce que, reúname ó no á su instancia el consejo, el protutor, tendrá siempre el derecho de asistir, pero no el de votar, así como su obligación se limitará á los casos en que hubiera sido citado (art. 308).

Segundo grupo. Las de referencia del núm. 5.º del art. 236, según el cual el protutor está obligado á *ejercer las demás atribuciones que le señalen las leyes*, y, por tanto, que estas facultades no son de ejercicio potestativo, sino obligatorio, y ofrecen en el Código las siguientes aplicaciones:

a) *Pedir que se obligue á que acepten la tutela aquellos respecto de los que haya cesado la causa de exención* (art. 246).

b) *Ejercer los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos, mientras se constituye la fianza* (art. 256).

c) *Reclamar que constituya fianza el tutor nombrado, sin relevación de ella, cuando sobrevengan causas graves que lo justifiquen, ó que la*

refieren á la defensa de los intereses del menor ó incapacitado, en el caso de no conformarse el tutor con la resolución del consejo sobre la rendición de cuentas parciales ó anuales, según el art. 279; y también, en el caso de cuestión judicial sobre las cuentas generales, cuando éstas se rindan sin haberse acabado la tutela, y pudiera defender sus intereses el tutelado, que ya sale de ella, ó sus derechohabientes, como en la hipótesis del art. 280, de que el tutor sea reemplazado por otro.

umente en el caso de insuficiencia de la constituida antes (arts. 259 y 260.)

d) *Requerir al tutor para que inscriba en el inventario los créditos que tenga contra el menor, bajo la sanción de que si no lo hiciera se entiende que los renuncia* (art. 267).

e) *Lo mismo para la inscripción ó depósito de la fianza, según su clase* (arts. 257 y 258).

f) *Intervenir los percibos de cantidad que el tutor hiciera de las mayores de 5.000 pesetas, á no ser cuando procedan de intereses, frutos ó rentas* (art. 275, núm. 2.º).

g) *Idem en el supuesto de bienes del menor, cuando el valor exceda de 4.000 pesetas* (art. 272).

h) *Idem en el pago que á sí propio se hiciera el tutor de los créditos que le correspondan* (art. 275, núm. 3.º).

i) *Pedir la variación de la pensión alimenticia, en proporción de los cambios de fortuna del menor* (art. 236, núm. 2.º, en relación con el 268).

j) *Examinar las cuentas anuales de tutela y las generales del tutor que cesa en su cargo* (arts. 279 y 280).

k) *El derecho de defenderse contra el consejo, cuando éste intentara la remoción del protutor* (art. 239).

l) *Completar el defecto de capacidad de la mujer casada menor en diferentes casos, ya para la constitución y calificación de la hipoteca por bienes dotales, ya para la enajenación de los parafernales* (arts. 1.352, 1.353 y 1.351) (1).

La sanción de las responsabilidades contraídas por el protutor en las obligaciones de su cargo es la declaración del párrafo penúltimo del art. 236, determinando que será responsable de los *daños y perjuicios* que sobrevengan al *menor*—ó al *incapacitado*, aunque el Código no lo dice—por omisión ó negligencia en el cumplimiento de sus deberes; que no es más que una aplicación del criterio legal, generalizado, establecido en el art. 1.101 (2).

62. DOCTRINAS COMUNES Á LA TUTELA Y Á LA PROTUTELA.

A. *Elementos personales*.—1.º «De las personas inhábiles para ser tutores y protutores» (3).

El Código carece de una regla positiva determinante de la capacidad para el desempeño de la tutela y protutela; sólo se deduce ésta, por exclusión, de la enumeración de las causas que producen inhabilidad para el desempeño de estos cargos: todos los que no están com-

(1) Explicados en la letra b, núm. 44, y letra e, núm. 46, cap. 18 de este tomo.

(2) «Quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia ó morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.»

(3) Este es el epígrafe del cap. 6.º, tít. 9.º, lib. I del Código civil, que añade: «y de su remoción»; de la cual parece preferible tratar como una de las causas de la *extinción* de la tutela, respecto del tutor.

prendidos en la lista de las personas inhábiles, se reputarán capaces.

Dichos casos de incapacidad se ofrecen en el art. 237, sin criterio de sistematización que los distribuya ó agrupe según el fundamento racional á que cada uno debe responder.

Carecen de capacidad para ser tutores y protutores los siguientes:

1.º Los que están sujetos á tutela, puesto que bien se concibe que el ejercerla requiere más condiciones y muy diferente situación que la de vivir bajo su régimen. Con más razón puede decirse lo mismo respecto de los hijos de familia sometidos á la patria potestad.

El Código nada dice en este lugar, aunque tratándose de la tutela testamentaria se lee en el último párrafo del art. 206; que «en todo caso será preciso que la persona que se nombre tutor ó protutor no se halle sometida á la potestad de otra».

2.º «Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público»; es decir, por cierta delincuencia ó por haber sido delincuentes de *ciertos* delitos.

Verdad es que los mencionados delitos hacen presumir en quien fué responsable de ellos una manifiesta falta de condiciones morales para el ejercicio de la tutela; pero otros hay, como los de violación, estupro, raptó, y aun homicidio, asesinato, etc., que se pasan en silencio, y, por consiguiente, según el Código civil no inhabilita el haberlos cometido y sido penado por ellos, para el ejercicio de la tutela; lo cual es una omisión digna de subsanarse.

3.º Los condenados á cualquiera pena corporal, mientras no extingan la condena: incapacidad que obedece más que á la falta de condiciones morales que hace suponer la delincuencia, á la de independencia y libertad para el ejercicio del cargo.

4.º Los que hayan sido removidos legalmente de otra tutela anterior, en cuanto tal situación justifica la racional desconfianza para encomendarle una nueva tutela.

5.º Las personas de mala conducta ó que no tuvieren manera de vivir conocida.

Encargado el tutor de dirigir, educar, proteger y representar la persona del menor y de conservar fielmente y administrar con celo su patrimonio, nada más fundado que no confiar esta delicada misión á personas que, por su desarreglo moral en el modo de proceder, ó por la falta de medios de vivir conocidos, dan fundamento al temor de que su tutela resulte perjudicial á la persona y bienes del tutelado.

El Código no da regla alguna para determinar la *mala conducta*, que es punto que quedará sometido en cada caso á la apreciación judicial; y en cuanto á lo de no tener *manera de vivir conocida*, pudiera ser conocida ó sospechada, y, sin embargo, no lícita. El Código ha querido decir, sin duda, *manera conocida y lícita de vivir*, pues la que no lo sea no debe reputarse conocida para los efectos de ésta ni de cualquiera otra análoga aplicación legal.

6.º Los quebrados y concursados no rehabilitados, por la natural in-

fluencia que este estado excepcional produce de defecto en su capacidad civil; se refiere á todas, cualquiera que sea la calificación de la quiebra: siendo lo natural que por la rehabilitación desaparezca, lo mismo para sí que para la representación de la persona y bienes del tutelado, aquel defecto de capacidad que le hace inhábil para la tutela y la protutela.

7.º Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llama expresamente, que son los de las diversas especies de tutela *legítima* (1).

8.º Cualesquiera de las manifestaciones de enemistad ó antagonismo entre el tutor y el menor á que se refieren los núms. 8 al 10 del art. 237, por razón de pleitos pendientes sobre el estado civil ó la propiedad de sus bienes ó deudas de importancia, á no ser que el padre ó la madre, conociendo estos antecedentes, hayan dispuesto otra cosa.

9.º La falta de interés en favor del menor, revelada por no haber puesto en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela en el momento que lo supiera, respecto del tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima y los que por la ley son vocales del consejo, según el art. 293: precepto que cumplido estrictamente, dada la extensión de sus términos, podrá ser causa de incapacidad para muchas personas.

10. Á diferencia de lo que el Derecho anterior establecía (2), la incapacidad para ser tutor por razón de órdenes sagradas queda limitada á los clérigos regulares ó religiosos profesos, pero no á los seculares, ni siquiera á los Obispos; modificación digna de aplauso, puesto que el estado sacerdotal, no sólo no es impropio, sino uno de los más adecuados para el desempeño de la tutela, fuera del caso en que vaya unida á la vida monástica ó conventual, que privaría al religioso de la libertad de acción necesaria para atender los deberes de aquélla. Otra cosa es que constituya una *excusa* para los Arzobispos ú Obispos ó eclesiásticos que tengan cura de almas, según los núms. 3.º y 7.º del art. 244.

11. Los extranjeros que no residan en España. Lo de la *residencia* es una condición indispensable de posibilidad material para el ejercicio de la tutela, que debería haberse tenido en cuenta también para el español que resida á larga distancia del menor, por ejemplo, en Ultramar: hipótesis de que no se hace cargo el Código, ni siquiera entre las *excusas*. El fundamento de este núm. 13 del art. 237 parece que está en el 27 del mismo (3), al declarar que «los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles otorgan á los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado ó en los Tratados internacionales».

Si es cierto que la extranjería no debe ser, en buenos principios, causa que prive al extranjero de una plena aptitud para la vida civil en todas sus manifestaciones, y, por tanto, lo mismo puede ser tutor que

(1) Núm. 3.º, art. 211; 1.º, 2.º y 5.º del 220; 1.º del 227 y 230.

(2) Ley 14.ª, tít. 14, Part. VI.

(3) Explicado en el núm. 39, cap. 13, t. II, 2.ª edic.

amparado con la tutela, cuando fuese menor (1), también lo es que rigiéndose la capacidad personal del extranjero por las leyes de *origen*, y no exigiéndose por el Código que tenga, además, la capacidad determinada por las leyes españolas para formar parte del organismo tutelar en el concepto de tutor, de protutor ó de miembro del consejo de familia, esta falta de precaución puede dar lugar á algunas dificultades, por la diferente ley que rija la capacidad del tutor y la del menor, y á anomalías por la misma diferencia de edad que sirva para la mayoría civil en la legislación del país del extranjero (2), la cual, si fuere de tipo inferior á la establecida por la ley española, cabría el caso de que el tutor tuviera menos edad que el tutelado.

Toda esta doctrina de las causas de incapacidad para el desempeño de la tutela es de interpretación *estricta*, y no puede extenderse á más casos que los enumerados taxativamente en el art. 237, por muy evidente que fuera su analogía.

2.º *De las excusas de la tutela y de la protutela.*—Además de las reglas sobre incapacidad, á que antes se hace referencia y que se completan con las de la *remoción*, mencionadas después (3), contiene el Código las relativas á las *excusas* de la tutela y protutela, reservando para el título siguiente las referentes al *consejo de familia*. Subsiste esta doctrina (4), dado que la tutela conserva su carácter de *obligatoria* (artículo 245).

En cuanto á sus *especies*, las menciona el art. 244 (5) bajo *doce* números, cuya simple lectura hace innecesaria toda explicación (6). Una

(1) Representando la tutela una protección de la ley en favor de los que no pueden gobernarse por sí mismos, aunque el Código no lo diga, parece indudable que, cuando sobreviene el supuesto de la tutela respecto del menor extranjero residente en España, le son aplicables cuantas disposiciones se refieren á la misma, y, sobre todo, la relativa á la inmediata constitución del Consejo de familia, según el art. 293, y dentro de los términos que lo hagan posible las reglas del 294, explicadas en el capítulo siguiente.

(2) Por ejemplo, la de Italia y la de Francia.

(3) En el núm. 64, letra B de este capítulo.

(4) Sin aquella impropia distinción de *excusas necesarias* y *voluntarias*, relativas las primeras á los casos de *incapacidad*, y las segundas á los que propiamente lo eran de *excusa*.

(5) Transcrito en el núm. 29 de este capítulo.

(6) Puede notarse, únicamente, que el núm. 8.º habla de los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos, como si esta circunstancia de la *legitimidad* debiera haberse mencionado, cuando á la patria potestad están también sometidos según el art. 154, los hijos *naturales* y los *adoptivos*, y la razón es la misma. Tampoco se menciona nada relativo á los casos de falta de libertad, aunque sea perdida provisionalmente por consecuencia de prisión preventiva decretada en un proceso ó por la necesidad de viajes que hayan de hacerse ó algún otro motivo semejante que pudiera ser fundamento de racionales excusas. La del núm. 6.º de este art. 244, relativa á los militares en activo servicio, es preciso concordarla con la ley constitutiva del Ejército de 29 de Noviembre de 1878, y la adicional de 19 de Julio de 1889, respecto á los Generales, Jefes y Oficiales, y con la de reemplazo y reclutamiento de 19 de Enero de 1912, (*Gaceta* del 21) rectificadas en 27 de Febrero siguiente, respecto de los individuos de la clase de tropa; leyes que determinan cuatro diferentes situaciones en el Ejército, las